

Reflexiones en torno a la eficacia del llamado *proceso familiar*

Aida Kemelmajer de Carlucci

I. Ideas preliminares, límites de estas reflexiones

A. La eficacia como valor del proceso

1. La insatisfacción generalizada: conducta a asumir

En otra oportunidad, me he referido a los principios procesales que presiden (o debieran presidir) el llamado *proceso familiar*.¹ Esta vez limitaré mis reflexiones al análisis de algunos medios o instrumentos para hacerlo más eficaz.

La doctrina de los países pertenecientes al *Civil Law* se queja de la ineeficacia del procedimiento judicial como medio de solución de los conflictos familiares:²

el estado de pendencia, como característica que acompaña a todo proceso y que algunos han entendido como de su propia naturaleza, se ha convertido en una especie de tumor, un mal que se expande dentro del proceso hasta que una esporádica cirugía (reforma) intenta extirparlo, y allí comienza nuevamente su tarea de expansión.

Algunos autores reducen su labor a denunciar y soportar mansamente; aceptan lo que sucede como un mal necesario; afirman que hay que ser realistas, que ésta es la realidad y no

¹ Ver, de mi autoría, Principios procesales y tribunales de Familia, JA 1993-IV-676 y El proceso familiar y sus características, Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador, El Salvador, Usaïd, 1994, pág. 415; me remito a la doctrina y jurisprudencia citada en aquella oportunidad. Para los principios generales del proceso de familia, compulsar, además, Martinell, Josep María, Procesos matrimoniales civiles. Disfunciones y reforma, Barcelona, ed. PPU, 1990, pág. 65 y ss.

² Para el derecho belga ver, por ej., Lampe, Marie France, Les procédures urgentes en matière familiale, en L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial, Bruxelles, ed. Bruylants, 1984, pág. 775; para el italiano, Rossi Carleo, Liliana, La metamorfosi dell'affidamento extrafamiliare: dall'intervento chirurgico all'intervento terapeutico, Scritti in onore di Elio Fazzalari, Milano, ed. Giuffré, 1993, vol. 4, pág. 259.

queda sino someterse a ella. En efecto, en materia jurídica, "los sicarios del inmovilismo suelen ser más numerosos que en otros sectores, y así la inercia, el quedarse en lo probado y sabido, acostumbra ser casi timbre de honor para ciertos operarios jurídicos".³

No es ésta la actitud a asumir; "el filo de la navaja separa el realismo de la resignación y nos negamos una vez más a entregarnos mansamente al atontamiento de lo conocido y probado".⁴

La preocupación por la *eficacia* del proceso existió en todos los tiempos (piénsese, a vía de ej., en la denuncia del monólogo de Hamlet sobre la lentitud de la Justicia,⁵ en la obra *El proceso*, de Kafka; etc.); sin embargo, hoy se insiste en que la ineffectividad produce efectos sociales negativos que no se le atribuían en el pasado; es por esta razón que:

-en todos los foros se escucha hablar de la necesidad de reformar el proceso para lograr una justicia eficaz;⁶

-los estudios sobre la necesidad de un proceso eficaz se multiplican;⁷

³ Peyrano, Jorge, Lo urgente y lo cautelar, JA 1995-I-899.

⁴ Chiappini, Julio O., La medida conminatoria, en Cuestiones de Derecho Procesal Civil, Rosario, ed. Zeus, 1988, pág. 119.

⁵ Dice el personaje en su famoso monólogo: *¿Quién si esto no fuese, aguantaría la lentitud de los tribunales, las tropelías que recibe pacífico el mérito de los hombres más dignos, las angustias de un mal pagado amor, la violencia de los tiranos, el desprecio de los soberbios, cuando el que esto sufre pudiera procurar su quietud con un puñal?*

⁶ Para el proceso familiar, específicamente, compulsar Conclusiones de las Jornadas de Derecho Procesal, Montevideo, 1985, Los procesos de familia. Medidas cautelares, Montevideo, ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1986, pág. 78.

⁷ Ver, a vía de ejemplo, obra colectiva, Para un proceso eficaz, Barcelona, ed. de la Universidad Autónoma, 1982. En Argentina, los mayores esfuerzos destinados a crear conciencia sobre este tema vienen de la escuela platense, conducida por Morello (ver, en especial, Morello, Augusto, Anticipación de la tutela, La Plata, ed. Platense, 1966; del mismo autor, La cautela material, JA 1992-IV-314; Las nuevas dimensiones del proceso civil, JA 1994-IV-842, etc.) y de Rosario, a través de la permanente prédica de Peyrano (Ver, entre otros, Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular, poderes de hecho de los jueces y su contribución a la eficacia del proceso civil, en XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Bs. As., octubre de 1991, Actas t. 11 pag. 415; Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 268; Temas relacionados con la figura del juez, sus deberes y facultades, el cumplimiento de sus órdenes y la

-en todos lados se vive la hora de la eficacia en el proceso; hasta los textos constitucionales (por ej., el art. 24 de la Constitución española) consagran como garantía supralegal el derecho a la tutela judicial efectiva.

El tema de la eficacia debe ser abordado, en cualquier ámbito, desde la perspectiva de la finalidad, pues de todo puede predicarse que *cuanto mejor cumpla con su cometido, tanto más eficaz será*. Para el derecho procesal civil esta premisa significa que debe estar muy clara la *finalidad* a la que responde el proceso.⁸ Intentando traer luz al problema, algunos afirman que el tema de la eficacia del proceso excede los meros intereses privatísticos de las partes y *afecta el interés público, pues en la actualidad se entiende que el cumplimiento de las resoluciones judiciales contribuye a asegurar la eficacia práctica y la autoridad de la propia administración de justicia*,⁹ evitando que el justiciable se haga justicia por mano propia.

Por eso, es bueno que el hombre de hoy no se contente con una justicia proforma o con sentencias líricas; que el público tolere cada vez menos el lamentable espectáculo de la justicia incapaz de traducir los dichos en hechos'; que ante la inejecución del mandato judicial el sujeto implicado 'se retire enfadado, etc., pues el imperativo de la hora consiste en reclamar nuevas herramientas y nuevas soluciones

eficiencia del proceso civil, en Procedimiento civil y comercial, Rosario, ed. Iuris, 1994, t. 3 pág. 16 y ss.; Lo atípico en materia de atribuciones judiciales, en El proceso atípico, Bs. As., ed. Universidad, 1993, pág. 15; Temas relacionados con las funciones, facultades y deberes de los jueces y con las características de ciertos tribunales, en Soluciones procesales, Rosario, ed. Juris, 1995, pág. 8 y ss; La perfomatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano, en Rev. del Foro de Cuyo, 1992 no. 7 pág. 735; en especial, para el Derecho de Familia, Apuntes sobre las medidas cautelares en el juicio de divorcio, en Procedimiento civil y comercial, Rosario, ed. Juris, 1992, t. 2 pág. 31, etc.)

⁸ Grunsky, Wolfgang, Reflexiones sobre la eficacia del Derecho Procesal Civil en Alemania, en Para un proceso eficaz, Barcelona, ed. de la Universidad Autónoma, 1982, pág. 142.

⁹ Kielmanovich, Jorge L, Medidas cautelares en el proceso de familia, LL 1996-A-1200.

2. Derecho sustancial y remedios procesales

Con lenguaje galano Morello ha dicho:

La efectividad de las técnicas (acciones y remedios) y de los resultados jurisdiccionales es la meta que en estas horas finiseculares signa la eficiencia en concreto de la actividad jurisdiccional. Propósito notorio que cobra novedosa presencia como exigencia perentoria del Estado de Derecho en el clásico brocárdico: *ubi remediun ibi ius.*¹¹ Es que *los derechos, si no van acompañados de un mecanismo procesal adecuado para hacerlos valer, poca virtualidad práctica despliegan y estas situaciones cuestionan el principio de tutela judicial efectiva.*¹²

Véase con el siguiente ejemplo las estrechas e inescindibles vinculaciones entre el derecho sustancial y el remedio procesal:

Los derechos de los hijos extramatrimoniales, enfáticamente declarados por la ley iguales a los de los hijos matrimoniales, sufren a veces lesiones graves porque los operadores del derecho no encuentran la vía procesal para hacerlos efectivos, tal como se visualiza en un fallo que resolvió:

como las medidas previstas en los artsículos 103 y 104 del Código Civil español son medidas provisionales o previas a las demandas de nulidad, separación y divorcio, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por un juez de familia que dispuso la atribución de la guarda y custodia, determinó derecho de visitas y fijó una cuota alimentaria en favor del hijo extramatrimonial; la equiparación de ambas situaciones puede tener relevancia en el ámbito civil, pero nunca en el aspecto procedural.¹³

¹⁰ Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 274.

¹¹ Morello, Augusto M., La persona y el derecho procesal, ED boletín del 18/7/1996.

¹² Audiencia Provincial de Barcelona, 11/1/1995, Rev. Gral. de Derecho, Valencia, año Ll, nº. 610/611, Julio-Agosto 1995, pág. 9029.

¹³ Audiencia Provincial de Valencia, 31/5/1994, Rev. Gral. de Derecho, año Ll nº. 603, Dic. 1994, pág. 13.435.

Otro tribunal español, en cambio, más acorde con el principio de igualdad ante la ley, otorgó prioridad al valor eficacia y sostuvo que,

Dada la falta de vía procedimental concreta y que, de haberse escogido cualquiera de las soluciones no se habría tutelado el interés fundamental del destinatario de las medidas, el hijo menor de edad, con más celeridad ni mayor amplitud de medios para la audiencia y defensa de los interesados, no debe hacerse lugar a la nulidad, debiéndose convalidar todo lo actuado al no generar indefensión.¹⁴

3. La superposición de regulación procesal

Por esa inescindible vinculación entre lo sustancial y lo formal, en materia familiar, muchos códigos de fondo contienen normas procesales expresas; menciono, a vía de meros ejemplos, los arts. 91 y ss. del Código Civil español; 253 y ss. del francés, 145 y ss. del italiano, 231 y ss. del argentino; 217 y ss del reciente Código de la Familia de Panamá de 1995, etc. Estas normas son constitucionales aun en los países federales en los que la normativa procesal suele ser provincial o estadual, pues como tiene dicho desde antiguo y reiteradamente la Corte Federal argentina "el poder de las provincias sobre la materia procesal no es absoluto; no cabe desconocer las facultades del Congreso para dictar normas procesales cuando sea pertinente establecer ciertos recaudos de esa índole a fin de *asegurar la eficacia* de las instituciones reguladas por los códigos de fondo."¹⁵ No desconozco, sin embargo, que a veces, la regulación procesal en las normas sustanciales puede traer problemas de superposición y adaptabilidad.¹⁶

¹⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, 11/1/1995, Rev. Gral de Derecho, Valencia, año Ll, nº. 610/611, julio-agosto 1995, pág. 9030.

¹⁵ Fallos 138-157; 247-524; ED 138-157; conf., para el proceso familiar, Molina Portela, Carlos, Reflexiones procesales que suscita la sanción de la ley 23.515, LL 1987-E-675; Arazi, Roland, Disposiciones procesales de la ley 23. 515 (Matrimonio civil y divorcio), LL 1987-E-1138.

¹⁶ Compulsar la situación en España en Alonso Furelos, Juan Manuel, Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho Español, Córdoba, 1989, pág. 26.

Por lo demás, aciertan los que dicen que "cuanto mayores han sido las conquistas en esta materia (secularización, divorcio, formas desvinculatorias consensuadas, etc.), mayores y más complejos han tenido que ser los instrumentos llamados a reglar procesalmente estas instituciones con el fin de dar adecuada respuesta a cada una de ellas".¹⁷

B. La eficacia y el acceso a la justicia

El Estado tiene la obligación de asegurar eficazmente el acceso al sistema judicial a todas las personas, otorgando el beneficio de la justicia gratuita a quienes carezcan de recursos suficientes. Así lo resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el célebre caso *Airey c/Irlanda* del 9/10/1979, por el cual condenó a Irlanda en razón de que la señora Airey no podía obtener el divorcio; no obstante, que su marido la había abandonado, porque el sistema de ese país no preveía asistencia legal gratuita para este tipo de procesos.¹⁸

En el caso, sin embargo, el Tribunal Europeo atenuó la regla con dos precisiones:

-admitió que el Estado invoque como defensa su situación económica, de la que depende, en buen grado, la progresiva realización de los derechos sociales y económicos;

-dejó al Estado la elección de los medios a emplear para el logro del acceso efectivo ante los tribunales. En tal sentido, admitió que si bien la instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita constituye uno de esos medios, existen otros, como por ej., una simplificación del procedimiento.

El caso llegó por segunda vez a la Corte; en esa ocasión, obligó a la República del Eire a entregar a la demandante la suma de 3.154 libras irlandesas que había convenido con el

¹⁷ Martinell, Josep María, Procesos matrimoniales civiles. Disfunciones y reforma, Barcelona, ed. PPU, 1990, pág. 10.

¹⁸ Citado, entre otros, por Jimena Quesada, Luis, Los derechos del justiciable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acerca de la aplicación práctica del art. 24 de la constitución española, Rev. Gral. de Derecho, año LII nº. 613/614, oct-nov. 1995, pág. 11.372 y por Fosar Benloch, Enrique, Estudios de Derecho de Familia, t. I. La constitución de 1978 y el Derecho de Familia, Barcelona, ed. Bosch, 1981, pág. 279.

Gobierno, a título de indemnización equitativa por los daños sufridos.

C. La eficacia antes de la sentencia: una nueva visión: medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, decisiones anticipatorias y mandatos preventivos

1. Ideas previas: características tradicionales de las medidas

Desde que un juicio se inicia hasta que se llega a la decisión final existe un *estado de pendencia*; esta situación ha sido soportada, durante muchos años, como un *mal necesario*.

Pero la pregunta obligada es: *¿Por qué el espejo del proceso debe centrarse en la sentencia de mérito y únicamente en ella? Si el juez adquiere en los estudios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior, ¿qué le impide hacerlo?*¹⁹

Hasta hace algún tiempo, el único remedio que se visualizaba contra los efectos de ese estado de *pendencia* (que a veces dura años), eran las medidas precautorias.

Desde antiguo se enseñó que las medidas cautelares:

-aseguran el éxito del proceso y su eficacia;

-buscan alcanzar un delicado equilibrio entre la **celeridad** en la composición judicial de los conflictos (que implica normalmente una mayor superficialidad o fragmentariedad en la sustanciación y conocimiento de las causas, así como restricciones en la proposición de defensas, pruebas y recursos), y la **seguridad jurídica** (que impone, entre otras cosas, un debate exhaustivo de la relación jurídica controvertida, con el consiguiente aseguramiento efectivo del principio de bilateralidad, contradicción o defensa en juicio y el respeto por la garantía de la igualdad de las personas frente a la ley y al proceso);²⁰

¹⁹ Morello, Augusto, Anticipación de la tutela, La Plata, ed. Platense, 1966, pág. 9.

²⁰ Kielmanovich, Jorge L, Medidas cautelares en el proceso de familia, LL 1996-A-1199.

- nacen como un instrumento al servicio del proceso;
- surgen de la apariencia, del *fumus bonis iuris*, de una clara apariencia del derecho que se postula, de la razonable esperanza de que el derecho cuya ejecución se asegura hoy, será reconocido mañana en la sentencia;
- exigen que el derecho corra riesgo de resolverse con el transcurso del tiempo.

Consecuentemente, la opinión más generalizada entendió que, por ser las cautelares meros instrumentos procesales al servicio de la eficacia de los procesos, requieren la existencia de un proceso principal (del que son, justamente, instrumentos).²¹

Tradicionalmente, entonces, las cautelares se han caracterizado por:

- Instrumentalidad;
- Provisionalidad; y
- Flexibilidad.

En nuestros días, dado el tinte publicístico que se adjudica a la observancia de los mandatos judiciales, hay una tendencia a acoger las medidas cautelares en forma amplia. Pero, como contrapartida, se advierte:

- Un mayor rigor en la exigencia de las contracautelas.
- Un afinamiento de la responsabilidad del solicitante.²²

2. La reformulación de las cautelares

El moderno derecho es y debe ser flexible; en pro de esta *flexibilidad*, la moderna doctrina procesal muestra una tendencia a reformular la *teoría general de las cautelares*.²³

²¹ Marina Martínez Pardo, Jesús, Las facultades del juez en orden a garantizar el efectivo cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el convenio regulador, en Convenios reguladores de las crisis matrimoniales, 2º ed., Madrid, ed. Universidad de Navarra, 1989, pág. 437.

²² Kielmanovich, Jorge L, Medidas cautelares en el proceso de familia, LL 1996-A-1201. El art. 81 de la ley procesal de familia de El Salvador dispone expresamente: *cuando la cautelar sea decretada con base en hechos expresados por el peticionario cuya falsedad se comprobare, éste será responsable por los daños y perjuicios que la medida causare sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. En este caso, el juez se pronunciará mediante resolución o en la sentencia sobre la responsabilidad del peticionario y, previa comprobación de los daños y perjuicios causados, fijará su cuantía y avisará a la Fiscalía General de la República.*

También en materia jurídica las ideas rígidas y excluyentes ya no disfrutan de buen cartel. Esto es así, con mayor razón, en el ámbito de lo cautelar, que es lo más instrumental de lo que ya, de por sí, es instrumental; es decir, el proceso en general no posee una razón de ser autónoma sino una función de hacer efectivos los derechos sustanciales. Por eso, hay que flexibilizar las normas relativas a las diligencias cautelares y advertir que pueden haber otras razones, diferente al peligro en la demora, que justifiquen su despacho. Además, los recaudos deben analizarse desde la perspectiva de su interdependencia; conforme a tal concepto, el cumplimiento cabal y hasta exagerado de algún recaudo en particular puede, en algún caso, redundar en que el órgano jurisdiccional aligere un tanto la ponderación de la concurrencia de algún otro requisito.²⁴

En suma, junto a las cautelares típicas o tradicionales deben existir otros pronunciamientos que rompan el *estado de pendencia*, aunque no se den ni los requisitos, ni los caracteres antes señalados.

Morello advierte que aquellos jueces que se niegan a verlo debieran rememorar la metáfora de Ortega y Gasset:

Lo cual me recuerda el magnífico puente romano que hay en un amplio valle de España cerca de Portugal. Desde hace siglos el río cambió de cauce y el puente quedó en seco. Uno imagina que aquella magnífica construcción mira a sus pies y se pregunta, dónde diablos se me ha ido el río. Aquí también nos inquirimos si la teoría de la cautela (el puente) no se ha quedado sin río.²⁵

En esta tendencia, el 2º Encuentro Judicial brasileño-uruguayo, reunido en marzo de 1993 en la ciudad de Torres, Río

²³ Ver conclusiones de la Comisión de Derecho Procesal Civil y Comercial del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, en Juris no. 149, pág. 484 y en La Ley Actualidad del 12/8/1993, pág. 4.

²⁴ Peyrano, Jorge, Temas relacionados con la figura del juez, sus deberes y facultades, el cumplimiento de sus órdenes y la eficiencia del proceso civil, en Procedimiento civil y comercial, Rosario, ed. Iuris, 1994, t. 3 pág. 23.

²⁵ Morello, Augusto, Anticipación de la tutela, La Plata, ed. Platense, 1966, pág. 45; del mismo autor, La cautela satisfactiva, JA 1995-IV-414 (el maestro platense critica los términos inflexibles de la sentencia de la Cám. Nac. Civ. sala G, 4/5/1994, *in re* Zambardieri c/Municipalidad de Bs. As.)

Grande do Sul, Brasil, declaró bajo el título de Tutela preventiva y cautelar en el proceso civil:

[Las] medidas cautelares están dirigidas más que a defender derechos, a garantizar su eficacia; más que a reparar un daño, a prevenirlo. En última instancia están defendiendo la seriedad de la función jurisdiccional, impidiendo que la soberanía del Estado en su más alta expresión como lo es la Justicia, se vea reducida a ser una tardía e inútil expresión, una vana ostentación de mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde. La aspiración en la materia es que cada riesgo tenga la medida precautoria correspondiente, destinada a conjurarla. Ello a su vez posibilita el acercamiento del Derecho a la Justicia.²⁶

Se trata de encontrar una tutela judicial urgente, de carácter sustantivo, que más allá de lo estrictamente cautelar, constituya un remedio autónomo destinado a brindar adecuada protección a las personas frente a distintas y cambiantes situaciones que el mundo moderno presenta.

3. El proceso urgente, no estrictamente cautelar: caracteres

Peyrano enseña que "todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar".²⁷ Ejemplifica con aquellos casos en que se requiere el despacho de una diligencia urgente (la cautela material) y satisfecha, no existe razón para iniciar ningún juicio; piénsese en una mujer famosa, perseguida en forma permanente, constante y abrumadora por un *papparazzo*; el *Common Law*, pone a su disposición las *injunctions* y merced a ellas, el juez puede ordenar al acosador fotográfico, por ej., que no se acerque más de 50 mtrs. La persona molestada no necesita, entonces, iniciar ningún otro juicio; con esa medida anticipativa se satisface su pretensión.

Este proceso, que se reduce a tomar una medida satisfactiva, procura solucionar coyunturas urgentes de modo autónomo, se agota en sí mismo y se caracteriza por:

²⁶ Ver Rev. Judicatura de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, Junio 1993 no. 35 pág. 227.

²⁷ Peyrano, Jorge, Informe sobre las medidas autosatisfactivas, LL 1996-A-999; del mismo autor, Lo urgente y lo cautelar, JA 1995-1-899.

-La existencia del peligro en la demora (igual que en el cautelar).

-La fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionario; no basta la mera apariencia del derecho alegado (como en la cautelar), sino que es menester una fuerte probabilidad.

-Dada esta fuerte probabilidad, no requiere contracautela.

-Es autónomo, en el sentido de que no es accesorio, ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo.

-La demanda es seguida de la sentencia. Por eso, Peyrano, en un primer momento, propuso denominarlo **proceso monitorio urgente**.²⁸ Sin embargo, ulteriormente sustituyó la denominación por la de **medida autosatisfactiva**; indicó que esta expresión presenta las siguientes ventajas:

*Denota que el justiciable obtiene inmediatamente la satisfacción de su pretensión, sin que ello dependa de actividades ulteriores.

*La denominación proceso urgente responde al género, a algo más global, que abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especial resonancia. Proceso urgente comprende las cautelares clásicas, las autosatisfactivas, la tutela anticipatoria, etc.

En tal sentido, la conclusión nº 4, del tema 2, de la comisión nº 2, del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995 dijo: "La categoría del proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias."

4. Las decisiones anticipatorias

²⁸ La terminología fue aceptada por Andorno, Luis O., El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano, JA 1995-II887 y por Ríos, Gustavo A., El proceso civil y los proyectos de reforma. Jaque a la pendencia, en Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995, pág. 431. Compúlsese Peyrano, Jorge, Una nueva vía procesal para preservar el derecho a la privacidad: el proceso urgente, Homenaje Escuela Procesal de Córdoba, Córdoba, Lerner, 1995, pág. 39 y ss.

Entre los medios no cautelares también se ubican las sentencias anticipatorias, definidas como aquellos pronunciamientos que se producen antes de la finalización del proceso, *sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva*, mediante los cuales se da satisfacción provisoria, total o parcial al objeto de la pretensión.

Se diferencian de las cautelares tradicionales por las siguientes pautas:

-Las cautelares apuntan a asegurar el cumplimiento de la sentencia para el supuesto de ser favorable a quien las pide. Las sentencias anticipatorias, por el contrario, satisfacen la pretensión.

-Las medidas cautelares son instrumentales, ya que desde una vía incidental, sirven al proceso principal y a la pretensión. Como se ha dicho alguna vez, "tienen un telón de fondo, que es el proceso o juicio principal al que están conectadas. La cautelar no navega en solitario, sin brújula, sin norte, sino que por el contrario, configura un mecanismo de afianzamiento provisional hasta tanto se dirima la cuestión de fondo".²⁹

Las sentencias anticipatorias, en cambio, son metas de la propia pretensión.

-Las cautelares se fundan en el principio *rebus sic stantibus*. Las sentencias anticipatorias permanecen hasta que las sentencias definitivas las confirmen o modifiquen, salvo supuestos excepcionales en los que la realidad muestre la manifesta improcedencia de la pretensión.³⁰

El XVII Congreso Nacional de D. Procesal, reunido en Termas de Río Hondo, en mayo de 1993, declaró que:

La llamada sentencia asegurativa con efectos irreparables o cautelar material, tiene como rasgo identificatorio que los resultados emergentes de la actividad anticipatoria, prácticamente hacen inútil el decisorio de fondo porque en los hechos aparece coincidiendo con la pretensión sustancial. Esta circunstancia, sin

²⁹ Carnota, Walter, De cronogramas, amparos y medidas cautelares, ED 162-67. El autor recuerda, con cita de Peyrano, que este modo de razonar hace que, en la práctica, los abogados deban inventar algún juicio principal.

³⁰ Rivas, Adolfo, La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional, La Ley Actualidad, diario del 22/2/1996.

embargo, no debe impedir que el tribunal la adopte, cuando una urgencia imposergable lo justifique y llegue al convencimiento de la irreparabilidad del perjuicio que habrá de seguirse en el caso de no admitirla.³¹

Esta categoría es de gran importancia en el ámbito del Derecho de Familia; en efecto, a la hora de ejemplificar, siempre se lo hace con la decisión que fija *alimentos provisорios*.

5. El llamado mandato preventivo

Esta expresión sirve para designar decisiones judiciales cuya finalidad es evitar la producción de futuros daños a terceros que no han sido parte en el juicio donde se dictan. Generalmente se fundan en razones de humanidad y solidaridad social.

A título de diligencia oficiosa, se acepta como posible, en casos excepcionales, que el juez, superando los principios de legitimación y congruencia, decrete medidas, denominadas provisoriamente *mandatos preventivos*, tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva.

Así, por ej., en una acción en la que se reclamaba los daños sufridos por los padres por la muerte de una hija causada por la caída en un pozo, el tribunal ordenó, sin petición de parte, que se cercara la parte del terreno donde se encontraba el elemento peligroso y evitar, de este modo, futuros daños a otros niños.³²

³¹ La Ley Actualidad, 12/8/1993, pág. 4, JA 1993-111-932 y Rev. Uruguaya de D. Procesal, Montevideo, Fund. de Cultura Universitaria, 1993 n°. 1, pág. 234.

³² Cam. Fed. de La Plata 8/8/1988, JA 1988-111-97, con nota de Morello A.M. y Stiglitz, Gabriel, Función preventiva del derecho de daños; Lorenzetti, Ricardo L., La tutela civil inhibitoria, LL 1995C-1217, en especial 1224/5; Peyrano, Jorge, Temas relacionados con la figura del juez, sus deberes y facultades, el cumplimiento de sus órdenes y la eficiencia del proceso civil, en Procedimiento civil y comercial, Rosario, ed. Iuris, 1994, t. 4 pág. 49; del mismo autor, El proceso atípico, Bs. As., ed. Universidad, 1993, pág. 24; Escorzo del mandato preventivo, JA 1992-1-888; El mandato preventivo, LL 1991-E-1276. Se ha resuelto que también corresponde este tipo de medidas si, no obstante que durante el juicio se probó que los daños provenían de los vicios de la obra de la actora y no de la construcción vecina, era necesario mantener, por un tiempo razonable, la suspensión decretada porque si proseguían sin que la demandante adoptase las soluciones técnicas del caso (fortalecer vigas, reparar bases etc.), los desperfectos de su obra habrían de acentuarse notablemente (Cam 2º Civ y Com La Plata sala 2º 13/4/1993, Keegan

6. Las medidas objeto de este estudio

Por lo expuesto, este estudio no puede limitarse al análisis de las medidas que conforme la ortodoxia procesal son medidas cautelares, sino que debe comprender las llamadas por estudiosos del Derecho de Familia, medidas provisionalísimas, provisionales, previas, de fase preliminar, coetáneas, urgentes, conexas, etc.,³³ o sea, las resoluciones "que se dictan por el juez y que tienden a resolver situaciones personales y patrimoniales de los litigantes durante la tramitación del proceso familiar;"³⁴ que "procuran prevenir el menoscabo de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales de las personas,"³⁵ sean o no cautelares en sentido estricto.

D. La duración de los procesos; la eficacia en el tipo de procedimiento y el llamado proceso monitorio

c/Ortiz, JA 1993/11/323 (voto del Dr. De Lázziari, al que adhiere la doctora Ferrer; comentario favorable al fallo de Peyrano, Jorge, Ajustes y nuevos apuntes sobre la doctrina del mandato preventivo, JA 1993-11-327).

³³ Para esta cuestión ver Lorca Navarrete, Antonio María, Anotaciones críticas al régimen legal de las medidas a adoptar con ocasión de la incoación de procesos matrimoniales, en Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981/1991). Resultados y experiencias, San Sebastián, Inst. Vasco de Derecho Procesal, 1992, pag. 136. Alvarez Caperochipi distingue las medidas *provisionales* (art. 103 Cód. Civ. español) de las medidas *previas* (art. 104 del mismo código) del siguiente modo: Las medidas provisionales se adoptan una vez admitida la demanda de separación (de oficio o a petición de parte); las previas se solicitan antes de presentar la demanda y tienen una caducidad natural de 30 días. En principio son las mismas y solo se distinguen por el momento procesal y por la esencial caducidad de las medidas previas (Alvarez Caperochipi, José A., Curso de Derecho de Familia, Madrid, ed. Cívitas, 1987, pág. 171). La terminología de Alvarez Caperochipi coincide con la de Luna Serrano para quien existe una etapa previa, inmediatamente anterior a la presentación de la demanda y una fase provisional, de carácter judicial, que va desde la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio hasta la firmeza de la sentencia correspondiente (Luna Serrano, Agustín, en obra colectiva, El nuevo régimen de la familia, t. I, Matrimonio y Divorcio, Madrid, ed. Cívitas, 1982, pág. 287).

³⁴ Es la definición, con leves variantes de Vázquez Iruzubieta, cit. por Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, La ley del divorcio 4º. ed., Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 109.

³⁵ Bertoldi de Fourcade M.V. y Ferreyra de De la Rúa, A., Las medidas cautelares en el proceso de familia. Medidas cautelares y violencia familiar, en Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995, pág. 401.

1. Una insatisfacción generalizada

La mayoría de las constituciones europeas y diversas convenciones internacionales mencionan el derecho del justiciable a un *proceso sin dilaciones indebidas*.

Es verdad que:

nunca el grado de economía y la celeridad que se logren en virtud de una estructura procesal dada serán suficientes para satisfacer las expectativas de quien, siendo legítimo titular de un derecho, vio injustamente resistidas o insatisfechas las prestaciones que le eran debidas y hubo de acudir a la jurisdicción. Para ese sujeto, el tiempo corrido y el esfuerzo desplegado a través de un proceso, por más abreviada que fuere la faz cognoscitiva, hasta que obtuvo una sentencia de mérito habilitante del proceso de ejecución forzada, no dejará de ser un tiempo y un esfuerzo perdido.³⁶

No hace falta mirar la cuestión desde la perspectiva del titular del derecho para advertir que, en la mayoría de los países que pertenecen al sistema continental europeo, los juicios son demasiado prolongados. De allí, los esfuerzos de los operadores del derecho para idear nuevas formas que disminuyan su duración.

Me referiré, exclusivamente, a una sola de estas nuevas formas: el proceso monitorio. Advierto que la expresión no es unívoca y que existen diversos modelos; enfrento el peligro inherente a toda simplificación, pero dedicaré pocas líneas a exponer algunos principios generales comunes.

2. Descripción del procedimiento monitorio

El esquema procesal actual parte de la base de que es el actor, el generador del litigio, el que irrumpen en la libertad jurídica de otro, por eso debe cargar todo o gran parte del peso del proceso. Este punto de partida contiene un vicio de consolación intelectual sólo apto para ejercicios de gabinete.

³⁶ Martínez, Oscar, Procesos de estructura monitoria, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 239; del mismo autor, El procedimiento monitorio en el código procesal civil modelo para iberoamérica, en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992 n°. 2 pág. 261.

Este sistema tradicional se ha vuelto tortuoso en búsqueda de malentendidos valores de defensa y seguridad jurídica, que **sólo han servido para dilatar los procesos**, redundar en vistas y traslados, esperar innecesarias audiencias de vista de causa, multiplicar superfluos llamamientos de autos y, en definitiva, tornar dudoso, aun lo obvio.³⁷

El proceso monitorio invierte este esquema procesal; tiene por finalidad vencer la inercia del deudor, obligarlo a salir de su *coma jurídico*, permitiendo al acreedor obtener un título ejecutivo, rápidamente y con el mínimo gasto, a través de un procedimiento simple y expedito.³⁸

Vescovi lo describe como aquél en el cual la estructura contradictoria normal del proceso común (o simple) en la que el juez escucha a ambas partes y después decide, se invierte, pues oído el actor, el juez dicta la sentencia acogiendo su demanda y sólo después oye al demandado, abriéndose entonces, no antes, el contradictorio, para luego mantener o no su sentencia.³⁹

Para Gutiérrez de Cabiedes consiste en una "petición de un acreedor insatisfecho ante el juzgado competente para que convierta en ejecutiva su pretensión, salvo oposición fundada del deudor".

3. Notas características

Normalmente, el proceso monitorio tiene por objeto la reclamación de una cantidad de dinero. La controversia jurídica debe ser relativamente simple, no compleja. El juez debe estar en disposición de efectuar su control, ante la reclamación

³⁷ Ríos, Gustavo A., El proceso civil y los proyectos de reforma. Jaque a la pendencia, en Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995, pág. 436.

³⁸ Roger Perrot, cit. por Gutiérrez-Alviz Conradi, Actualidad del procedimiento monitorio civil, en Jornadas sobre la reforma del proceso civil, Madrid, ed. del Ministerio de Justicia, 1990, pág. 201.

³⁹ Vescovi, Enrique, La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria, en Libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, ed. Comares, 1984, pág. 595. La bibliografía sobre el proceso monitorio es importante. A vía de ej., a más de los trabajos citados en otras notas, véase Olcese, Juan María, El proceso monitorio o inyuncional, JA 1991-I-989; Morello, Augusto M., Hacia los procesos de estructura monitoria, ED Iss-1001.

efectuada por el actor, de forma rápida y sumaria, para que el procedimiento no pierda sus características esenciales de simplicidad y celeridad. Por eso, la mayoría de los países que lo admiten fijan un monto máximo o techo.

El juez no entra a conocer del fondo del asunto. Su resolución se funda en la apariencia o verosimilitud. La orden de pago, llamada comunicación de reclamación, la dicta un funcionario judicial (*Rechtspfleger*) que se limita a estampar el sello judicial con la advertencia de que el tribunal no ha examinado si al demandante le corresponde o no la reclamación efectuada.

Si el deudor no se opone, se dicta una resolución ejecutiva, equiparable a las sentencias en rebeldía, o sea, ejecutables provisionalmente.

En Alemania, Austria y Holanda, la tramitación se ha simplificado con la mecanización e informatización de formularios ya impresos de demandas que los interesados pueden fácilmente adquirir y en los que se indica el modo de llenarlos, qué documentos se deben acompañar y ante quién se debe presentar.⁴⁰

4. Algunos caracteres típicos del proceso monitorio alemán; diferencias con el proceso ejecutivo

El proceso monitorio germánico se diferencia del proceso ejecutivo porque:

-El proceso ejecutivo se basa en títulos que llevan aparejada ejecución y produce el embargo de los bienes. El proceso monitorio se funda en una petición del acreedor insatisfecho, sin título que lleve aparejada ejecución, para que una vez requerido el acreedor, se convierta en ejecutiva su pretensión, salvo oposición.

-Puede surgir de un título escrito (monitorio documental) o en base a la simple afirmación del acreedor (monitorio puro). La

⁴⁰ Gutiérrez-Alviz Conradi, Actualidad del procedimiento monitorio civil, en Jornadas sobre la reforma del proceso civil, Madrid, ed. del Ministerio de Justicia, 1990, pág. 205.

-El proceso monitorio origina una orden de pago condicional (*mahnverfahren*), o sea, ejecutiva, salvo oposición fundada del deudor. El ejecutivo, en cambio, es una orden de pago incondicional y provoca la ejecución inmediata (embargo).

-La oposición del deudor en el monitorio convierte el proceso en un contencioso ordinario. En el juicio ejecutivo, la oposición del deudor se sigue por un procedimiento sumario.

-El proceso monitorio no se admite cuando no se conoce el domicilio del deudor o cuando tiene su residencia en el extranjero, limitaciones que no aparecen en el ejecutivo.

-En el sistema alemán, el proceso monitorio es de naturaleza voluntaria; falta una verdadera contradicción al emitirse la orden de pago en base a la declaración unilateral del acreedor. Mientras el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución desde su inicio, el monitorio no; se convierte en proceso de ejecución por falta de oposición del deudor. En razón de que la orden de pago (*mahnveffahren*) es un acto de jurisdicción voluntaria, no hay ningún problema en que pueda emanar de un secretario judicial (*rechtspfleger*); de este modo se descongestiona la labor judicial.⁴¹

5. Los principios del proceso monitorio en los procesos familiares

Es verdad que el monitorio sirve, preferentemente, para lograr del modo más acelerado posible, un título para la ejecución forzada de una prestación cierta y exigible de dar cantidades de dinero u otros bienes fungibles. Pero esa preferencia en su origen no implica que su técnica no pueda ser usada para cualquier otro fin.⁴²

⁴¹ Cit. por Seoane Cacharrón, Jesús, Necesidad de implantar en España el procedimiento monitorio civil alemán con plena atribución al secretario judicial, en crisis de la Justicia y reformas procesales, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, ed. del Ministerio de Justicia, 1988, pág. 644. En este artículo se encuentra un muestreo de las soluciones proporcionadas por los códigos procesales europeos.

⁴² Martínez, Oscar, Procesos de estructura monitoria, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 245.

En efecto, el esquema del proceso monitorio puede ser aplicado en algunas cuestiones vinculadas al Derecho de Familia; por ej., alimentos, atribución de vivienda, etc. De hecho, al parecer, en Canadá es aplicable al juicio de divorcio. Sin embargo, la Casación italiana se negó a reconocer eficacia en el país a una sentencia de disolución del matrimonio dictada a través de este procedimiento. En efecto, el 17/3/1993 declaró que:

violaba el orden público italiano la sentencia pronunciada por un juez del Canadá, a través del modelo del llamado proceso monitorio puro, según el cual el actor se limita a expresar, de modo puramente asertivo, su pretensión de disolución del matrimonio, mientras el motivo de éste sólo se pone de relieve cuando la contraparte, en el acto introductorio de ser notificado, propone oposición, admitiéndose el pronunciamiento del divorcio en caso contrario.

El alto tribunal italiano entendió que, por violarse el orden público interno, el convenio de La Haya de 1970 no lo obligaba a reconocer la sentencia.⁴³

E. La eficacia y la ejecución de las decisiones

1. La ejecución de la decisión y el derecho constitucional a la tutela efectiva

El Tribunal Constitucional de España ha dicho que:

el derecho a la tutela efectiva previsto en el art. 24 de la constitución española no se agota en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea

⁴³ Corte di Cassazione 17/3/1993, con nota de Conte, Mario, Divorzio e processo monitorio puro: un matrimonio impossibile, en II Diritto di Famiglia e delle persone, anno XXII, 1993 n°. 4 pág. 1012 y en II Foro italiano, 1995 n°. 12, pág. 3552, con nota de Ficcarelli, Seatrice corte Di cassazione e ordine pubblico internazionale: note sul mancato riconoscimento di una sentenza di divorzio straniera.

repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.⁴⁴

2. La ejecución de la decisión y el poder de la jurisdicción

La eficacia de la ejecución hace a la propia función jurisdiccional y a su prestigio. Con gran claridad se enseña:

los jueces no sólo conocen de los litigios (*notio*) y los resuelven dictando una sentencia de mérito (*judicium*) sino que, en una actividad posterior, hacen cumplir forzadamente esa decisión (*executio*). De tal modo, el poder de la jurisdicción no se patentiza tanto a través de los llamados procesos de conocimiento, donde se debaten los hechos y el derecho y se producen las pruebas, sino que su fuerza (la de la jurisdicción) se corporifica con mayor claridad, se percibe incluso mediante cambios en el mundo de lo sensible, en los llamados procesos de ejecución.⁴⁵

Por eso, no se puede hablar seriamente de un ordenamiento jurídico eficiente cuando las sentencias que produce no son acatadas o no existen vías idóneas para lograr doblegar la voluntad contumaz de los condenados sedicentes; "la existencia de instituciones que aseguren el cumplimiento en especie de lo adeudado es, en cambio, un signo de madurez del sistema jurídico respectivo".⁴⁶

El *Common Law* presenta los rasgos típicos de un proceso eficaz desde que reconoce al juez civil el poder de dictar, durante el proceso o a su conclusión, ciertas órdenes (*injunctions*) de hacer o de no hacer, para proteger o asegurar la relación jurídica que ha sido motivo del litigio. El incumplimiento de tal orden integra una hipótesis de *contempt of court*, es decir, una situación de vilipendio, de ofensa al

⁴⁴ Cit. por Jimena Quesada, Luis, Los derechos del justiciable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acerca de la aplicación práctica del art. 24 de la constitución española, Rev. Gral. de Derecho, año LII nº. 613/614, Oct-Nov. 1995, pág. 11.364.

⁴⁵ Martínez, Oscar J. y Viera, Luis, El proceso monitorio (Bases para su legislación uniforme en Iberoamérica), en Jus no 41, pág. 53.

⁴⁶ Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 269.

ordenamiento preconstituido, que determina el devengamiento de una sanción pecuniaria o de arresto que debe ser dictada por el mismo juez que emitió la orden vilipendiada. Una cuestión meramente privada entre actor y demandado puede, tan pronto como se ha sancionado una orden judicial, convertirse en una cuestión que, en cierta medida, es del tribunal, que puede sentirse afectado, menospreciado, insultado, porque su orden ha sido descuidada o desobedecida voluntariamente.⁴⁷ La doctrina anglosajona dominante entiende que sin esta figura la eficacia de la sentencia sería verdaderamente muy modesta. El *contempt of court*, en cambio, induce a una obediencia casi ciega e incondicionada de la mayor parte de los deberes y órdenes de carácter no monetario, por lo que el cumplimiento resulta inmediato.

Estas *contempt of court*, como he dicho, a veces tienen finalidad exclusivamente punitiva; pueden consistir en una multa (que no tiene tope máximo y se regula en función de la intensidad del incumplimiento y del daño derivado al interés público), o en pena de arresto; en ese último caso, la detención no puede ser superior a los dos años; así por ej., un juez inglés condenó a nueve meses de prisión a un marido que, estando a punto de dejar la Armada inglesa, debía recibir una indemnización; ante un pedido de la esposa, él convino y el juez dispuso que al cobrar esa suma entregaría a la esposa el 50%; sin embargo, cobró la cantidad estipulada y la gastó.⁴⁸

El Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, redactado por el insigne procesalista Ramiro Podetti, prevé una figura análoga en el art. 47 incs. 3 y 4º, al autorizar al juez a imponer, entre otras sanciones, multas y detenciones hasta de diez días. En la nota correspondiente, el codificador explica que

⁴⁷ Malagu, Luca, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, ed. Giuffre, 1986, pág. 116 y ss. En el capítulo VI de la obra de Morello ya citada (Anticipación de la tutela, La Plata, ed. Platense, 1966, pág. 71) puede compulsarse un interesantísimo análisis de la figura de la *injunction* estructural del derecho canadiense y norteamericano que muestra el gran espectro de las soluciones posibles).

⁴⁸ Court of Appeal, Roch and Ward, 23/3/1995, Family Law, 1995 n°. 25, pág. 550, con nota sin título de John Dewar.

Las sanciones procesales previstas en el artículo constituyen facultades ínsitas en el poder jurisdiccional (*coercio*) y tienden a hacer efectiva la dirección del proceso por el juez, la marcha regular del mismo y el respeto que se debe a la Justicia y a los litigantes, profesionales y demás auxiliares de aquella entre sí.

Luego, recuerda a Cornelutti y afirma que "la fuerza es inseparable del Derecho, pues sin ella éste no podría realizarse sin la conformidad de los interesados. De ahí la imprescindible necesidad de las sanciones, que deben tener la suficiente elasticidad para que su aplicación sea adecuada a la gravedad de la infracción".

3. La ejecución y los alcances de la cosa juzgada

Hasta hace algún tiempo, se veía el juez ejecutor como un alguien que debe hacer cumplir ciegamente lo resuelto en la decisión que concluyó con la fase declarativa y creó un título ejecutivo; es sólo a ese título al que debe atenerse.

Poco a poco, esta visión monolítica y automática de la actividad ejecutiva fue evolucionando; hoy se reconoce la necesidad de adecuar el título ejecutivo a la realidad sobrevenida. Ha adquirido fuerza la idea de que la ejecución es una continuación del proceso cognoscitivo. En la doctrina alemana se viene desarrollando el principio de la *proporcionalidad en la ejecución*,⁴⁹ según el cual, sin dejar de reconocer que el fallo debe ser susceptible de ser ejecutado, por ser la coercibilidad intrínseca al derecho, establece, entre otros límites a esa coerción los supuestos en que el cumplimiento forzoso se vuelve en contra de los intereses del propio ejecutante o es sencillamente vejatorio para el condenado.

4. Las condenas de futuro

Aunque en principio las condenas de futuro están proscritas, hay supuestos en los que es preciso, o por lo menos, conveniente y aconsejable, dejar trazada una línea de conducta a partir o en función de una determinada fecha aún no cumplida,

⁴⁹ Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 14.

al objeto de simplificar la gama de cuestiones que pueden presumiblemente presentarse.⁵⁰

5. La ejecución provisional

La ejecución provisional tiene por finalidad descartar el efecto suspensivo de los recursos permitiendo la ejecución de la sentencia de primera instancia desde el momento en que la misma ha sido notificada a la otra parte. Es provisional, porque no prejuzga, de ninguna forma, la cuestión cuya resolución está reservada a la apelación: si la sentencia es revocada, la parte que había resultado ganadora en primera instancia, porque ha perdido en la segunda, deberá devolver lo que provisionalmente hubiera recibido. De todas formas, "presenta la ventaja de frustrar la maniobra dilatoria consistente en apelar sistemáticamente las sentencias para diferir una condena casi segura y para especular con la debilidad del adversario con el fin de poder arrancarle una transacción ventajosa".⁵¹

En este sentido, recuérdese que la ley 34/1984 de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, produjo un viraje en el sistema anterior al disponer que:

Las sentencias definitivas que hubiesen sido objeto de recursos de apelación, podrán, no obstante, ser ejecutadas provisionalmente cuando condenen al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo. Las sentencias de objeto o naturaleza distinta serán susceptibles de la misma medida únicamente si el juez estima que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable.

Como se advierte, disposiciones de este tipo favorecen grandemente la eficacia de los procesos jurisdiccionales.

6. Medios para asegurar la efectividad de la sentencia

Peyrano distingue dos especies:

⁵⁰ Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 15.

⁵¹ Perrot, Roger, *La eficacia del proceso civil en Francia*, en *Para un proceso eficaz*, Barcelona, ed. de la Universidad Autónoma, 1982, pág. 197.

-Los medios identificatorios de bienes ejecutables (por ej., el cateo del embargo); y

-Medios compulsorios, para obtener el cumplimiento de la sentencia (astreintes, medidas conminatorias, penas procesales),⁵² etc.

Analizaré sólo algunas de estas especies.

7. Algunos medios identificatorios de bienes ejecutables; el llamado cateo del embargo

Muchas veces, los deudores inescrupulosos ocultan sus bienes. Entre los remedios contra esta conducta se ubica el *cateo del embargo*.

Se denomina cateo a la acción de examinar, aún de modo compulsivo, las ropas del sujeto pasivo de una diligencia de embargo con el propósito de descubrir bienes susceptibles de ser cautelados; también cuando la búsqueda se produce en la casa habitación del embargado o en otro lugar de su pertenencia; comprende, como en el Código Italiano, la apertura de puertas, escondrijos o recipientes que pudieran ocultar bienes valiosos de pertenencia del embargado.⁵³

8. Las llamadas *medidas conminatorias*

-Concepto

Se ha definido a la medida conminatoria como

⁵² Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 297.

⁵³ Peyrano, Jorge, Apuntes sobre las medidas cautelares en el juicio de divorcio, en Procedimiento Civil y Comercial, Rosario, ed. Juris, 1992, t. 2 pág. 36; del mismo autor, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 272. El art. 653 del Cód. Procesal de Perú dispone: "Cateo en el embargo en depósito: Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que éste le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a las circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del embargado, respetando el decoro de ésta."

Cualquier orden, de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales, emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento *in natura* de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que *prima facie* podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz.⁵⁴

El concepto se refiere a:

Cualquier orden: el contenido concreto es discrecional; la imaginación y la prudencia del magistrado operan a modo de un sistema de pesos y contrapesos.

Mandato derivado: la medida es la consecuencia de haber desobedecido previamente otra orden judicial respecto de la cual se pretende acatamiento en homenaje al valor eficacia en el proceso.

Contenido no pecuniario: se lo pretende distinguir de otros medios, por ej., las astreintes.

Alcances extraprocesales: las medidas no repercuten directamente sobre el trámite del proceso; las medidas son intraprocesales, en cambio, cuando sí inciden en el trámite (por ej., cuando se dispone la suspensión del procedimiento hasta tanto se paguen las costas del incidente).

-*Un ejemplo ilustrativo*

Un juez condena al demandado a modificar el sistema de ventilación de una confitería que ocasionaba molestias y perjuicios a otra explotación comercial lindera. El demandado desobedece la orden; el juez decretó la clausura del local hasta que se cumpliera *in natura* lo ordenado.

⁵⁴ Para la medida conminatoria ver, especialmente, Peyrano, J. y Chiappini, Julio, La medida conminatoria, ED 125-828; Peyrano, Jorge, Temas relacionados con la figura del juez, sus deberes y facultades, el cumplimiento de sus órdenes y la eficiencia del proceso civil, en Procedimiento civil y comercial, Rosario, ed. Iuris, 1994, t. 3 pág. 44; del mismo autor, Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria, LL 1988-D-851 y ss; La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso, JA 1987-IV-856; Memorandum sobre la medida conminatoria, JA 1989-11-828; Medidas conminatorias, LL 198-E-1043; Chiappini, Julio O., La medida conminatoria, en Cuestiones de Derecho Procesal Civil, Rosario, ed. Zeus, 1988, pág. 120; Bacarat, Edgard, Poderes conminatorios legales y extralegales del juez para la actuación de mandatos instructorios y cautelares, JA 1988-III-669.

-Forma de operar

La medida, como la *injunction* del *Common Law*, presiona psicológicamente al renuente con la amenaza de un mal mayor.

-Fundamento

Quienes admiten estas medidas sostienen que se fundan en las llamadas atribuciones judiciales implícitas. Así lo declaró el XV Congreso Nacional de D. Procesal reunido en Córdoba, Argentina, en agosto de 1989: "3. El despacho de una medida conminatoria, aun en defecto de disposiciones legales que la regulen, encuentra fundamento en el ejercicio de atribuciones judiciales implícitas y también en una válida interpretación extensiva en materia de astreintes."

En el mismo sentido, el IV Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe (Venado Tuerto, Abril de 1988) declaró:

1. Los poderes de hecho de los jueces consisten en una vasta gama de instituciones y herramientas jurídicas, que confluyen al valor eficacia en el proceso, para que las órdenes judiciales se materialicen exitosamente en los hechos con el concurso de la voluntad del destinatario de la orden o aun venciendo su resistencia.
2. Resulta ser campo propicio para el ejercicio de los referidos poderes de hecho la llamada medida conminatoria.⁵⁵
3. La medida conminatoria puede diligenciarse a título de atribución judicial implícita y así despacharse aun en defecto de regulación legal expresa. De todos modos, una aplicación analógica y extensiva de los arts. 666 bis y 263 Cód. Proc. le proporciona sustento legal.
4. Se reconoce que es en el ámbito cautelar y en el del derecho de familia donde la medida conminatoria tendrá mayor injerencia mientras que la tendrá en menor medida en la faz instructoria; todo ello, sin perjuicio de que la misma pueda ser despachada en cualquier tramo o tipo de proceso. En cualquier supuesto, su dictado reclama el máximo de prudencia por parte de los magistrados; especialmente en lo

⁵⁵ Luego el despacho define la medida con las mismas expresiones que he vertido en el texto.

que hace al diseño del mal mayor con que se amenaza al desobediente.

5. La medida conminatoria se despachará sin perjuicio de los mecanismos represivos que, además, corresponda hacer funcionar . . .

7. Se recomienda, de lege ferenda, el estudio de la posibilidad de regular legalmente la denominada desobediencia civil (sancionable derechamente por el juez en lo civil y comercial) consistente en toda obstrucción (proveniente de las partes o terceros) que se traduzca en el incumplimiento de una resolución judicial, penalizándola de modo que resulte eficaz.

-Conclusión provisoria:

Los más entusiastas sostenedores de estas medidas afirman que la "técnica del castigo, como método de obtener conductas deseadas, no es una suerte de fascismo procesal cuando se la adopta mediante la medida conminatoria; la prueba es que la medida conminatoria funciona, con éxito en regímenes indisputablemente democráticos, como son los ingleses".⁵⁶

9. El auxilio de los terceros para el cumplimiento de las decisiones

Finalmente, no debe descartarse el auxilio de los terceros. En este sentido, recuérdese la idea carneluttiana que hace pesar *erga omnes* una especie de servicio público judicial conforme al cual toda la comunidad debe colaborar, llegado el caso, para una mejor prestación de la actividad jurisdiccional.⁵⁷

⁵⁶ Chiappini, Julio O., La medida conminatoria, en Cuestiones de Derecho Procesal Civil, Rosario, ed. Zeus, 1988, pág. 119/122; Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 285/296 (en pág. 294 se relata minuciosamente el caso resuelto en Rosario, mencionado por Chiappini).

⁵⁷ Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 292.

II. La aplicación de estas ideas preliminares al denominado proceso familiar

A. La eficacia antes de la sentencia

1. ¿Régimen especial o general?

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia de una normativa uniforme para todo tipo de medidas anticipatorias.⁵⁸ Esta discusión, trasladada al campo del proceso familiar, se formula con la siguiente pregunta: ¿Pueden aplicarse a los procesos familiares las mismas medidas anticipatorias que a los procesos civiles en general? ¿Se rigen por idénticos principios?

Un importante sector de los autores españoles considera que las normas contenidas en los códigos civiles, anticipatorias de tutela en las relaciones matrimoniales son verdaderas cautelares porque reúnen los caracteres de instrumentalidad, provisionalidad y temporalidad.⁵⁹

Por el contrario, una visión ortodoxa de las medidas previstas en la mayoría de los códigos relativas a los procesos de divorcio, separación y nulidad del matrimonio, podría fundar una respuesta negativa, pues se advierte entre las

⁵⁸ En Italia, la Ley #353 de reformas al Código Procesal Civil ha previsto un procedimiento cautelar uniforme para todo tipo de procesos que regula en los arts. 669 bis al 669 quaterdecies (Para esta cuestión y su incidencia en el proceso familiar ver Salvaneschi, Laura, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimiento cautelare uniforme*, Riv. di Diritto processuale, año XLIX, 1994 nº. 4, pág. 1063 y en Studi in onore di Crisanto Mandioli, Milano, ed. Giuffre, 1995, pág. 591; Martinelli, Paolo, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, Il Foro italiano, anno CXX)(nº. 4 Aprile 1995, pág.166.)

⁵⁹ Romero Coloma, Aurelia María, *Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimoniales*, Barcelona, ed. Seripost, 1994, pág. 55. Para una síntesis de las principales opiniones ver Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, *Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico*, 5º. ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 351. La cuestión de la naturaleza jurídica de estas medidas también se discute en Italia (Ver, entre otros, Bongiorno, G., y Zino, S., *Note sulla competenza a disporre il sequestro ex art. 156 CC dopo la legge n 353/90, en il Diritto di Famiglia e delle Persone*, año XXIII, 1994 nº. 1 pág. 221; Zino, Salvatore, *Nuovo procedimento cautelare e provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, II Diritto di Famiglia e delle persone, año XIII, 1994 nº. 4 pág. 1272; Dalla Valle, Paola, *Tutela dei crediti del coniuge separato e provvedimenti cautelari d'urgenza*, Riv. di Diritto Civile, año XXXIX, 1993 nº. 3 pág. 379 S.P.)

cautelares *strictu sensu* y estas medidas (decisiones provisionales sobre guarda, tenencia, alimentos, atribución de vivienda, etc.), importantes diferencias,⁶⁰ tales como:

*Las medidas que se dictan en los juicios de divorcio y análogos no tienen por fin fortalecer el cumplimiento de la sentencia definitiva que habrá de pronunciarse sobre el fondo de la litis, sino asegurar la integridad de la persona o la satisfacción de sus necesidades urgentes, desvinculándose de la pretensión principal. Por eso, para algunos autores, directamente, no se da el carácter instrumental, ya que estas medidas tienen una finalidad en sí mismas, independiente del proceso principal, cual es dotar al matrimonio en trámite de separación de un estatuto provisional de sus relaciones jurídicas.⁶¹

*En algunos casos, la medida provisional guarda sustancial analogía con la decisión *definitiva*. Así por ej., se ha sostenido que *la tenencia provisional y la definitiva no tienen diferencias esenciales*.⁶²

*Otras medidas cautelares han adquirido un carácter instrumental singular y fuertemente anómalo, pues se conceden para obtener que el afectado cumpla con las condenas impuestas en otro proceso conexo. Por ej., se resuelve la suspensión de la tramitación de un juicio de reducción de la cuota alimentaria hasta tanto el actor dé cumplimiento a las condenas previas e incluso, al pago de las costas del proceso de divorcio.⁶³

*Algunas medidas anticipatorias no buscan proteger directamente a las partes que intervienen en la litis, sino a

⁶⁰ Sigo en el desarrollo de las diferencias, en lo fundamental, a Kielmanovich, Jorge L, *Medidas cautelares en el proceso de familia*, LL 1996-A-1202.

⁶¹ Villagómez Cebrián, Marco, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada, ed. Comares, 1995, pág. 38.

⁶² Bossert, G. y Zannoni, E., *Manual de Derecho de Familia*, 3º. ed., Bs. As. 1991, n°. 449.

⁶³ Ver jurisprudencia citada por Kielmanovich, Jorge L, *Medidas cautelares en el proceso de familia*, LL 1996-A-1203.

*La sustanciación también es diferente, aunque algunas se tramitan *in auditá parte*, en muchas se admite la sustanciación previa con la contraria, en razón de las graves consecuencias que pueden aparejar para el afectado y la familia (por ej., la exclusión del hogar).⁶⁴

*Los presupuestos procesales también varían. Muchas veces no exigen ni contracauteña, ni la prueba de la verosimilitud del derecho, ni del peligro en la demora, sino sólo la comprobación de las circunstancias descriptas en la ley de fondo; esto es lo que sucede, por ej., con la exclusión del hogar, o la fijación de alimentos provisionarios.

*Tampoco son una cautelar innovativa, porque esa categoría supone confundir lo cautelar con el juicio sumario.⁶⁵

Sobre la base de éstas y otras diferencias, un sector de la doctrina sostiene que el régimen de las medidas cautelares en los procesos de familia requiere un tratamiento diferenciado al resto de los procesos que contienen pretensiones patrimoniales disponibles por las partes.⁶⁶

El XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal reunido en Santa Fe, Argentina, en junio de 1995, en posición más ecléctica, recomendó:

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de la institución cautelar contenidos en los códigos procesales, en procesos vinculados con el Derecho de Familia deben atenderse las singularidades de esta materia y los intereses primordiales que en ella se debaten, correspondiendo materializar las adecuaciones que la ley o la propia naturaleza del orden familiar determinan en hipótesis particulares.

⁶⁴ Conf. Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 215.

⁶⁵ Pereda Gómez, Francisco Javier, La prevención de las resultas del proceso matrimonial: medidas provisionales, medidas cautelares, medidas caucionales, en obra colectiva, Problemas candentes en los procesos de familia, Madrid, ed. Dykinson, 1995, pág. 305/6.

⁶⁶ Alvarez, Alfredo y otros, Las medidas cautelares en el proceso de familia, Rev. de Jurisprudencia Provincial, Febrero de 1996, año 6 n°. 2, pág. 20.

En todo supuesto en que se haya obtenido aseguramiento de derechos de índole familiar (exclusión del hogar, tenencia provisoria, alimentos provisionales, etc.), en los que no ha mediado audiencia o cualquier tipo de intervención del afectado, la resolución respectiva participa de los caracteres de ausencia de prejuicío, provisoriedad, mutabilidad y recurribilidad con efecto meramente devolutivo.⁶⁷

En mi opinión, la respuesta a la pregunta inicial depende del concepto que se tenga sobre las medidas cautelares. Quien se aferra a los conceptos procesales clásicos, advertirá grandes diferencias; quien acepta la reformulación de las nociones tradicionales, advertirá que aparecen en el proceso familiar la mayoría de las nuevas figuras a las que me he referido en la primera parte.

Por lo demás, hay que estar a la metodología de cada ordenamiento:

Si el Código no tiene una regulación sistemática de las medidas anticipatorias, el único remedio es acudir a los principios generales de naturaleza procesal en todo cuanto no fueran contradictorios con el fin tenido en miras en la legislación sustancial.

El moderno Código de Familia de Panamá de 1995, en cambio, contiene normas específicas. Así por ej., el art. 766 ubicado en las disposiciones generales del procedimiento dispone:

Cuando el juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso podrá decretar de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares o tutelares que estime convenientes, las cuales se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar fianza o caución cuando alegare justo motivo.

Además, el art. 791, colocado entre las normas del procedimiento sumario dice:

⁶⁷ Ver conclusiones en JA 1995-1-1037; ED 163-849, Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1995 n°. 123 pág. 345; Rev. de Jurisprudencia Provincial, Agosto de 1995, año 5 n°. 8 pág. 666; Zeus boletín del 27/6/1995, correspondiente al tomo 68.

Si con la demanda se presentan pruebas que acrediten plenamente lo demandado, el juez dispondrá las medidas cautelares y tutelares que correspondan y, de inmediato, citará a audiencia al actor, a su contraparte y demás interesados. En caso contrario, hará lo necesario para recabar previamente las pruebas procedentes y fijará el día y hora de la audiencia dentro de un término no mayor de tres días.⁶⁸

2. Fundamento de las llamadas medidas provisionales

Antes de las importantes reformas producidas en el Derecho de Familia en casi todo el mundo occidental en las últimas tres décadas, las medidas previas y provisionales, sobre todo en el juicio de divorcio, tenían por principal fundamento dispensar cierta protección a la parte más débil, la esposa, proporcionándole una mínima independencia del marido. En la actualidad, el principio de igualdad de los cónyuges impone la búsqueda de otras razones que le sirvan de base.⁶⁹

Para algunos, estas medidas tienen naturaleza anticipatoria de los efectos de la sentencia.⁷⁰ Para la mayoría, el fundamento reside en la crisis matrimonial en sí misma; en la necesidad de proveer a la familia disgregada una equitativa organización provisional en la que encuentren satisfacción el interés de los hijos y de los esposos en congruencia y armonía con el interés familiar más necesitado de protección.⁷¹ Esto se visualiza, en especial, en las medidas provisionales que tienen por objeto la

⁶⁸ Los juicios que quedan sometidos al procedimiento sumario son: oposición al matrimonio, domicilio conyugal, suspensión de la obligación de cohabitar, suspensión y prórroga de la patria potestad, guarda y crianza y régimen de comunicación y de visita, emancipación, acogimiento familiar, tutela, autorizaciones relacionadas con bienes de menores e incapaces, constitución del patrimonio familiar y desacuerdo que se produzca entre los esposos por el traslado de residencia o por cualquier otra causa sobre la fijación del domicilio conyugal (art. 793).

⁶⁹ Rivero Hernández, Francisco, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en obra colectiva, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 653.

⁷⁰ Villagómez Cebrián, Marco, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada, ed. Comares, 1995, pág. 38.

⁷¹ Romero Coloma, Aurelia María, *Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimoniales*, Barcelona, ed. Serlipost, 1994, pág. 55; conf. Villagómez Cebrián, Marco, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada, ed. Comares, 1995, pág. 36.

situación de las personas, que no buscan el aseguramiento de algo futuro sino "tender un puente entre una situación normal anterior y otra con normalidad diferente a que se llegará al final del proceso"; se pretende, entonces, "garantizar la libertad de los cónyuges, no tanto en el plano jurídico, sino en el psicológico y humano para que no haya coacción ni presión espiritual de ninguna clase".⁷²

3. Análisis parcial de las medidas provisionales en los juicios de divorcio, nulidad y separación

-Normativa exemplificativa.

La mayoría de los códigos civiles y procesales contienen normas similares. Transcribo, al sólo efecto exemplificativo, el art. 124 de la moderna Ley Procesal de Familia de El Salvador:

En los procesos de divorcio contencioso y nulidad de matrimonio, simultáneamente con la admisión de la demanda o antes, según la urgencia del caso, el juez podrá decretar las siguientes medidas:

- a. Autorizar la residencia separada de los cónyuges y el uso provisional de la vivienda y de los bienes muebles de uso familiar.
- b. Disponer que uno de los cónyuges, ambos o un tercero se encarguen del cuidado de los hijos comunes, teniendo en cuenta el interés superior del menor.
- c. Determinar la cuantía que cada cónyuge debe apotar por concepto de alimentos, con base en la capacidad económica de los mismos para los gastos de los hijos y el sostenimiento del hogar. Cuando fuere el caso, también se determinará el valor de la

⁷² Rivero Hernández, Francisco, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 734; conf. Gonzalvez Vicente, Pilar, Contenido de las medidas provisionalísimas y su resolución judicial, en Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981/1991). Resultados y experiencias, San Sebastián, Inst. Vasco de Derecho Procesal, 1992, pág. 143.

d. Decretar, a petición de parte, la anotación preventiva de la demanda en el registro donde se encuentren inscritos los bienes comunes o propios, anotación que surtirá efecto durante todo el tiempo que dure el proceso o hasta que se practique la liquidación correspondiente.

-Importancia de la normativa.

En la mayoría de los códigos, los artículos que regulan las medidas previas, preliminares o anticipatorias en los juicios de divorcio, separación y nulidad de matrimonio constituyen el núcleo básico de la materia procesal.⁷³ Estas normas son cuantitativamente muy significativas y sirven para solucionar un alto porcentaje de los conflictos personales y patrimoniales de un matrimonio en quiebra.⁷⁴

Aunque se denominen provisionales, son importantes porque:

-Mantienen su vigencia mientras no recaiga sentencia definitiva.

-Serán, muchas veces, la base sobre la que se adopten las soluciones permanentes.⁷⁵

-El principio dispositivo. La Justicia "rogada".

Es discutible si, habiéndose iniciado el juicio de divorcio, separación o nulidad de matrimonio, el juez puede o no disponer medidas provisionales de oficio.⁷⁶

⁷³ Peyrano, Jorge, Apuntes sobre las medidas cautelares en el juicio de divorcio, en Procedimiento civil y comercial, Rosario, ed. Juris, 1992, t. 2, pág. 31.

⁷⁴ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, La ley del divorcio 4º. ed., Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 109.

⁷⁵ Entrena Klett, Carlos M., Matrimonio, separación y divorcio, 3º. ed., Madrid, ed. Aranzadi, 1990, pág. 654.

⁷⁶ La cuestión se plantea respecto de las llamadas medidas provisionales. No se discute, en cambio, que el juez nunca podría disponer, sin petición de parte, medidas previas, sin existencia de juicio de divorcio. En tal sentido se ha dicho que no se debe eximir al cónyuge que las pretenda, observar las reglas procesales generales y fundamentalmente, el principio dispositivo o de rogación del proceso (Fosar

En España el conflicto presenta cierta gravedad:

Algunos autores sostienen, de *lege lata*, la regla de la justicia rogada: "parece que incluso las medidas que pueden afectar a los hijos no pueden ser pedidas por el Ministerio Fiscal de no solicitarlas los cónyuges, lo que sería criticable de *lege ferenda*".⁷⁷ Otra posición abre un poco la legitimación: las medidas pueden ser adoptadas a pedido no sólo del actor, sino del Ministerio Fiscal, en interés de los incapaces y del cónyuge demandado.⁷⁸

Las discrepancias han llegado hasta el vértice de la judicatura del país: El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. La cuestión se ha planteado respecto a las prestaciones alimentarias compensatorias, pero los argumentos vertidos por ambos tribunales contienen valoraciones de carácter general acerca de la aplicación de los principios procesales generales a los llamados procesos matrimoniales.

El Tribunal Constitucional estima que el proceso en cuestiones de Derecho de Familia contiene elementos de *ius cogens*; por ello declaró constitucional la decisión por la cual un juez fijó una pensión no solicitada si la decisión "sirve para superar equitativamente la crisis matrimonial" (sentencias del 10/12/1984 y del 28/1/1987). Respecto de los alimentos de los hijos, esta tesis tendría apoyo en el art. 93 del Cód. Civil español que dice: "El juez, **en todo caso**, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento." Sobre este mismo camino, otros tribunales inferiores han resuelto que el principio de justicia rogada no es de aplicación "cuando se trata de

Benlloch, Enrique, Estudios de Derecho de Familia, t. II, Vol. 1., Barcelona, ed. Bosch, 1982, pág. 497).

⁷⁷ Alonso Furelos, Juan Manuel, Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho Español, Córdoba, 1989, pág. 158.

⁷⁸ De los Mozos, José Luis y Herrero García, María José, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, 2º. ed., Madrid, ed. Civitas, 1994, pág. 1267.

medidas que afecten a los menores, debiendo pronunciarse el tribunal sobre la contribución del padre a los alimentos de la hija menor, aunque no se haya pedido".⁷⁹ Apoyando esta posición se ha dicho que "no rigen los principios de congruencia y rogación, puesto que en la determinación de los efectos de estos procedimientos deben protegerse otros intereses que el ordenamiento considera prioritarios, como son el interés de los hijos y el de la igualdad".⁸⁰

El Tribunal Supremo, en cambio, entiende que la ley no autoriza al juez a fijar una pensión no solicitada.⁸¹ En adhesión a esta respuesta se ha dicho que el juez no puede convertirse en investigador privado, cargar sobre sí la dinámica familiar y suplir el interés de las partes en el análisis de todos los efectos y en la solicitud de su fijación.⁸²

En esta disputa se invoca el Código Procesal alemán, que dispone que las medidas provisionales se adoptarán a instancia de parte; no obstante, lo cual permite la actuación de oficio del tribunal en lo referente a las medidas vinculadas a la patria potestad sobre los hijos. Apoyándose en estos textos del derecho comparado y tratando de ponerles límites se concluye:

En ciertos casos, la determinación de los efectos por el juez no está limitada por el principio de rogación de parte, pudiendo acordarlos de oficio, **siempre que tuviere suficiente información** para ello. No rige, en estos procesos, en toda su dimensión, el principio dispositivo y, particularmente, el deber de congruencia sufre por ello importantes excepciones. Sin embargo, estos principios deben ser precisados: rigen los supuestos donde la situación de los menores está comprometida; el juez puede, de oficio, determinar la

⁷⁹ Audiencia Provincial de Córdoba 5/10/1994 Rev. Gral de Derecho, Valencia, año LII, nº. 613/614, Oct-Nov 1995, pág. 12681 (el tribunal cita en su apoyo el fallo del Tribunal Constitucional español del 20/12/1984).

⁸⁰ Rivero Hernández, Francisco, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 658.

⁸¹ Fallos reseñados por De los Mozos, José Luis y Herrero García, María José, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, 2º. ed., Madrid, ed. Civitas, 1994, pág. 1268 y por Pereda Gámez, F. Javier, La ejecución de las sentencias matrimoniales, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 29.

⁸² Pereda Gámez, F. Javier, La ejecución de las sentencias matrimoniales, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 29.

guarda y custodia de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas, comunicación y estancia de los menores, la cuantificación de alimentos para los hijos menores y la adopción de las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Existen, sin embargo, otros efectos cuya adopción se efectuará previa instancia de parte y dominados por el principio dispositivo; se trata de efectos de carácter económico, con repercusiones limitadas a los cónyuges: pensión compensatoria en favor del cónyuge,⁸³ indemnización en favor del cónyuge cuyo matrimonio fue declarado nulo, atribución del uso de la vivienda familiar cuando no hubiere hijos, etc. [alimentos para el cónyuge, asignación de activos de los bienes conyugales, liquidación de gananciales, etc.]⁸⁴

-Criterio integral con el que deben ser acordadas

Estas medidas no pueden ser tomadas aisladamente, sino en coordinación una con otras.⁸⁵

Lo expuesto no significa negar independencia a cada una de las pretensiones (guarda, alimento, atribución de vivienda, etc); es cierto que se trata de pretensiones, independientes y no subordinadas entre sí;⁸⁶ que en un mismo juicio matrimonial se sustancian varias peticiones con entidad propia y, por lo mismo,

⁸³ En tal sentido se resolvió que 'la pensión compensatoria por desequilibrio económico a la que se refiere el art. 97 del Cód. Civil está sujeta al principio de justicia rogada, sin que quepa, en consecuencia, su aprecio de oficio; por ello, su petición en la contestación a la demanda constituye una demanda reconvencional implícitamente invocada, sometida al principio de contradicción procesal, por lo que no habiéndose dado por admitida, constituye una infracción procesal'. (Audiencia Provincial de Barcelona, 1/4/1995, Rev. General de Derecho, Valencia, año LI, nº. 609, Junio de 1995, pág. 7519; conf. Audiencia Provincial de Cáceres, 9/12/1993, Rev. General de Derecho, Valencia, año L, nº 596, Mayo de 1994, pág. 6331 (en este caso, el tribunal acepta la fijación de oficio de los alimentos en favor de los hijos del matrimonio, pero no la pensión compensatoria en favor de uno de los cónyuges).)

⁸⁴ Villagómez Cebrián, Marco, Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales, Granada, ed. Comares, 1995 pág. 124.

⁸⁵ De los Mozos, José Luis y Herrero García, María José, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, 2º. ed., Madrid, ed. Civitas, 1994, pág. 1315; Rivero Hernández, Francisco, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 726.

⁸⁶ Alonso Furelos, Juan Manuel, Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho español, Córdoba, 1989, pág. 103.

quedan reguladas por normas específicas, más o menos concretas; de allí que algunos autores, con cierta licencia del lenguaje, hagan mención a la existencia de "varios juicios en uno solo".⁸⁷ Sin embargo, no se duda que las pretensiones están correlacionadas; así, por ej., el monto de la cuota alimentaria no será el mismo si se ha atribuido la vivienda al cónyuge alimentado, si la tenencia de los hijos menores ha sido otorgada al alimentante, etc.

De cualquier modo, es necesario que en cada caso "se tengan como base esencial de referencia las circunstancias concretas y los particulares intereses en juego. Lo que puede ser adecuado a la mayoría de los matrimonios, al entablarse demanda de nulidad, separación o divorcio, puede ser perjudicial para el caso concreto planteado".⁸⁸

-Oportunidad procesal en la que pueden ser pedidas

Estas medidas pueden ser pedidas *antes* de comenzar el juicio; en tal caso, normalmente se las denomina medidas *previas*. También pueden peticionarse mientras el juicio tramite, en cuyo caso se las llama *provisionales*.⁸⁹

Un buen sector de la doctrina española entiende que, salvo que se proporcione algún dato nuevo, las medidas *previas* se transforman en *provisionales* una vez admitida la demanda, pues parece absurdo que el juez tenga que considerar otra vez los intereses en juego cuando lo ha hecho en fecha próxima.⁹⁰

⁸⁷ Martinell, José María, Procesos matrimoniales civiles. Disfunciones y reforma, Barcelona, ed. PPU, 1990, pág. 13.

⁸⁸ De los Mozos, José Luis y Herrero García, María José, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, 2º. ed., Madrid, ed. Cívitas, 1994, pág. 1225.

⁸⁹ La terminología usada por alguna doctrina argentina no es del todo clara; así se habla de medidas previas o personales para las que tienen por finalidad la protección de las personas, y de medidas cautelares para aquellas cuya función es el aseguramiento de bienes (Para esta distinción ver Méndez Costa M.J. y D' Antonio, D.H., Derecho de Familia, t. II, Santa Fe, ed. Rubinzal y Culzzoni, 1991, pág. 349).

⁹⁰ Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico, 5º. ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 345.

-Caducidad de las medidas tomadas antes de iniciación de la demanda si no se deduce la acción por divorcio, separación o nulidad, en los plazos previstos por el Código para las medidas cautelares en general

Es discutible si cesan o no los efectos de la decisión anticipatoria cuando no se inicia la demanda de divorcio (separación o nulidad) dentro del plazo fijado por la ley procesal para las cautelares previas.

Algunas leyes resuelven expresamente la cuestión; así, por ej., la Ley Procesal de Familia de El Salvador dispone: "Las medidas cautelares como acto previo. . . cesan de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los diez días siguientes a su ejecución;" el art. 104 del Código Civil español dice:

El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los 30 días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el juez o tribunal competente.

Normas similares contienen algunos códigos de procedimiento en Argentina, aunque el plazo varía (entre 15 y 30 días) (Ver, por ej., art. 252 del CPC de Tucumán; art. 1189 de Córdoba; art. 295 de Santa Fe; art. 283 de Jujuy, etc.).

Cuando la legislación no contiene normas específicas para el llamado proceso familiar, la jurisprudencia se muestra vacilante. Así por ej., en Argentina, una corriente francamente mayoritaria de los tribunales de Capital Federal declara inaplicable el art. 207 del Código Procesal Civil de la Nación (ubicado entre las normas que regulan genéricamente las cautelares *strictu sensu*), a las medidas anticipatorias sobre bienes; en tal sentido se ha resuelto que "el artículo 207 del Cód. Procesal (que prevee la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares hechas efectivas antes del proceso si no se interpone la demanda dentro de los diez días siguientes), no es aplicable a las medidas cautelares decretadas por lo dispuesto

en el art. 1295 del Cód. Civil⁹¹, no obstante, se limitan los efectos de la solución aclarándose que si "las medidas se han prolongado en el tiempo, el juez puede intimar a la parte para que promueva la demanda bajo apercibimiento de dejarlas sin efecto".⁹² Esta jurisprudencia se apoya en las siguientes razones:

*Se trata de un supuesto de caducidad que trae aparejada la pérdida de un derecho; consecuentemente, no puede aplicarse por analogía a un caso no contemplado específicamente.

*No se trata de un proceso que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación exigible.

*El perjuicio al cónyuge que lo dedujo puede ser irreparable desde que estas medidas tienen por fin proteger el patrimonio ganancial del cónyuge.

*Se obliga al cónyuge a iniciar demanda de divorcio cuando el problema puede encontrar solución por otras vías.

En este sentido, los tribunales belgas tienen resuelto que las medidas provisorias pronunciadas sobre la base del art. 223 del Cód. Civil de su país pueden ser decididas por tiempo indeterminado y no por ello el juez ha creado una separación de hecho permanente. Por el contrario, puede resultar de las circunstancias de la causa que el interés de las partes sea que sus relaciones estén organizadas durante un tiempo indeterminado, salvo existencia de elementos nuevos que justifiquen la introducción ulterior de una acción de modificación de las medidas tomadas.⁹³

Una segunda posición aplica a estas medidas la sanción de pérdida de los efectos por no haber interpuesto la demanda en tiempo oportuno. Algunos de los autores españoles que participan de esta opinión aclaran que no es una caducidad en

⁹¹ Cam. Nac. Civ. sala C 21/12/1993, S. Z. y otra, LL 1994-B-183; conf. sala F 6/12/1983, P.R. c/ T.P., ED 109-361 y LL 1984-B-100 (y sus citas); conf. Kielmanovich, Jorge L, *Medidas cautelares en el proceso de familia*, LL 1996-A-1204; Fassi-Bossert, *Sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1978, t. II comentario al art. 1295, n°. 11 pág. 148; Escribano, Carlos, *Medidas precautorias en juicio de divorcio y separación de bienes*, 2º. ed. Bs. As., ed. A. Perrot, 1969, pág. 23.

⁹² Conf. Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio civil. Ley 23.515*, Bs. As., ed. Astrea, 1991, pág. 793; Fassi-Yáñez, *Código Procesal Civil y Comercial*, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 218.

⁹³ Civ. Bruxelles (14 Ch), 28/4/1995, Rev. Trim. de Droit Familial, 1/ 1996, pág. 56.

sentido técnico, ni siquiera de una caducidad impropia; se trata, dicen, de una pérdida de eficacia pasado el tiempo por el cual fueron concedidos;⁹⁴ por no ser un verdadero plazo de caducidad, concluyen que el plazo de treinta días previsto en la norma es prorrogable siempre que se acredite que por causa no imputable al cónyuge fue imposible presentar la demanda ante el juzgado o tribunal competente.⁹⁵

En Argentina, Zannoni⁹⁶ ha defendido la posición que afirma la aplicabilidad de la norma procesal a las medidas previas sobre los bienes, con estos argumentos:

*Es verdad que el art. 207 del Código Procesal Civil se refiere a *obligación exigible*, pero de allí no puede concluirse que su ámbito se restrinja a las que se solicitan en juicios en que se demanda el cumplimiento de un contrato. Es una norma general que rige las medidas que tienden al aseguramiento de derechos. El fin de la norma es que si el derecho está expedito, si el solicitante puede de inmediato iniciar la acción, lo haga para evitar gravámenes innecesarios o prolongar éstos en el tiempo sin interponer la demanda.

No es lo mismo *obligación exigible* que *derecho susceptible de tutela actual*; así, por ej., una obligación a plazo no es exigible y, sin embargo, es susceptible de tutela actual; consecuentemente,

⁹⁴ Conf. De los Mozos, José Luis y Herrero García, María José, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, 2º. ed., Madrid, ed. Civitas, 1994, pág. 1324.

⁹⁵ Rivero Hernández, Francisco, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 737; Valpuesta Fernández, María del Rosario, Comentario del Código Civil, obra colectiva, Madrid, ed. del Ministerio de Justicia, 1993 pág. 422; Fosar Benlloch, Enrique, Estudios de Derecho de Familia, t. II, vol. 1., Barcelona, ed. Bosch, 1982, pág. 501; Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico, 5º. ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 347.

⁹⁶ Zannoni, Eduardo A, Caducidad de las medidas precautorias en el juicio de divorcio. ED 84-414; Conf. Rennella, Héctor E., Las medidas cautelares en el proceso de familia, Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995, pág. 359; conf. Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, 3º. ed, Bs. As, ed. Abaco-Universidad Austral, 1996. t. 2 pág. 582.

el peticionante de una cautelar, si su crédito es a plazo, no tiene la carga de iniciar la demanda en el término previsto en la ley procesal, pues su crédito no es aún exigible y no tiene la acción expedita. Las medidas precautorias patrimoniales solicitadas antes de la demanda de divorcio protegen derechos patrimoniales susceptibles de tutela actual; aseguran la integridad del patrimonio ganancial que, hasta entonces, se encuentra en la masa de administración del otro cónyuge y que podrán ser dispuestos u ocultados en perjuicio del solicitante de ellas. Se trata, entonces, de medidas cautelares que en la terminología de la ley procesal provienen de obligación exigible, ya que el cónyuge que las pide tiene expedita la acción de divorcio, que actualiza su derecho a la ganancialidad y que puede iniciar coetánea o inmediatamente después de la cautelar.

*Todos los fallos que afirman la inaplicabilidad del plazo de caducidad se han dictado en casos en que la demanda de divorcio se interpuso, aunque extemporáneamente; se temió entonces que, por efecto de la pérdida del derecho a interponer nuevamente la medida cautelar, se pudiesen causar perjuicios irreparables al cónyuge solicitante, porque el art. 207, antes de la reforma operada por la ley 22.434 del CPC decía que "si la demanda no se inicia, la cautelar no puede solicitarse nuevamente por la misma causa". La norma, tal como estaba redactada, era inconstitucional;⁹⁷ no sólo lesionaba la garantía del debido proceso, sino también la del derecho de propiedad, contenido ínsitamente en el derecho patrimonial cuya tutela o cautela requiere su titular. Consecuentemente, el temor de los

⁹⁷ Igual tacha merecen disposiciones similares de otros códigos procesales (por ej, el art. 112 inc. 8 del C.P.C. de Mendoza.) De allí que, aunque no se lo mencione expresamente, la expresión 'pedirla nuevamente por la misma causa' debe ser entendida como por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. La Corte Constitucional italiana ha dicho reiteradamente que la tutela cautelar no constituye, a nivel constitucional, un componente esencial de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, en opinión de un autor, muchos fallos dejan en la sombra este principio general (Martinelli, Paolo, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, II Foro italiano, anno CXX n°. 4, Aprile 1995, pág. 166).

jueces a los perjuicios irreparables producidos por el artículo 207 eran extensibles a cualquier acreedor:

La caducidad de la medida precautoria anterior no puede privar al sujeto del derecho a ejercer en el futuro los medios legales para garantizar la satisfacción de un derecho patrimonial, entre ellos, nuevas medidas que requerirán, obvio es reiterarlo, bonificarse en los presupuestos generales. Negarlo es negar el derecho mismo; el cónyuge, como cualquier acreedor, debería asistir inerme al ocultamiento, enajenación o dilapidación de los bienes de su deudor, sin poder tomar medida alguna por esa causa.

La inconstitucionalidad era palmaria, pues el proceso no tendría ya fin útil alguno.

Estas sólidas razones dieron lugar a la modificación del art. 207 del Cód. Proc. Civil de la Nación que ahora dispone: "y esta [la medida] no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia."

En estos términos, se advierte fácilmente, el perjuicio que puede tener el cónyuge ya no es irreparable (pues puede pedir la medida siempre que inicie el juicio de divorcio); no habría razón, entonces, para no aplicar a las medidas cautelares sobre bienes el plazo previsto por la norma procesal para las cautelares en general.⁹⁸

Esta solución ha sido aplicada alguna vez a un caso diferente (el de las cautelares trabadas *durante* el juicio de divorcio sin haber instado, luego, el proceso de liquidación). En tal sentido se ha resuelto que:

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 207, lo apartado del Cód. Proc. Civil de la Nación, cabe acceder al levantamiento de las medidas precautorias que autoriza el art. 1295 del Cód. Civil si luego de recaída sentencia en el juicio de divorcio, presupuesto

⁹⁸ Lagomarsino, Carlos A. R. y Uliarte, J. A., *Medidas precautorias en los juicios de separación y divorcio*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Bs. As., ed. Universidad, 1994, t. III pág. 36 y en *Separación personal y divorcio*, Bs. As., ed. Universidad, 1991, pág. 359; Lagormasino, Carlos R., *Juicio de divorcio*, 2º. ed., Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, n°. 54.

legal para que la demandada iniciara la acción tendiente a la división del haber conyugal, ésta no la hizo.⁹⁹

La conclusión, cuyo apoyo en los textos es por demás dudoso, se funda en que:

Aunque la jurisprudencia es contradictoria respecto al trámite procesal que debe imprimirse a la liquidación (juicio sumario, incidental o trámite de liquidación de las herencias), lo cierto es que uno u otro cónyuge o ambos de consuno pueden proponer de inmediato la mentada liquidación del acervo ganancial. Sin embargo, no existe norma que exija hacerlo en determinado plazo. Aunque ninguno de los cónyuges está obligado a instar la liquidación de la sociedad conyugal, no puede por eso concluirse que las medidas precautorias que en ocasión de la demanda de divorcio obtuvo uno de ellos pueden mantenerse incólumes y subsistir indefinidamente. Estas medidas son instrumentales y están al servicio del derecho sustancial cuya satisfacción adecuadamente tutelan.

Otros autores, en cambio, con mejor criterio, sostienen que una vez iniciado el juicio de divorcio corresponde, en principio, mantener la vigencia de las medidas precautorias hasta el momento de la partición,¹⁰⁰ tal como paso a explicar.

-Duración de los efectos de las medidas anticipatorias

Algunos ordenamientos han resuelto expresamente esta cuestión. Así, por ej., el art. 106 del Cód. Civil español dice: "Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo."

O sea, los efectos se extienden, en principio, hasta la sentencia (acoge o rechace la demanda),¹⁰¹ o hasta que el proceso concluya por desistimiento, caducidad de instancia,

⁹⁹ Cam. Nac. Civ. sala B 18/6/1979, D.S.A. c/L.I., ED 84408, con nota favorable de Zannoni, Eduardo A., Caducidad de las medidas precautorias en el juicio de divorcio.

¹⁰⁰ Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, 3º. ed., Bs. As, ed. Abaco-Universidad Austral, 1996. t. 2 pág. 582.

¹⁰¹ Audiencia Provincial de Murcia, 28/10/1994 Rev. Gral. de Derecho, Valencia, año LI, no 610/611, Julio-Agosto 1995, pág. 9487.

muerte de cualquiera de los cónyuges;¹⁰² para algunos tribunales, cesan los efectos provisionales cuando se dicta la sentencia, aunque no esté aún firme;¹⁰³ para otros, en cambio, debe presumirse que la ley se ha referido a sentencia firme,¹⁰⁴ de modo tal que las medidas podrán ser modificadas si existen recursos pendientes, la tramitación del pleito principal se ha prolongado [excesiva o anormalmente] y se han alterado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.¹⁰⁵

Con mejor criterio aún, el art. 76 de la Ley procesal de familia de El Salvador dispone: "La duración de la orden de protección será establecida por el juez en la resolución. La medida cautelar se mantendrá hasta la ejecución de la sentencia, salvo que para garantizar el cumplimiento de la misma sea necesario prorrogar su vigencia."

Esta solución responde al criterio mayoritario según el cual las medidas cautelares en los juicios de divorcio y de separación de bienes duran hasta que se liquida la sociedad conyugal

¹⁰² Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, *Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en obra colectiva, *La ley del divorcio* 4º. ed., Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 122; Fosar Benlloch, Enrique, *Estudios de derecho de familia*, t. II, vol. 1., Barcelona, ed. Bosch, 1982, pág. 509; Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, *Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico*, 5º. ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 357.

¹⁰³ Audiencia Provincial de Murcia, 28/10/1994 Rev. Gral. de Derecho, Valencia, año LI, nº. 610/611, Julio-Agosto 1995, pág. 9487.

¹⁰⁴ Rivero Hernández, Francisco, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en obra colectiva, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 744. Valpuesta Fernández, María del Rosario, *Comentario del Código Civil*, obra colectiva, Madrid, ed. del Ministerio de Justicia, 1993 pág. 423. Esta es la solución de algunos tribunales italianos. Así, por ej., un tribunal resolvió que la eficacia ejecutiva de las medidas tomadas por el presidente del tribunal cesan por efecto de la sentencia que resuelve el juicio de mérito, pasada en autoridad de cosa juzgada (*Tribunale di Como*, 12/4/1973, con nota de Caputo, Eduardo, *Limite di efficacia del provvedimento presidenziale*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno 1973, t. XXVIII, 1973, pág. 755).

¹⁰⁵ Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Rev. Gral. de Derecho, Valencia, año LII nº. 615, Dic. 1995, pág. 14.377 (en el caso, un cambio de guarda).

disuelta recibiendo cada titular pro indiviso su parte¹⁰⁶ y que "los cónyuges recobran el derecho a pedir precautorias, si demuestran, prima facie, que la liquidación de la sociedad conyugal no ha sido completa por no comprender todos los bienes existentes al momento de la disolución por ocultamiento de alguno de ellos".¹⁰⁷

Dado que todo derecho debe ser ejercido regularmente, es correcto el fallo que, poniendo límites a la solución anterior, resolvió que "si bien la inhibición debe mantenerse hasta que disuelta la sociedad conyugal se proceda a la liquidación y partición, debe levantarse, por ocasionar inconvenientes en el desempeño de la profesión de un inhibido, si hace más de dos años fue objeto de la medida y nada hace sospechar que el sujeto tenga interés en sustraerse a las obligaciones que le imponen sus deberes familiares"; con criterio aún más amplio, se ha dispuesto el levantamiento de la inhibición general "demostrado que su mantenimiento aparece como injustificado y los intereses del cónyuge inhibiente no sufren perjuicio alguno".¹⁰⁸

-Mutabilidad.

El art. 91 *in fine* del CC español dispone: "Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias."

La regla es aceptada en la mayoría de las legislaciones: la decisión que concede estas medidas contiene una cláusula *rebus sic stantibus* implícita, según la cual ellas pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Están legitimados para pedir esa modificación los cónyuges que fueron parte en el pleito en que dichos efectos se

106 Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 247.

107 Cam. Nac. Civ. sala C 21/12/1993, S. Z. y otra, LL 1994-B-183.

108 Fallos citados por Lagomarsino, Carlos A. R. y Uliarte, J. A., *Medidas precautorias en los juicios de separación y divorcio*, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Bs. As., ed. Universidad, 1994, t. III pág. 47 y en *Separación personal y divorcio*, Bs. As., ed. Universidad, 1991, pág. 370.

determinaron. En opinión de un importante sector de la doctrina también puede peticionarla el Ministerio pupilar, si se trata de modificar los efectos que se refieran a hijos incapaces.¹⁰⁹

-*Apelabilidad de las medidas provisionales*

En España, la jurisprudencia mayoritaria¹¹⁰ declara inapelables las medidas fundadas en los arts. 103 y 104 del Cód. Civil español ya transcriptos. Se argumenta del siguiente modo:

*El derecho a la tutela judicial no comprende, en el proceso civil, el acceso a otros recursos que no sean los especialmente previstos por las leyes.

*Ninguna disposición concede recurso de apelación contra estas medidas provisionalísimas.

*Sobre ellas no recae cosa juzgada material, porque son siempre provisionales y susceptibles de ser modificadas.

*Carece de eficacia conceder un recurso de apelación sobre medidas destinadas a durar breve tiempo y a ser sustituidas por las que el juez adopte durante la tramitación del proceso principal, con las garantías de la asistencia letrada de las partes y de una más amplia *cognitio*.

En contra de esta posición se ha sostenido, con razón, que negar el recurso de apelación provoca una patente discriminación respecto de otras medidas precautorias que son apelables.¹¹¹

109 Villagómez Cebrián, Marco, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada, ed. Comares, 1995, pág. 80 y 226.

110 Audiencia Provincial de Oviedo, 21/12/1994, Rev. Gral de Derecho, Valencia, año LII, nº. 616/617, Ene-Feb. 1996, pág. 1433 (en el caso, el tribunal cambia su jurisprudencia anterior -que admitía los recursos- para adaptarse así a la jurisprudencia mayoritaria que los declara inapelables); Audiencia Provincial de Barcelona, 4/6/1994, Rev. Gral. de Derecho, Valencia, año LI, nº. 604/605, Feb. 1995, pág. 1110 (el tribunal aclara que esta solución rige, aunque se haya denunciado indefensión); idem. 5/5/1995, Rev. Gral de Derecho, Valencia, año LI, nº. 612, Setiembre 1995, pág. 10585; idem. 7/7/1995, Rev. Gral de Derecho, Valencia, año LII, nº. 615, Diciembre 1995, pág. 13980. Algunas obras de doctrina transcriben completas otras sentencias en este sentido. Ver Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, *Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico*, 5º. ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 376/384 y 387.

111 Espinosa Lozano, José, *Problemas procesales en Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 27; Alonso Furelos, Juan Manuel, *Medidas provisionales y procesos*

Un problema diferente es el efecto suspensivo o no del recurso; personalmente, me inclino, a falta de norma expresa en contrario, por sostener la ejecutabilidad provisoria de lo decidido, tal como lo he explicitado anteriormente.

4. Las medidas anticipatorias *personales* que tienen por finalidad la protección de los hijos incapaces

-Normativa exemplificativa; importancia de la cuestión

La situación de los hijos incapaces es, sin duda, el problema más grave que plantean los procesos conyugales. Esto justifica que todos los códigos la regulen, con mayor o menor detalle; el Código Civil español le dedica el primer artículo de las normas que regulan la materia, el art. 103 inc. 1 que dice:

Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Con criterio similar, el art. 231 del Cód. Civil argentino dispone:

Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular o antes de ella, en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este código y fijar alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirllos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio.¹¹²

matrimoniales en el Derecho español, Córdoba, 1989, pág. 26; Caballero Gea, José A., Procesos matrimoniales, 2º. ed., Madrid, ed. Dykinson, 1994, pág. 304.

¹¹² Adviéntase que la norma argentina transcripta en el texto, a diferencia de la española, no hace mención expresa al régimen de visitas; no obstante, la doctrina nacional no duda en incluirlo; en efecto, 'la exclusión de cualquiera de los cónyuges

No abordaré la amplia temática que presentan las decisiones anticipatorias de guarda, visitas y alimentos, no sólo porque ha sido objeto de inmejorables e innumerables estudios en casi todos los países, sino porque escapa a la finalidad de estas reflexiones, referidas, exclusivamente al valor eficacia en el denominado proceso familiar.

Haré mención, exclusivamente, a algunas cuestiones de naturaleza procesal.

-Audiencia del otro cónyuge

Salvo casos muy excepcionales, justificados por la urgencia y el peligro, debe correrse traslado de la petición al otro cónyuge.¹¹³

Esta excepcionalidad está ínsita en un fallo de la Corte Federal argentina que resolvió:

Debe tenerse presente que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de los hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales, habida cuenta de que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores se lo aconseja, como asimismo que tratándose de medidas cautelares pueden decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte.¹¹⁴

Se trataba de un supuesto inusual; la competencia era originaria de la Corte, por ser el padre pretensor embajador de España en Argentina; el peticionante relató y probó que el último domicilio conyugal estuvo en Argentina; que conforme a un acuerdo suscrito por ambos progenitores, él ejercía la tenencia del niño; que, sorpresivamente, durante el período de vacaciones en que el menor estaba con su madre, recibió un llamado de su ex cónyuge desde España diciéndole que no iba a

del hogar conyugal apareja la interrupción de la convivencia de uno de los padres y los hijos menores; la ausencia de la cohabitación lleva entonces a decidir interinamente sobre la atribución de la tenencia de los hijos y normalmente a fijar el régimen de visitas para el padre o madre no conviviente' (Makianich de Basset, Derecho de visitas, Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, pág. 252).

¹¹³ De Lázzeri, Eduardo N., *Medidas cautelares*, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 23.

¹¹⁴ CSN 19/4/1983, Marquez Ossorio, Rafael, Fallos 305-497.

volver a la Argentina ni le restituiría el menor. Ante esta serie de circunstancias, debidamente probadas, la Corte hizo lugar a la precautoria solicitada sin correr vista.

-*Audiencia del menor*

El menor tiene derecho a ser oído en este tipo de procedimientos; así surge con claridad del artículo 12.1 de la Convención de New York de 1989 que dice:

Los Estados partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez. 2. Con tal fin, en particular, se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de modo compatible con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La mayoría de los códigos contienen normas similares. Así, por ej., el art. 154 penúltimo párrafo del Cód. Civil español, ubicado entre las disposiciones generales relativas a la patria potestad dice: "Si los hijos tuviesen juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten".¹¹⁵

La principal dificultad de interpretación que generan este tipo de normas, es la determinación del procedimiento a través del cual el menor debe ser oído.¹¹⁶

La Convención admite que la intervención procesal del menor sea directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Los términos son excesivamente amplios; los jueces deben interpretarlos de modo tal que no se frustre la verdadera finalidad tenida en miras. Es verdad que en algún caso la audiencia personal puede ser imposible, excesivamente onerosa o, incluso, inconveniente por la personalidad del menor (por ej., el niño se encuentra en otra provincia, o en otro país, o

¹¹⁵ Para otros antecedentes del derecho comparado y las cuestiones interpretativas en torno a esas disposiciones, me remito al artículo de mi autoría El derecho constitucional del menor a ser oído, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, t. 7, Santa Fe., ed. Rubinzal, 1994, pág. 157.

¹¹⁶ Para las diferentes métodos en EE.UU. ver Grosman, Cecilia, El proceso de divorcio. Derecho y realidad, Bs. As., Abaco, 1985, pág. 173.

no ha sido aún informado por sus padres sobre cuál es la situación familiar); sin embargo, debe evitarse que la audiencia *indirecta* se convierta en regla y se frustré, de este modo, el cambio pretendido.

La audiencia *indirecta* es aceptada por algunos jueces belgas; en tal sentido un tribunal resolvió, sobre la base de una carta enviada por el Procurador del Rey que informaba al tribunal que los dos hijos de la pareja en proceso de divorcio, de 13 y 8 años querían ser escuchados en ese juicio, la designación de un médico psiquiatra-pedriatra para que escuchara a los niños y luego informara al juzgado.¹¹⁷

5. Análisis particularizado de algunas cuestiones procesales que favorecen la eficacia del proceso por alimentos; los llamados alimentos provisорios en favor de los hijos incapaces¹¹⁸

-Generalidades.

Los llamados *alimentos provisорios* son el ejemplo paradigmático de medidas de anticipación de la tutela judicial, llamadas por Peyrano, como se ha visto antes, medidas autosatisfactivas. Como dice Morello:

Aflora en el comienzo del proceso o mientras avanza en su iter, pero conlleva la esencia y características de las que va a contemplar la sentencia final. Es típicamente una tutela autónoma, genuina, inmediata, eficaz y de resultados efectivos. Los alimentos así logrados se consumen con título propio y no son repetibles.¹¹⁹

¹¹⁷ Civ. Tournai refl, 21/10/1994, Rev. Trim. de Droit Familial, 3/1995, pág. 541.

¹¹⁸ Las prestaciones alimentarias debieran ser las más amparadas, pero, desgraciadamente, muchas veces las normas son letra muerta. Compulsar, para la situación en Paraguay, Pucheta de Correa, Alicia B., Derecho de alimentos del menor. Propuestas para asegurar su cumplimiento, en Rev. Uruguaya de Derecho de Familia, Montevideo, ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1993 n°. 8 pág. 93.

¹¹⁹ Morello, Augusto, Anticipación de la tutela, La Plata, ed. Platense, 1966, pág. 21; conf. Rivas, Adolfo, La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional LL Actualidad, diario del 22/2/1996; conf. Peyrano, Jorge, Lo urgente y lo cautelar, JA 1995-I-900.

Las reflexiones que siguen son aplicables no sólo a los alimentos peticionados en un juicio de divorcio, sino en otro tipo de procesos. Así, por ej., el art. 158 del Código Civil español, ubicado en el título relativo a las relaciones paterno filiales, dice: "El juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: 1. Las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres."

Aun frente a códigos que no tienen normas análogas, o sea, que no regulan los llamados *alimentos provisorios*, los jueces los declaran procedentes, con fundamento genérico en la preceptiva sustantiva y procesal; obviamente, como en todo supuesto de cautela anticipatoria, "el órgano jurisdiccional, en cada caso, debe merituar con prudente razonabilidad las circunstancias concurrentes que tornen necesario y conveniente la fijación de una cuota alimentaria provisoria, sujeta a las eventualidades de un procedimiento en trámite o a iniciarse y la mutación de aquellas".¹²⁰

Algunos códigos, para favorecer la posición procesal del alimentado, consagran la llamada *competencia territorial múltiple*; así, por ej., el art. 228 del Cód. Civil argentino, admite, a opción del alimentado: la competencia del juez que hubiera entendido en el juicio de divorcio, separación o nulidad; el del domicilio conyugal; el del domicilio del demandado; el de la residencia habitual del acreedor alimentario; el del lugar de cumplimiento de la obligación, y el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado.

-Los alimentos provisionales en favor del pretendido hijo extramatrimonial en los juicios por reconocimiento de la filiación.

Hace casi ya tres décadas, una autora argentina insistía en la necesidad de hacer efectivo el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales acordando una cautelar

¹²⁰ Cám. Apel. de Concepción del Uruguay sala Civ. y Com. 2/2/1992, Doc. Judicial 1993-1-733.

por alimentos en favor del hijo no reconocido.¹²¹ Aquellas ideas hoy están instaladas en la jurisprudencia nacional que resuelve:

Debe admitirse la demanda de alimentos provisionales para quien reclama su filiación, y mientras tramita el juicio cuando el derecho invocado fuese verosímil, sin que pueda supeditarse su resultado inmediato al dictado de la sentencia en el proceso de filiación, ya que lo contrario importaría crear una imposibilidad formal insalvable al exigir la prueba indubitable que sólo se obtendría con la sentencia firme que eventualmente declara esa filiación.¹²²

No existiendo aún título de estado, se debe exigir la prueba de la verosimilitud del derecho; el *periculum in mora*, en cambio, surge espontáneo de la naturaleza misma del derecho alimentario.¹²³ "Si tuviésemos que esperar la sentencia, teóricamente, tendríamos a un menor sin techo, sin vestido, sin educación y sin comida, durante largos años; la sentencia sería de aquellas llamadas ilusorias, que nada resuelven por ser extemporáneas."¹²⁴

La cuestión de la procedencia de alimentos por parte del hijo no reconocido o que no dispone de prueba escrita e inmediata de la relación de parentesco divide a la doctrina brasileña desde hace mucho tiempo. Sin embargo, puede decirse que los autores más calificados, al igual que en Argentina, la admite como cautelar con la prueba del *fumus boni iuris*. La igualdad de los

¹²¹ Ver Grosman, Cecilia, Acción alimentaria de los hijos extramatrimoniales, Bs. As., A. Perrot, 1969.

¹²² Cám. Nac. Civ. sala H 28/2/1992, R.B. c/ S.D.O., ED 148-435 con nota de Gowland, Alberto J., Alimentos provisorios en el juicio de reconocimiento de filiación; conf. Makianich de Basset, Reformas incidentales introducidas por la ley 23264 en materia de derecho alimentario, ED 128-707. Un precedente de este fallo es el dictado por la Cám. Nac. Civ. sala A el 27/10/1988, D.J. 1989-1-905 (en el caso existía prueba genética que determinó que la posibilidad de paternidad del demandado era del 99.82 %).

¹²³ En cambio, si se trata de alimentos provisionales entre cónyuges, entiendo, con algunos autores argentinos, que el pretensor debe probar también su necesidad y la imposibilidad de proveérselos, que es lo mismo que decir, el peligro en la demora (Compulsar, Dutto, Ricardo, La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-680).

¹²⁴ Gowland, Alberto J., Alimentos provisorios en el juicio de reconocimiento de filiación, ED 148-435.

hijos matrimoniales y extramatrimoniales prevista expresamente en la constitución brasileña de 1988 ha dado nuevo sustento a esta posición.¹²⁵

En Alemania se mencionan entre las medidas provisionales (art. 1615 del BGB) el derecho del hijo no matrimonial a los alimentos durante los tres primeros meses después de su nacimiento. Estas medidas provisionales, al decir de prestigiosa doctrina, se distinguen de las cautelares, prácticamente, sólo por su terminología, pues en ambos casos se consigue la satisfacción de la pretensión mediante un procedimiento de tutela jurídica provisional y no por medio de un juicio ordinario.¹²⁶

6. La atribución de vivienda durante el juicio de divorcio, separación o nulidad¹²⁷

Desde la perspectiva procesal, la cuestión presenta las siguientes características:

-Salvo casos de extrema urgencia, esta medida no debe tomarse *in uidita* parte.¹²⁸ Esta solución se justifica por las siguientes razones:

*Está en juego la asignación de un inmueble cuya importancia no requiere de mayores consideraciones, dada la crisis de la vivienda que aqueja en todos los países latinoamericanos.

*La garantía constitucional de la defensa en juicio tampoco es ajena a la cuestión, pues el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo y en la alzada no se puede producir prueba.¹²⁹

125 Ver, a vía de ej., Alvaro de Oliveira, Carlos A., A acao cautelar de alimentos e a nova constituicao, en Medidas cautelares, en obra colectiva, Estudos em homenagem ao professor Ovidio A. Baptista da Silva, Porto Alegre, ed. S. A. Fabris, 1989, pág. 61.

126 Reflexiones sobre la eficacia del Derecho Procesal Civil en Alemania, en Para un proceso eficaz, Barcelona, ed. de la Universidad Autónoma, 1982, pág. 149.

127 Me he referido a este tema en mi libro Protección jurídica de la vivienda familiar, Bs. As., ed. Hammurabi, 1995 capítulo V pág. 225 y ss. En esta oportunidad, como he explicado antes, me referiré, exclusivamente a algunas cuestiones procesales que favorecen o perjudican el valor eficacia.

128 Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2º. ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 546; Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Bs. As., ed. A. Perrot, 1985 t. VIII, nº. 1314; y Palacio Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Santa Fe, ed. Rubinzal, 1990, t. V, pág. 234.

-Siempre será útil que el juez llame a las partes a una audiencia de conciliación, en cualquier etapa del juicio.¹³⁰

-No exige contracaute la.

-No es necesario probar la violencia del cónyuge a quien se lo excluye de la vivienda; basta el ambiente de tensión que provoca vivir bajo un mismo techo cuando el matrimonio está indefectiblemente roto, habiéndose estimado razón suficiente proteger a la mujer de los persistentes esfuerzos del hombre para persuadirla a reasumir la cohabitación.¹³¹

7. Litis expensas

-*Una norma ejemplificativa*

El art. 1318 del Cód. Civil español dice:

Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra terceros, si redonda en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la ley de enjuiciamiento civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita.

-*Requisitos para la operatividad de la norma*

Conforme el artículo transcrita, para que procedan las litis expensas es necesario que el cónyuge pretensor:

*No haya actuado con malicia ni temeridad.

*No pueda ampararse en el beneficio de justicia gratuita, a tenor de los preceptos de la ley de enjuiciamiento civil.

¹²⁹ Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 215; en contra Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Bs. As., ed. A. Perrot, 1985 t. VIII, no 1314 y y Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Santa Fe, ed. Rubinzel, 1990, t. V, pág. 234 (para quienes el verdadero fundamento es el expuesto en primer término en el texto, o sea, la importancia de la vivienda).

¹³⁰ Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 216.

¹³¹ Court of Appeal Beldam and Leggatt, 22/9/1993, Brown c/Brown, Family Law, April 1994, pág. 189, y comentario sin título de Stephen Cretney.

*No tenga bienes propios suficientes, o si los tiene que no sean realizables en el acto, sin grave quebranto económico.¹³² Este requisito es fundamental, pues, en principio, no hay razón para que un cónyuge soporte los gastos del juicio iniciado en su contra.

La carga de la prueba de estos extremos pesa sobre el solicitante.¹³³

-Fundamento

Estas medidas provisionales se conceden para evitar la indefensión del cónyuge pobre cuando el otro es rico; si no se le concediera este auxilio judicial se contravendrían las normas constitucionales y de los tratados internacionales que aseguran el acceso a la Justicia (por ej., art. 24 de la Constitución española; art. 6 de la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades, etc.)¹³⁴

-Extensión

Las litis expensas comprenden los gastos menores del juicio, mas no los honorarios de la representación y el patrocinio del cónyuge, los que deben ser pagados una vez regulados.¹³⁵ La asignación se fija en una cuota única, pero siempre tiene

132 Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, *Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en obra colectiva, *La ley del divorcio* 4º. ed., Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 118; conf. Alonso Furelos, Juan Manuel, *Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho español*, Córdoba, 1989, pág. 150; Villagómez Cebríán, Marco, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada, ed. Comares, 1995, pág. 61.

133 Caballero Gea, José A., *Procesos matrimoniales*, Madrid, ed. Dykinson, 1994, pág. 299/300, quien cita jurisprudencia del Supremo Tribunal de España, en este sentido.

134 Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, *Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico*, 5º. ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 373; Meoro, Clemente, *Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, en obra colectiva, *Derecho de Familia*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1991, pág. 141.

135 Cám. Apel. Civ. y Com. de Venado Tuerto, 11/10/1994, M.S.M. c/ F.L.J., s/Divorcio vincular: Se comprende que los gastos menores (que cubre la litis expensas, y que se refiere solamente a sellados, impuestos de justicia, copias, etc.) los adelante el marido que de ordinario está en mejor situación económica para afrontar el anticipo, pero no pasa lo mismo con los honorarios que se regulan en el pleito y que deben ser soportados por la parte condenada en costas. (J.S., Rev. de Doc. y Juris. de la Provincia de Santa Fe, nº. 19,1995, pág. 54).

carácter provisional y puede ser ampliada en caso necesario. La falta de pago de las litis expensas puede dar lugar a la paralización del juicio de divorcio a petición de su beneficiario, siempre que la suma respectiva haya sido fijada y medie mora del deudor.¹³⁶

8. Algunas cuestiones vinculadas a las medidas anticipatorias sobre los bienes

-Normativa ejemplificativa

La mayoría de los códigos contienen normas similares al art. 103 inc. 4 del Cód. Civil español que dice:

Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: . . . [inc] 4) Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno y otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

En Argentina, el art. 233 del Cód. Civil, según texto impreso por la ley 23515, dispone:

Durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular y aun antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges puedan poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Podrá, asimismo, ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueron titulares los cónyuges.

Y el art. 1295, en su redacción originaria, mantenida no obstante las sucesivas reformas, dice: "Entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles

¹³⁶ Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, 5º. ed., Bs. As., ed. Depalma, 1987 t. I n°. 248.

-*Aplicación práctica*

Al parecer, en España, los jueces son muy reacios a adoptar este tipo de medidas, razón por la cual los abogados tampoco las piden; no obstante que con mucha frecuencia ellas son fundamentales para la efectividad del derecho a los gananciales.¹³⁸ Por lo demás, se afirma, la problemática de la administración de los bienes comunes durante el procedimiento matrimonial es un tema complejo y en la mayoría de las ocasiones tienen difícil o nula solución.¹³⁹

-*Tipos de medidas que pueden ser solicitadas*

El juez puede ordenar todas las medidas *idóneas*; por tales se entiende todas aquellas pertinentes para evitar que la gestión por parte de uno de los esposos pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos del otro; son admisibles todas aquellas que, sin afectar indebidamente intereses legítimos del otro cónyuge o de terceros, sean suficientes para preservar la intangibilidad del patrimonio ganancial que administra aquél. En tal sentido, son admisibles el inventario, la inhibición general

¹³⁷ Hay acuerdo doctrinal en que, aunque la norma se refiere a la mujer, sustituida la gestión marital por la administración separada, es incontestable que las medidas proceden a solicitud de cualquiera de los cónyuges respecto a los bienes que administra el otro (Conf. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 9º. ed., Bs. As., A. Perrot, 1993 t. I nº. 448; Zannoni, Eduardo, Caducidad de las medidas precautorias en el juicio de divorcio, ED 84-409; del mismo autor, Derecho de Familia, Bs. As., ed. Astrea, 1978, nº. 455; Fassi-Bossert, Sociedad conyugal. Bs. As., Astrea, 1978, t. II comentario al art. 1295 N°. 3 pág. 145; Loutayf Ranea, Medidas precautorias en el juicio de divorcio y separación de bienes, JA Doctrina 1974, pág. 228; Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, 3º. ed., Bs. As. ed. Abaco-Universidad Austral, 1996. t. 2 pág. 571; Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2º. ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 544; Escribano, Carlos, Medidas precautorias en juicio de divorcio y separación de bienes, 2º. ed. Bs. As., ed. A. Perrot, 1969, pág. 51.).

¹³⁸ Ezquerecocha del Solar, Esperanza, Administración de los bienes comunes durante el procedimiento matrimonial, en obra colectiva, Problemas candentes en los procesos de familia, Madrid, ed. Dykinson, 1995, pág. 280.

¹³⁹ Ezquerecocha del Solar, Esperanza, Administración de los bienes comunes durante el procedimiento matrimonial, en obra colectiva, Problemas candentes en los procesos de familia, Madrid, ed. Dykinson, 1995, pág. 279.

de bienes, el embargo, la prohibición de innovar o contratar, el depósito y secuestro de bienes, la compulsa de libros de comercio, la intervención de sociedades o fondos de comercio que integra uno de los esposos, la sustitución de la administración del otro cónyuge, así como cualquier cautelar genérica.¹⁴⁰

-Principios dispositivo y de congruencia procesal

Hay acuerdo en que "el cónyuge que solicita estas cautelares sobre bienes debe concretarlas, pues su petición delimita lo que el juez concede".¹⁴¹

-Legitimación

Alguna vez se sostuvo que estas medidas sólo pueden ser peticionadas por el actor o por el demandado reconviniente, pero no por el demandado que sólo se defendió.

La tesis mayoritaria,¹⁴² que comarto, legitima también al demandado no reconviniente, porque:

*El que sólo se defiende tiene interés legítimo en la preservación del patrimonio ganancial. En efecto, si la demanda prospera, el demandado tendrá derecho al 50% de los gananciales, haya o no reconvenido.

¹⁴⁰ Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 223; conf. Cám. Nac. Civ. sala A 7/5/1973, ED 49-655; conf. Escribano, Carlos, Medidas precautorias en juicio de divorcio y separación de bienes, 2º. ed. Bs. As., ed. A.Perrot, 1969, pág. 41; Loutayf Ranea, Medidas precautorias en el juicio de divorcio y separación de bienes, JA Doctrina 1974, pág. 228.

¹⁴¹ Rivero Hernández, Francisco, De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en obra colectiva, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 725.

¹⁴² Fassi-Bossert, Gustavo, Sociedad conyugal, Bs. As., ed. Astrea, 1978, t. II, pág. 146; Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 227; conf. Lagomarsino, Carlos A. R. y Uliarte, J. A., Medidas precautorias en los juicios de separación y divorcio, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Bs. As., ed. Universidad, 1994 t. III pág. 35 y en Separación personal y divorcio, Bs. As., ed. Universidad, 1991, pág. 357; Lagomarsino, Carlos, Juicio de divorcio, 2º. ed., Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, nº. 54; Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio civil, Ley 23.515, Bs. As., ed. Astrea, 1991, pág. 795; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 9º. ed., Bs. As., A. Perrot, 1993 t. I nº. 448; De Lazzari, Eduardo N., Medidas cautelares, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 23.

*Las normas no condicionan la legitimación al hecho de ser actor o reconviniente bastando que haya juicio pendiente y pedido de parte.

Esta solución ha sido aceptada por la Corte Federal quien ha dicho, en un caso ajeno al proceso familiar, que

corresponde dejar sin efecto la resolución que revocó la prohibición de innovar dictada en primera instancia, negando la procedencia de medidas cautelares en tanto quien la solicite no revista la calidad de actor o demandado, pues esa sola argumentación, sin concreta referencia a las específicas características de la decretada en autos, no sustenta la sentencia, al no demostrar que medida semejante, que tiende al mantenimiento del status jurídico preexistente, no pueda ser ejercitada por la demandada, aunque no revista la condición de reconviniente.¹⁴³

-*Requisitos para la procedencia*

*La verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*).

Hay acuerdo en que al cónyuge que solicita estas medidas, para acreditar la verosimilitud de su derecho, le basta la prueba del vínculo con la partida de matrimonio;¹⁴⁴ en otros términos, la verosimilitud se presume, sea que las medidas precautorias se pidan junto con la interposición de la demanda o con anterioridad a esa oportunidad.

*Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Se discute si estas medidas requieren la prueba de la urgencia.¹⁴⁵

143 CSN, SA Hoteles de Turismo c/Sindicato de Luz y Fuerza, Fallos t. 301, 1979, pág. 941.

144 Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2º. ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 544; Loutayf Ranea, Medidas precautorias en el juicio de divorcio y separación de bienes, JA Doctrina 1974, pág. 229; Alvarez, Alfredo y otros, Las medidas cautelares en el proceso de familia, Rev. de Jurisprudencia Provincial, Febrero de 1996, año 6 n°. 2, pág. 24; Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pag. 229; De Lazzari, Eduardo N., Medidas cautelares, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 74.

145 Pueden compulsarse las frases más significativas expuestas por diversos autores españoles, en Gonzalvez Vicente, Pilar, Contenido de las medidas provisionalísimas y su resolución judicial, en Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981/1991). Resultados y experiencias, San Sebastián, Inst. Vasco de Derecho Procesal, 1992, pág. 147.

En la doctrina y la jurisprudencia argentina predomina la idea de que el *periculum in mora* sólo debe acreditarse si estas medidas sobre los bienes se solicitan **antes** de la promoción de la demanda, pero no si se piden **conjuntamente** con la demanda; en suma, la mera interposición de la demanda de divorcio autoriza a solicitar las medidas precautorias, sin que sea necesario demostrar mala administración o actos sospechosos del cónyuge titular; en cambio, si se piden antes de la interposición de la demanda, debe acreditarse que existe peligro en la demora.¹⁴⁶

Esta premisa no excluye poner límites a la medida solicitada con la demanda o después de ella si, "por exceder la finalidad que las inspira, fuesen abusivas de acuerdo a las circunstancias del caso";¹⁴⁷ las expresiones legales *urgencia, peligro en la demora* no encuentran pautas muy claras de interpretación salvo que, en última instancia, "será la prudencia del juez la que oriente su juicio"; el juez tendrá un criterio más abierto para acceder a las medidas que seguramente no producen daño (por ej., un inventario); en cambio, será muy cauteloso cuando puede resultar perjudicial (por ej., el secuestro de un bien determinado o la designación de un interventor). Sobre esa base, se confirmó la denegatoria de la medida cautelar solicitada por entender que "la restricción pretendida afectará innecesariamente el desarrollo de la hacienda y los campos que posee el demandado, resultando suficientemente hábiles a los fines

¹⁴⁶ Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 9º. ed., Bs. As., A. Perrot, 1993, t. I nº. 448; Fassi-Bossert, Sociedad conyugal, Bs. As., Astrea, 1978, t. II comentario al art. 1295 no 13, pág. 149; De Lazzari, Eduardo N., Medidas cautelares, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 77.

¹⁴⁷ Conf. Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2º. ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 545; Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio civil. Ley 23.515, Bs. As., ed. Astrea, 1991, pág. 797; Zannoni, Eduardo, Caducidad de las medidas precautorias en el juicio de divorcio, ED 84-409 y antecedentes jurisprudenciales por él citados; del mismo autor, Derecho de Familia, t. I, Bs. As., ed. Astrea, 1978, nº. 456; Rennella, Héctor E., Las medidas cautelares en el proceso de familia, Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995, pág. 359; Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 229; Escribano, Carlos, Medidas precautorias en juicio de divorcio y separación de bienes, 2º. ed. Bs. As., ed. A. Perrot, 1969, pág. 18.

Otro tribunal argentino rechazó las cautelares solicitadas con este único argumento:

si bien el peligro en la demora era presupuesto genérico para que la mujer pudiera pedir embargo sobre los bienes muebles en poder del marido, según el art. 1295 del Cód. Civil, en la actualidad, por el art. 233, cuando las medidas precautorias se solicitan antes de la iniciación del juicio de separación personal o de divorcio vincular, se requiere la demostración de un caso de urgencia.¹⁴⁹

El fallo, excesivamente sintético, no desarrolla los fundamentos de derecho ni los antecedentes fácticos; estos últimos, sin embargo, son relatados por sus comentadores, quienes critican la solución con estos argumentos:

/La circunstancia de que las medidas se soliciten antes de la iniciación de la demanda no son relevantes para hacer la distinción entre urgencia y peligro en la demora, desde que la demanda, de conformidad con las normas procesales, debe ser interpuesta, bajo sanción de dejar sin efecto las medidas, dentro de los 10 días (5 si la cautelar es una medida de no innovar).

/El Código Civil protege el derecho del cónyuge al 50% de sus gananciales. La verosimilitud del derecho es máxima, porque surge de la ley.

/El rechazo del embargo solicitado puede dejar al cónyuge sin posibilidad de tomar su parte en los gananciales, pues mientras no se produzca la disolución de la sociedad conyugal, los terceros acreedores del cónyuge titular se prevalecen de las constancias registrales y, consecuentemente, la cónyuge no tendrá prioridad para cobrar sobre esos acreedores, que pueden agredir la totalidad del bien.

/En el caso de autos, la separación de hecho prolongada, acreditada mediante el convenio de alimentos cuya homologación también se solicitaba, era una prueba del peligro en la demora.

¹⁴⁸ Cám. Nac. de Apel. sala A, 14/8/1995, A de V c/V.A., JA 14/2/1996 pág. 56 (No surge del fallo la nueva cautelar solicitada ni las ya ordenadas).

¹⁴⁹ Cám. Nac. Civ. sala B 14/2/1990, B de P c/P, D.R., LL 1992-E-162, con nota de Gowland, Albewrto J y Bauchwitz, María de los Angeles. (El peligro en la demora en las medidas precautorias previas al juicio de divorcio o separación personal.)

/En suma, las expresiones peligro en la demora y urgencia hablan de lo mismo: de la urgencia genérica propia de toda medida cautelar.¹⁵⁰ "Son los jueces quienes, teniendo a la vista los casos de medidas precautorias en juicios de divorcio o separación personal previos a la iniciación de la demanda, por la naturaleza especial de las mismas, deberán tener por acreditada la urgencia objetiva ante la mera invocación del derecho que se pretende tutelar."

Algunos van más allá:

En rigor de verdad, tal exigencia (la urgencia o el peligro en la demora) no lo es, puesto que se acepta que el magistrado interviniente deba conformarse con una mera presunción de peligro en la demora, demostrable, por lo demás, a través de la exposición del propio solicitante de la medida cautelar. Casi estamos tentados a pensar que tal recaudo es una mera manifestación literaria del legislador, debiendo tenerse por no escrita.¹⁵¹

*Contracautela.

La jurisprudencia argentina de modo casi uniforme decide que "cuando las medidas precautorias son dictadas en el juicio de divorcio en función de lo dispuesto en las normas sustantivas, no corresponde exigir contracautela."¹⁵²

Esta solución se funda en el siguiente razonamiento: normalmente, cuando el juez decreta una cautelar lo hace sin un conocimiento pleno sobre el derecho que asiste al solicitante; por eso pide contracautela. En el caso, en cambio, el derecho nace de la ley.

150 Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, 3º. ed., Bs. As, ed. Abaco-universidad Austral, 1996. t. 2, pág. 571.

151 Peyrano, Jorge, Apuntes sobre las medidas cautelares en el juicio de divorcio, en Procedimiento Civil y Comercial, Rosario, ed. Juris, 1992, t. 2, pág. 32.

152 Cám. Nac. Civ. sala A 19/10/1978, A. de R. c/R.A.M., ED 84-409; conf. Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2º. ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 546; Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, t. 1, Bs. As., ed. Astrea, 1978, n°. 457; Vera Ocampo, Juan Carlos, Sociedad conyugal. Disolución, medidas precautorias, LL 1990-B-182. Comparar Alvarez, Alfredo y otros, Las medidas cautelares en el proceso de familia, Rev. de Jurisprudencia Provincial, Febrero de 1996, año 6 n°. 2, pág. 25; los autores sostienen que la contracautela debe ser exigida en aquellos casos en que el *bonus fumus iuris* y el *periculum in mora* despierten serias dudas en el juzgado.

La situación podría variar cuando la medida cautelar se pide sobre bienes propios, pues la ley no le concede al cónyuge ningún derecho sobre ellos. No obstante, un grupo de autores sostiene que aun en este supuesto el juez debe eximir al cónyuge de la contracautela, sin perjuicio del mayor rigor con el que debe valorar la procedencia de la cautelar y la pertinente responsabilidad del solicitante, si su conducta tiene carácter abusivo.¹⁵³

La contracautela, en cambio, debe ser exigida si un tercero pretende derechos sobre el inmueble embargado, pues en este caso, la cuestión no se plantea entre los cónyuges, sino frente a un tercero.¹⁵⁴

-Circunstancias no relevantes para decidir la cuestión

El hecho de que el marido conserve la libre administración de otros bienes no empece a que "solicite el embargo de bienes muebles que la esposa, sin comunicarlo al marido, extrajo del domicilio conyugal depositándolos en otro lugar, no aclarando tampoco, dada su naturaleza (pinturas, objetos de arte, colecciones o muebles propiamente dichos) qué actos de administración pensaba realizar con dichos objetos".¹⁵⁵

-Bienes sobre los que pueden recaer estas medidas

Proceden, como he adelantado, no sólo respecto de los bienes gananciales, sino también sobre los bienes propios; sin embargo, en este último caso, se deben decretar con carácter excepcional, ya que éstos están destinados a ser devueltos en la etapa de la liquidación, por lo que la cautelar sólo puede tener

153 Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, 3º. ed., Bs. As, ed. Abaco-universidad Austral, 1996. t. 2 pág. 585; De Lazzari, Eduardo N., Medidas cautelares, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 71; Peyrano, Jorge, Apuntes sobre las medidas cautelares en el juicio de divorcio, en Procedimiento Civil y Comercial, Rosario, ed. Juris, 1992, t. 2 pág. 33.

154 Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 230; Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio civil. Ley 23.515, Bs. As., ed. Astrea, 1991, pág. 797; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 9º. ed., Bs. As., A. Perrot, 1993 t. I nº. 448.

155 Audiencia Provincial de Barcelona, 30/9/1993, Rev. General de Derecho, Valencia, año L, nº. 591, Dic. 1993, pág. 1241.

por finalidad cubrir créditos o recompensas que un cónyuge tenga contra la masa de gananciales del otro. Algunos afirman que, consecuentemente, debe requerirse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora;¹⁵⁶ otros, los más, en cambio, se contentan con exigir al juez mayor prudencia.¹⁵⁷

Si los bienes del cónyuge están en poder de un tercero, el juez debe procurar no perjudicar los intereses de éste por lo que, en principio, estas medidas sólo procederán cuando los derechos del cónyuge no resulten suficientemente protegidos con las restantes medidas que puedan haberse decretado, salvo que se acremente, aunque sea *prima facie*, la complicidad del tercero con el cónyuge para perjudicar al otro.¹⁵⁸

-Algunas referencias respecto a la intervención de sociedades constituidas por uno de los cónyuges con terceros¹⁵⁹

La intervención judicial de la sociedad integrada por el cónyuge es una medida excepcional, pues la sociedad es una persona extraña al juicio de divorcio.

Consecuentemente, a la hora de decretar una cautelar contra una sociedad, se debe actuar con celo y prudencia. Se admite que procede si es necesaria para determinar aportes o utilidades y no se advierte, ni se invoca, perjuicio alguno.

¹⁵⁶ Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio civil. Ley 23.515, Bs. As., ed. Astrea, 1991, pág. 794.

¹⁵⁷ Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 9º. ed., Bs. As., A. Perrot, 1993, t. I n°. 448.

¹⁵⁸ Conf. Vidal Taquini, Carlos H., Matrimonio civil. Ley 23.515, Bs. As., ed. Astrea, 1991, pág. 793; Lagomarsino, Carlos A. R. y Uliarte, J. A., Medidas precautorias en los juicios de separación y divorcio, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Bs. As., ed. Universidad, 1994, t. III, pág. 44.

¹⁵⁹ Para un análisis detallado de la jurisprudencia sobre el tema ver Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2 pág. 242 y ss. párrafos 24/27; Fassi-Bossert, Sociedad conyugal, Bs. As., Astrea, 1978 t. II comentario al art. 1295, n°. 35, pág. 165; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, 9º. ed., Bs. As., A. Perrot, 1993, t. I n°. 448; De Lázzi, Eduardo N., Medidas cautelares, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 109; Loutayf Ranea, Medidas precautorias en el juicio de divorcio y separación de bienes, JA Doctrina 1974, pág. 231.

En tal sentido se ha resuelto que "el nombramiento de un interventor informante, que se limita a fiscalizar o controlar la administración no puede afectar el desenvolvimiento normal de la empresa por lo que corresponde confirmar la medida decretada en la instancia de grado".¹⁶⁰ Este fallo sigue la línea jurisprudencial aceptada desde hace algunos años. Así por ej., se ha decidido que:

Aun cuando la cónyuge peticionante no haya acreditado el cumplimiento de los extremos previstos por el art. 114 de la ley 19550 para la procedencia de la intervención judicial de la sociedad que integra con su cónyuge, la circunstancia de que ellos sean sus únicos socios (el marido posee el 95% del capital accionario) y la necesidad de resguardar adecuadamente el patrimonio conyugal en prevención a eventuales maniobras tendientes a ocultar, disminuir o hacer desaparecer los bienes que lo componen, justifican el apartamiento de las exigencias contenidas en la citada norma legal. Empero, las funciones del interventor a designarse no habrán de exceder las previstas por el art. 224 del Cód. Procesal, es decir, las de veedor o mero informante acerca del estado de los bienes que componen el patrimonio social y de las actividades del ente societario, habida cuenta de que no se ha justificado la concurrencia de situaciones que autoricen la participación de dicho funcionario en la administración de la sociedad medida ésta que, por su extrema gravedad, reviste carácter excepcional.¹⁶¹

Por eso, si no se imputa al cónyuge mala administración o maniobras fraudulentas, la intervención del comercio debe limitarse al control de la contabilidad y arqueos de caja, sin perjuicio de extenderse hasta la administración de la sociedad para el caso que se intenten cumplir actos que importen burlar la medida precautoria.¹⁶²

La intervención también es posible cuando "existen fundadas sospechas de connivencia de los socios con el cónyuge demandado o bien alguna situación especial del cónyuge

¹⁶⁰ Cám. Nac. Civ. sala A 27/2/1995, JA boletín del 22/5/1996, Iud, Eugenia c/Feidman.

¹⁶¹ Cám. Nac. Civ sala F 12/7/1984, Doctrina Societaria, Bs. As., ed. Errepar, Enero de 1994, n°. 74, pág. 933.

¹⁶² Loutayf Ranea, Medidas precautorias en el juicio de divorcio y separación de bienes, JA Doctrina 1974, pág. 231.

respecto de la sociedad, o cuando sus actos hagan imposible o difícil otra especie de cautela."¹⁶³

B. La eficacia de los convenios celebrados entre cónyuges

La eficacia de los convenios reguladores del divorcio o la separación han sido objeto de especial preocupación para el legislador español. En efecto, el art. 90 del Cód. Civil dispone: "Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. . . . El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio"; a su vez, el art. 91 dice que el juez "establecerá las cautelas y garantías respectivas que procedan si para algunos de los conceptos no se hubiera adoptado ninguna." El art. 93, que determina la contribución para satisfacer los alimentos a los hijos vuelve a expresar que el juez "adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento", el art. 97, que establece la llamada pensión por desequilibrio económico entre los cónyuges, termina previendo que en la resolución judicial "se fijen . . . Las garantías para su efectividad".

O sea

No conforme con dotar al convenio aprobado judicialmente de la efectividad de la vía de apremio, el legislador les añade medidas cautelares conservativas, innovativas y garantías sustantivas, tanto personales como reales, en cuya determinación es decisiva la intervención del juez dotado de poderes discrecionales y, en definitiva, de arbitrio para su establecimiento, cuando las partes voluntariamente no las hayan pactado.¹⁶⁴

¹⁶³ Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2º. ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 548.

¹⁶⁴ Marina Martínez Pardo, Jesús, Las facultades del juez en orden a garantizar el efectivo cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el convenio regulador, en Convenios reguladores de las crisis matrimoniales, 2º. ed., Madrid, ed. Universidad de Navarra, 1989, pág. 416.

Propicio que se incorporen normas similares en aquellos ordenamientos que carecen de ella. Nadie mejor que los cónyuges para autocomponer sus conflictos, pero si, no obstante lo acordado, se verifica ulteriormente un incumplimiento, la ley debe auxiliar a la parte cumpliente para hacerlo realmente eficaz.

C. La eficacia y las llamadas medidas de protección

Además de todas las medidas por las que hemos pasado revista, algunas leyes prevén las llamadas *medidas de protección*. Mostraré algunos ejemplos:

1. Ley Procesal de Familia de El Salvador

Esta ley prevé las llamadas *medidas de protección*, en los procesos que resuelven conflictos entre cónyuges y en los que tienen por objeto la protección de los menores.

Para el primer caso, el art. 130 la regula en favor de las uniones matrimoniales y no matrimoniales, en los procesos "por desacuerdos entre cónyuges y convivientes" que "no estén incluidos o no signifiquen un proceso diferente".

La norma dispone:

La medida de protección podrá incluir, entre otros aspectos, los siguientes:

a. La obligación de abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia.

b. El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero.

c. La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo.

d. La obligación alimentaria y la determinación de su cuantía.

- e. La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenos o sustancias que generen dependencia física o psíquica.
- f. La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuente algún miembro del grupo familiar.
- g. La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos.
- h. La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ello hubiere lugar.
- i. La prestación de caución juratoria obligándose a no incurrir en los mismos hechos y
- j. La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos.

Respecto de los menores, el art. 144 expresa:

En los procesos que tengan por objeto la protección del menor, el juez podrá ordenar las medidas de protección y en la sentencia, al reconocer el derecho deberá, cuando fuere el caso, además:

- a. ordenar que cese la amenaza o vulneración del derecho y el restablecimiento del mismo.
- b. ordenar al infractor que se abstenga de reincidir en su comportamiento.
- c. ordenar que el grupo familiar o cualquiera de sus miembros asistan a programas de orientación y apoyo socio familiar o médicos, si fuere el caso.
- d. ordenar las medidas necesarias que garanticen el ejercicio del derecho amenazado o vulnerado.

e. Librar los oficios correspondientes a las instituciones estatales que deben cumplir o hacer cumplir los derechos que se encuentren vulnerados o amenazados para que a los responsables se les apliquen sanciones de conformidad a las normas respectivas, previniéndoles que deben informar al juzgado el cumplimiento de dicha orden y

f. Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado.

Lo anterior será aplicable en los procesos que tengan por objeto la protección del incapaz y de las personas de la tercera edad cuando fuere el caso.

2. La ley argentina 24.417 de protección contra la violencia familiar¹⁶⁵

Este ordenamiento, sancionado en 1.995, prevé la situación de la persona víctima de las lesiones o el maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar. El art. 4 dispone que el juez puede adoptar, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, las siguientes medidas cautelares:

- a. Ordenar la exclusión del autor de la vivienda donde habita el grupo familiar.

¹⁶⁵ Para un análisis del articulado de la ley, ver Ahumada, Luis Alberto, Violencia familia, en Rev. de Derecho de Familia, Bs. As., A. Perrot, 1995-5 pág. 160; Cárdenas, Eduardo José, Notas sobre una exegesis de la ley 24417 de proteccion contra la violencia familiar, LL 1995-C-1138; Falcón, Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., ed. A. Perrot, 1996, t. V pág. 95; Grosman, Cecilia, Protección contra la violencia familiar, Rev. de Derecho de Familia, Bs. As., A. Perrot, 1995-5 pág. 97; Lamberti, Silvio y otro, Apreciaciones sobre la ley de proteccion contra la violencia familiar, ED 163-1183; Sosa, Toribio, Violencia familiar en jurisdicción civil provincial. ¿Es aplicable la ley 24417?, LL 1995-C-1190. Aun antes de la sanción de esta ley, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza hizo lugar a un recurso de hábeas corpus, dispuso la libertad del detenido, pero le impuso tratamiento terapéutico y medidas restrictivas de circulación (SCMza 28/12/1993, Serra, Luis, JA 1995-11-452; Jurisprudencia de Mendoza 43-78 y Rev. Foro de Cuyo 13-132.

- b. Prohibir el acceso del autor al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio.
- c. Ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor.
- d. Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.

El artículo concluye aclarando que el juez establecerá la duración de las medidas dispuestas de acuerdo a los antecedentes de la causa.

El XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal reunido en Santa Fe, Argentina, en junio de 1995 recomendó:

La ley 24.417 de protección de la violencia familiar, que permite al juez instar al grupo familiar para la asistencia a programas educativos o terapéuticos puede ser complementada con aplicación de astreintes o utilización de criterios valorativos de la conducta de las partes en sentido desfavorable para quien exhiba reticente.¹⁶⁶

En esas mismas jornadas dos autoras cordobesas auspiciaron como medidas complementarias eficaces la implementación de otras medidas, tales como la *terapia bajo mandato*, aun en contra de la voluntad del paciente.¹⁶⁷

D. La eficacia y la ejecución de las decisiones

1. La especial dificultad del tema

Se acusa a la mayoría de los estudiosos del llamado derecho matrimonial de concluir el análisis del tema objeto de estudio en el dictado de la sentencia, en lugar de continuar adelante con la

¹⁶⁶ Ver conclusiones en JA 1995-I-1037; ED 163-849, Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1995, n°. 123, pág. 345; Rev. de Jurisprudencia Provincial, Agosto de 1995, año 5 n°. 8 pág. 666; Zeus boletín del 27/6/1995, correspondiente al tomo 68.

¹⁶⁷ Bertoldi de Fourcade M.V. y Ferreyra de De la Rua, A., Las medidas cautelares en el proceso de familia. Medidas cautelares y violencia familiar, en Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995, pág. 403.

ejecutoria:¹⁶⁸ la omisión sería grave, pues "bajo el vasto título de las ejecuciones se encierra todo un abanico de problemas que, sin pecar de exageración, puede decirse que constituye la tarea más pesada, difícil, ardua y controvertida de los juzgados de familia". Por lo demás, las normas son insuficientes; las lagunas constantes, la labor de interpretación compleja.¹⁶⁹ Por eso, hay que ocuparse de la materia, pues "de nada sirve la función de juzgar si no se hace ejecutar lo juzgado".¹⁷⁰

2. La dinamicidad de las relaciones familiares frente a la cosa juzgada y la ejecución de sentencia

El objeto del proceso matrimonial es esencialmente dinámico y obliga, frecuentemente, a valorar situaciones nuevas de origen objetivo y subjetivo. Las sentencias pueden quedar, entonces, rápidamente desfasadas de la realidad.

¿Qué actitud tomar en la ejecución de sentencia si se ha producido algún cambio sustancial?

Las respuestas posibles, en abstracto serían:

-Ante la carencia de disposiciones específicas, remitirse a las generales de ejecución de sentencia, como *normas marco*.¹⁷¹

-No respetar el esquema procesal y modificar el fallo sobre la marcha, según las circunstancias sobrevenidas aparezcan.

Ninguna de las dos es satisfactoria; la primera, porque produce absoluta incredulidad en la justicia; la segunda, porque puede llegar, incluso, a conculcar derechos constitucionales. Consecuentemente, debe encontrarse una vía que equilibre la

¹⁶⁸ Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 9.

¹⁶⁹ Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 7.

¹⁷⁰ Espinosa Lozano, José, *Problemas procesales en Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 137; para las dificultades de la ejecución forzada ver Minneci, Ugo, L' esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento dei minori, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, anno XXIV, 1995 n°. 2 pág. 770.

¹⁷¹ González Poveda, Pedro y Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales*, en *La ley del divorcio 4º*, ed., Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 202. Para las dificultades de la ejecución forzada ver, también Malagu, Luca, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, ed. Giuffre, 1986, pág. 69 y ss.

balanza; aplicar, como se ha visto anteriormente, el principio de la *proporcionalidad* en la ejecución.

Para facilitar esta solución debe tenerse fundamentalmente en cuenta que:

*Las sentencias deben ser suficientemente elásticas para adaptarse a sucesivos eventos, pero no excesivamente inconcretas, pues provocarían inseguridad.

No se trata de relegar a la ejecución lo que es propio de la fase declarativa, sino de fijar unas bases de ejecución concretas y unos objetivos de la ejecutoria, estableciendo los instrumentos adecuados a ese fin. Piénsese, por ej., en la posibilidad de reconocer al padre un derecho de visitas progresivo, en razón de la edad o del impacto psicológico en el menor de la crisis, fijando como objetivo la normalización relacional e instrumentando un seguimiento por los equipos psicosociales.¹⁷²

*Esencialmente, "el tribunal no es un centro de asistencia social o de asesoramiento familiar; el Derecho, aunque atento a los postulados éticos, no puede coaccionar conciencias ni suplantar personalidades."¹⁷³

De cualquier modo, muchos códigos contienen normas similares al art. 91 del Cód. Civil español que prevén la mutabilidad de la decisión por el cambio de circunstancias:

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

3. El uso de la fuerza pública

¹⁷² Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 10 y nota 12.

¹⁷³ Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 11.

En general, salvo para las cuestiones estrictamente patrimoniales, el uso de la fuerza pública es desaconsejable para hacer cumplir las sentencias de contenido familiar. Piénsese en un cambio de guarda, o en el cumplimiento del régimen de visitas; bien se ha dicho que "los efectos que las actuaciones policiales producen en el menor pueden ser muy nocivas e incluso reforzar una postura de oposición a la guarda o a las visitas con lo que la conflictiva de fondo no se soluciona".¹⁷⁴

4. Ejecución de la sentencia extranjera

Especial dificultad presenta el ejercicio de los derechos de alimentos, custodia y visita cuando los padres han pasado a residir en países diferentes. Muchas de estas cuestiones debieran solucionarse rápidamente con los convenios internacionales (por ej., La Convención de La Haya del 10 de octubre de 1980); desgraciadamente, la falta de concienciación de la magistratura sobre la impostergable colaboración entre jueces de todo el mundo para proteger a la infancia, perjudica su eficaz aplicación.

5. Condenas de futuro

Expliqué en la primera parte que en algunos casos es conveniente dejar trazada la línea de conducta a seguir en el futuro. Una aplicación de esta regla aconseja, en algunos casos, mantener cautelares trabadas para impedir nuevos incumplimientos. En tal sentido se ha resuelto que si bien, en principio, las medidas precautorias no pueden concederse para cubrir cuotas futuras, en el caso es aconsejable mantener la precautoria dispuesta porque el alimentante no trabaja en relación de dependencia y fue necesario un juicio de filiación para determinar la paternidad, una demanda para que cumpliera la obligación alimentaria y el decreto de subasta del bien embargado para que el demandado pagara las obligaciones derivadas de sus reiterados incumplimientos.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Pereda Gámez, F. Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*, Barcelona, ed PPU, 1989, pág. 59; Makianich de Basset, *Derecho de visitas*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, pág. 189.

¹⁷⁵ Cám. Nac. Civ. sala C 23/4/1993, JA 1995-1-55.

6. La ejecución provisional

Si bien la ejecución provisional colabora para hacer más eficaz el proceso, hay sentencias que no deben ejecutarse mientras no estén firmes; en tal sentido, adviértase que el estado civil es permanente y cuando una sentencia lo reconoce ha de serlo para siempre, sin que pueda ejecutarse provisionalmente.¹⁷⁶ Por eso, el art. 385 III de la Ley de Enjuiciamiento española, en la redacción de 1984, dispone que en ningún caso serán ejecutables provisionalmente las sentencias recaídas en juicios que versen sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos. Respecto del juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, el legislador pretende evitar la ejecución provisional de un pronunciamiento desvinculatorio que permitiría posteriores nupcias y otros efectos, sin sentencia firme.

Hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que la prohibición se refiere, exclusivamente, al denominado efecto central o principal de la sentencia matrimonial (la declaración judicial constitutiva del cambio en el estado civil de los cónyuges), pero no a los otros efectos; o sea, la norma no regula la efectividad provisional de los efectos de la crisis matrimonial.¹⁷⁷

También en Italia la sentencia de divorcio es una de las excepciones a la regla general prevista en el art. 337 del Código de Procedimientos Civiles, según la cual la ejecución de la sentencia no se suspende por efecto de la impugnación;¹⁷⁸ pero,

¹⁷⁶ López-Muffiz Goñi, Miguel, *La ejecución provisional de las sentencias*, en *La ley del divorcio 4º. ed.*, Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 228.

¹⁷⁷ Villagómez Cebrín, Marco, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada ed. Comares, 1995, pág. 206.

¹⁷⁸ Esta es la regla después de la reforma de 1987, pues hasta entonces regía el llamado efecto suspensivo de la apelación. Para los problemas que la nueva regla genera en el proceso de divorcio y las cuestiones introducidas a la temática por la llamada inhibitoria procesal introducida por la reforma de 1990, compulsar Graziosi, Andrea, *La provvisoria esecutorieta della senenza di divorcio*, Riv. Trim di Diritto e procedura Civile, anno XLIX, no 3, Sett. 1995, pág. 853.

igualmente, se reconoce el carácter no unitario de este tipo de pronunciamiento, por eso, en la parte relativa a los aspectos de naturaleza económica, es provisoriamente ejecutiva.

En esta línea, el art. 794 del Código de Familia de Panamá, ubicado en las normas del proceso sumario dice:

El juez podrá ordenar la ejecución provisional de la sentencia, sin perjuicio del recurso de apelación en efecto devolutivo interpuesto contra la misma, en los siguientes casos:

1. Fijación y traslado del domicilio conyugal
2. Cuestiones relativas a la patria potestad
3. Guarda, crianza y régimen de comunicación y de visita
4. Colocación familiar y
5. Tutela.

7. La registración como acto de ejecución

Las sentencias dictadas en juicios de divorcio, separación, nulidades, filiación, etc., deben tener acceso al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas.

En materia de adjudicación y liquidación de bienes registrables, se dispondrá la anotación en los registros respectivos, sin perjuicio de que la anotación pudo haberse dispuesto como medida previa,¹⁷⁹ si así lo solicitó potestativamente una de las partes¹⁸⁰ para advertir a los terceros sobre la existencia del juicio. "Las medidas provisionales convenidas por los esposos o adoptadas por el juez pueden ser objeto de publicidad tanto en el Registro Civil como en el Registro de la Propiedad, estando facultado el juez para

¹⁷⁹ Alonso Furelos, Juan Manuel, *Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho español*, Córdoba, 1989, pág. 117.

¹⁸⁰ Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Angel, *Separación, divorcio y nulidades matrimonial: régimen jurídico*, 5º ed., Granada, ed. Comares, 1995, pág. 363.

acordar, de oficio o a instancia de parte, la toma de razón registral de dichas medidas a través de los asientos correspondientes."¹⁸¹

8. La ejecución de las resoluciones sobre alimentos

-Regla general. Normativa ejemplificativa

Los códigos debieran contener normas muy estrictas que permitan la ejecución de estas decisiones sin dilaciones de ninguna naturaleza. En este sentido, el articulado del Código de Familia de Panamá es razonablemente severo. Así, por ej., los art. 806 y 807 disponen:

Si las pruebas presentadas fueran concluyentes [se refiere a la prueba del parentesco y de la situación económica y fuentes de ingresos del demandado] y el demandado, previamente notificado, no hubiese comparecido, el juzgador fijará el monto de la cuota de alimentos en el mismo acto de la audiencia y, simultáneamente, tomará las medidas pertinentes para hacerla efectiva de inmediato.

Para hacer efectiva la prestación de alimentos, el juzgador ejecutará y ordenará de oficio el descuento directo del salario y remuneraciones del obligado a favor del beneficiario y podrá, a petición del interesado y sin necesidad de caución alguna, ordenar el secuestro de bienes para asegurar su cumplimiento, e incluso decretar el impedimento de salida del país al obligado. Si el empleador o persona que debe realizar el descuento directo o la retención por secuestro, si fuere el caso, no lo hace, queda responsabilizado solidariamente en la obligación de dar alimentos, sin perjuicios de la sanción que le corresponda por desacato.

-Medidas aconsejables

En el intento de encontrar medios para luchar contra la ineeficacia de estas decisiones y a fin de impedir todo acto que ponga en peligro la percepción de la cuota alimentaria, los autores propician las medidas más diversas, algunas muy razonables, otras no tanto: que el juez disponga la constitución

¹⁸¹ Luna Serrano, Agustín, en obra colectiva, *El nuevo régimen de la familia*, t. I, Matrimonio y Divorcio, Madrid, ed. Cívitas, 1982, pág. 328.

de garantías reales o personales;¹⁸² que la sentencia sea anotada en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad Inmueble, del Automotor y otros registros; se informe al Banco Central, a la Policía Federal, a Migraciones, a la Inspección de Justicia;¹⁸³ se proceda al retiro de la licencia de conductor, se publicite el incumplimiento en un documento de uso corriente, en el registro nacional de deudores alimentarios, etc. No faltan quienes afirman que para hacer efectiva la prestación alimentaria el acreedor puede agredir, incluso, los bienes inembargables.¹⁸⁴

No todas estas medidas son viables ni efectivas. Analizaré algunas:

-Prohibición de salida del país

En mi opinión, esta restricción a la libertad de circulación que reconoce varios precedentes legislativos (por ej., la interdicción para salir del país contenidas en las leyes de quiebras), es, en principio, lícita; el juez podrá suspender la medida y autorizar al deudor a viajar si ello resulta necesario.

La razonabilidad indica que la orden no será lícita si el alimentante ofrece garantías suficientes, en el país, para el cumplir con la obligación alimentaria.

-Suspensión de la ejecución de otras prestaciones

Es frecuente que ante el incumplimiento alimentario del padre, la madre guardadora reaccione impidiendo que el padre vea al hijo; "percibe que tiene en sus manos un arma de presión muy importante y la utiliza; más tarde, formaliza estas vías de hecho peticionando al juez la suspensión del régimen de visitas, sea por su propia iniciativa o respondiendo al pedido de hacerlas efectivas".¹⁸⁵

¹⁸² Dutto, Ricardo, La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-680.

¹⁸³ Velazco, J.R. y Yarke, M. del C., La prestación alimentaria y su protección, JA 1991-II-712.

¹⁸⁴ Lombardi, César A., La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-681.

¹⁸⁵ Grosman, Cecilia, ¿Es la suspensión del régimen de visitas una medida conveniente ante la falta de los alimentos?, LL 1983-B-1155 y ss.

¿Es lícita esta conducta? La respuesta de la doctrina y la jurisprudencia argentina no es uniforme:

Para algunos, procede la interrupción del trato paterno filial ante la interrupción de la prestación alimentaria por el progenitor. Esta respuesta se funda en:

-La escasez de medios ejecutivos;

-El carácter recíproco de las obligaciones alimenticia y de visitas y, consecuentemente, la aplicación de la *exceptio non adimpleti*;¹⁸⁶

-La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones; quien no cumple con las obligaciones no puede reclamar derechos;

-La interrupción o suspensión debe verificarse como una sanción al padre incumplidor;

-La eficacia del proceso interesa a todos. Hay que lograr el cumplimiento de las sentencias por todos los medios;

-Si la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria puede constituir una causa de privación de la patria potestad, con mayor razón cabe juzgarla suficiente para decretar la suspensión de las visitas acordadas.

Para otros, en cambio, la alternativa debe rechazarse por estas razones:

-No existe base normativa que faculte esta suspensión;¹⁸⁷

-No son aplicables al Derecho de Familia las reglas del Derecho de Obligaciones; en este caso, tanto el derecho de

¹⁸⁶ Comp. Masnatta, Héctor, Suspensión judicial del régimen de visitas por incumplimiento de la obligación alimentaria del progenitor. El abandono de los deberes de asistencia familiar, JA 1950-III-672; Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, 5º. ed, Bs. As., ed. Depalma, 1987, t. I no 250; De Lazzari, Eduardo N., Medidas cautelares, La Plata, ed. Platense, 1986, pág. 34.

¹⁸⁷ En España, en cambio, la sanción podría apoyarse en el art. 94 del Código Civil español que dispone, en su segunda parte, que el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Con base en esta norma se ha resuelto que no se puede suspender el derecho de visitas si previamente no se ha declarado por resolución judicial la concurrencia del incumplimiento (Audencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 24/6/1995, Rev. General de Derecho, Valencia, año LII, nº. 615, Diciembre de 1995, pág. 14.380).

visitas como la prestación alimentaria son deberes-derechos irrenunciables que, en última instancia, conjugan un fin último común: La protección de los menores;¹⁸⁸

-La complejidad de las relaciones paternofiliales hacen difícilmente valorable una relación de reciprocidad dado el complicado entramado de derechos y deberes en dicha relación;¹⁸⁹

-Sólo sería posible la medida si el juez advierte en el padre un comportamiento que signifique la negligencia grave o el abandono que importen suspensión del ejercicio de la patria potestad;

-El incumplimiento no constituye un fundamento racional para interrumpir el trato con el hijo: el derecho de visita también corresponde al hijo. ¿Que haría el juez si frente al incumplimiento de la prestación alimentaria fuese el hijo quien pide que se le permita ver a su padre?

El supuesto del hijo que reclama derecho de visitas no es una hipótesis de escuela. Por el contrario, tratándose de relaciones extramatrimoniales, es factible que sea el hijo quien quiere ver al padre y que, en cambio, éste, si es casado con otra mujer y tiene familia estable, se niegue a ver al hijo extramatrimonial.¹⁹⁰

No faltan respuestas intermedias:

188 Cám. Nac. Civ. sala A 27/6/1985, LL 1985-E-15; idem. sala C 26/12/1985, LL 1986-B-333. Para la importancia de las visitas en la formación de los menores ver, entre otros, Blanco, Luis G., Divorcio y derecho de visita: necesidad psicológica de los menores de mantener comunicación con su progenitor no custodio, JA 1990-II-691. Las raíces constitucionales de la cuestión son señaladas por Bidart Campos, Germán y Herrendorf, Daniel, El régimen de visitas de los hijos con sus padres y el deber constitucional de protección integral a la familia, ED 137-561.

189 Pereda Gámez, F. Javier, La ejecución de las sentencias matrimoniales, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 60; Fontemachi de Bianchi, Marla, Medidas coercitivas civiles del derecho alimentario, Voces Jurídicas, t. 2, 1996, pág. 42; Lombardi, César A., La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-681; Rotman, Rodolfo, Privación de ver hijos como sanción por mora alimentaria. Inconveniencia de la medida, LL 1984-A-237. En el derecho uruguayo, se pronuncia por la negativa, Miranda, Javier, Suspensión del régimen de visitas por incumplimiento de la obligación alimentaria, Rev. Uruguaya de D. de Familia, t. 3, 1989, pág. 106.

190 Es el caso resuelto por la Cám. Nac. Civ sala C 25/10/1994, M.T. c/ De A.T., p/régimen de visitas ED 164-83, con nota aprobatoria de Alvarez, Osvaldo O., Negativa del progenitor a cumplimentar el régimen de visitas.

Un sector admite la suspensión del derecho de visita ante el incumplimiento alimentario paterno, pero como *última ratio*, después de haber agotado, infructuosamente, todas las vías para hacer posible la ejecución y luego haber llegado a esta conclusión razonando con extrema prudencia, atendiendo fundamentalmente al interés del menor; se entiende que el problema es de hecho y que la apreciación cuidadosa de las circunstancias puede decidir que el incumplimiento de la prestación alimentaria puede expresar, igualmente, una indiferencia expresa, una falta de interés que no puede menos que reflejarse en su comunicación con el menor, en perjuicio de éste.¹⁹¹ En tal sentido se ha expresado: "por tratarse de un producto de la inventiva pretoriana, se debe ser particularmente prudente al despacharlo y diseñarlo".¹⁹²

Un análisis de los casos en los cuales se ordenó la suspensión del régimen de visitas hasta tanto el padre cumpliera con su deber alimentario revela que, en general, los magistrados argentinos han procedido con extrema cautela, incluso los enrolados en la posición más drástica, pues del examen de los hechos se concluye que la interrupción del trato paterno filial sólo se decretó en los supuestos de mayor gravedad.¹⁹³

Otra respuesta intermedia, que comarto, es la dada por un prestigioso tribunal que, aplicando de alguna manera la teoría de los actos propios dijo:

nada obsta a que el padre que no pasa alimentos visite y frecuente a su hija, pues el derecho de visitas es un deber de tener trato con ella; no obstante, si el padre y actor pretende hacer valer su derecho (que se le respete el derecho de visita) ignorando el deber que, correlativamente ese derecho y el deber de asistencia le imponen, no puede pretender que la jurisdicción le asegure y garantice, incluso compulsivamente

¹⁹¹ Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3º. ed., Bs. As., ed. Astrea, 1989, t. 2, pág. 221; Méndez Costa, María Josefa, La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-686.

¹⁹² Peyrano, Jorge, Apuntes sobre las medidas cautelares en el juicio de divorcio, en Procedimiento Civil y Comercial, Rosario, ed. Juris, 1992, t. 2, pág. 37.

¹⁹³ Compulsar Grosman, Cecilia, ¿Es la suspensión del régimen de visitas una medida conveniente ante la falta de los alimentos?, LL 1983-B-1161.

llegado el caso, la ejecución de la sentencia si al mismo tiempo él no acredita que da adecuado cumplimiento a la prestación alimentaria que debe satisfacer por decisión firme de esa misma jurisdicción. Es contradictorio que se recurra a los jueces para pedir garantías al ejercicio de los derechos, y a la vez, sustraerse de sus decisiones para el cumplimiento de sus deberes.¹⁹⁴

Hay acuerdo, en cambio, que no es admisible la pretensión de tenencia de un progenitor renuente en brindar alimentos necesarios para que su prole lleve una vida digna. Incoar una acción por tenencia en estas condiciones es incorrecto, poco ético y debe ser rechazado. En tal sentido se ha dicho:

Es inaceptable que el cónyuge culpable del divorcio arguya con las condiciones ambientales en que actualmente conviven la madre y uno de los hijos, cuya tenencia él pretende, toda vez que según resulta del juicio sobre alimentos que corre por cuerda, no obstante los requerimientos de la esposa para que aquél diese cumplimiento a la obligación de suministrar vivienda, no lo hizo.¹⁹⁵

También es posible disponer la suspensión o interrupción del procedimiento iniciado por reducción de la cuota o cesación de alimentos mientras no pague los anteriormente fijados.¹⁹⁶

¿Puede suspenderse el juicio de divorcio si el cónyuge no pasa alimentos al otro cónyuge? Algunos autores dan respuesta

¹⁹⁴ Cám. Nac. Civ. sala A (voto del Dr. Zannoni), 27/6/1995, LL 1985-E-151 y Doc. Judicial 1986-1705, con nota de Barbero, Omar, La suspensión del régimen de visitas mientras el padre no cumpla con su obligación alimentaria (en el caso, se había probado que el padre había abandonado a su esposa e hija de tres años; durante un año y medio dilató el juicio por alimentos y sólo cuando se hicieron efectivas las medidas de ejecución, reclamó el régimen de visitas; mientras tramitó ese incidente, siguió sin cumplir con el mandato judicial que lo condenaba a pagar alimentos) (En la nota de Barbero puede compulsarse una exacta síntesis de la doctrina argentina que se expidió sobre el tema hasta 1986).

¹⁹⁵ Cám. Nac. Civ. sala C, 21/9/1971, ED 45-190.

¹⁹⁶ Méndez Costa, María Josefa, La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-687.

afirmativa.¹⁹⁷ Para un importante sector de la doctrina, en cambio, no sería posible suspender el trámite del juicio de separación personal, divorcio o anulación del matrimonio a causa del incumplimiento del obligado. Se sostiene que el alimentante podría encontrar así satisfecho por su decisión dolosa el propósito de prolongar el divorcio indefinidamente;¹⁹⁸ en tal sentido, un tribunal belga declaró que el hecho que la esposa que inició el juicio de divorcio por culpa no haya instado este procedimiento durante años, debe ser asimilado a la situación de separación de hecho de larga duración; en consecuencia para tener derecho a los alimentos debe probar la culpa del esposo y que la separación no le era imputable. Hay, entonces, derecho a suspender la pensión que se había otorgado a la esposa a título de medidas provisorias en el procedimiento de divorcio desde que la esposa no justificó su proceder;¹⁹⁹ el caso relatado no es significativo para resolver la cuestión planteada, pues no coincide con lo que normalmente ocurre: es el incumplidor el que está interesado en la rápida conclusión del proceso. En mi opinión, en este caso, la paralización o suspensión es improcedente, pues existe un derecho a concluir jurídicamente una relación que, de facto, ha cesado y cuyo trámite no puede ser paralizado por no cumplir con la obligación alimentaria entre cónyuges.

-Astreintes

El art. 666 bis del Cód. civil argentino dispone:

Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho condenaciones cominatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico del que deba satisfacerlas y

¹⁹⁷ Peyrano, Jorge, Temas relacionados con la figura del juez, sus deberes y facultades, el cumplimiento de sus órdenes y la eficiencia del proceso civil, en Procedimiento Civil y Comercial, Rosario, ed. Iuris, 1994, t. 3 pág. 43.

¹⁹⁸ Méndez Costa, María Josefa, La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-1189.

¹⁹⁹ Civ. Liege (réf), 25/3/1991, Rev. Trim. de Droit Familial, 2/1995, pág. 203.

podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Aunque se reconoce que existen otros medios, y que si el alimentante no satisface la prestación fijada difícilmente pague una suma de dinero adicional como sanción, la doctrina admite y recomienda la aplicación de *astreintes* para conminar al deudor a cumplir la obligación alimentaria.²⁰⁰

Son aceptadas aun en aquellos países en los que no tienen apoyo normativo,²⁰¹ llegándose a admitir que el juez exija cauciones y garantías reales que eviten el resultado ilusorio de las sanciones pecuniarias.²⁰²

-Sanciones de naturaleza penal

En Argentina este tipo de sanciones han sido ineficaces. No obstante que, desgraciadamente, son muchos los padres que incumplen con su obligación alimentaria, pudiendo hacerlo, son muy pocos los casos de condenas con fundamento en la vieja ley 13.944,²⁰³ y aún existiendo, no hay datos sobre los efectos que ellos han producido en el cumplimiento efectivo posterior.

200 Lombardi, César A., La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-681; Méndez Costa, María Josefa, La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-687. Para una crítica al modo como la *astreinte* ha sido regulada y la escasa aplicación práctica de la figura en Argentina, ver Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 280.

201 Para la situación en España ver, Pereda Gámez, F. Javier, La ejecución de las sentencias matrimoniales, Barcelona, ed. PPU, 1989, pág. 60; en Italia, Malagu, Luca, Esecuzione forzata e diritto di famiglia, Milano, ed. Giuffre, 1986, pág. 109 y ss.

202 Conf. Makianich de Basset, Derecho de visitas, Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, pág. 188-189.

203 Para el régimen de esta ley ver, entre otros, Alvarez, Osvaldo O., Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, ED 158-1014; Chiappini, Julio O., El dolo y su prueba en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, LL 1984-C-140; Díaz de Guijarro, El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Planteamiento general, JA 1952-II doc. 7; del mismo autor, La prueba del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, JA 1957I-116; El concepto de medios indispensables para la subsistencia en la ley que reprime el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, JA 1951-IV-89; La iniciación del juicio de divorcio y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, JA 1951 -IV-303; Desimone, Guillermo P. y otro, Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta, LL 1995-A-646; Dufrechou,

Bien se ha dicho que "La espinosa problemática de los alimentos, de diaria conflictualidad en las relaciones familiares, es susceptible de ser abordada con otras visiones".²⁰⁴ El jurista debe idear nuevos medios desde que los viejos instrumentos han mostrado su ineeficacia.

El art. 811 del Código de Familia de Panamá dispone:

El juzgado de primera instancia, de oficio o a petición de parte, sancionará de inmediato por desacato al obligado en proceso de alimento, hasta con treinta días de arresto a partir de la notificación de la resolución respectiva. Esta sanción durará mientras se mantenga la renuencia en los siguientes casos:

1. Cuando no consigne la cuota alimenticia en las fechas y condiciones decretadas.
2. Cuando de mala fe eluda el pago de las cuotas alimenticias. Se presume la mala fe cuando el obligado renuncie o abandone un trabajo eludiendo su obligación, o

Roberto, El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar durante el juicio de divorcio, LL 1976-C-53; Hendler, E., El delito de incumplimiento de asistencia familiar y el divorcio, ED 45-587; Lascano, Carlos J., La ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia, Córdoba, ed. Lerner, 1964; Makianich de Basset, Lidia, La obligación alimentaria y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, LL 1984-D910; Merlino, Carlos, La ley 13.944. Su inconveniencia y falta de precisión jurídica, LL 99-974; M.C.L., El delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar (Una evolución plausible en la Cámara del Crimen de la Capital), LL 98-562; Pérez Torres, María I. y otra, El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en la ley 13.944, LL 1991-D-490; Rodger Dodds, Horacio y otro, Algunas consideraciones sobre el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y su evolución a través de la jurisprudencia penal de la Capital Federal, en Rev. de Derecho Penal y Criminología y Criminalística, año 1972, pág. 563. En el derecho español, consultar De la Vega Ruiz, José A., La prisión por deudas conyugales, Madrid, ed. Colex, 1991; Choclan Montalvo, J. A., La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones, La Ley Española, 1995 nº. 2 pág. 545; Flors Maties, José, Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del art. 487 bis del Cód. Penal, Rev. General de Derecho, Valencia, t. 586-587, pág. 6735. Una estadística muy seria de los resultados producidos hasta 1985 se encuentra en Grosman, Cecilia, Medidas frente al incumplimiento alimentario, LL 1985-D-936.

²⁰⁴ Morello, A. M. y Morello de Ramírez, M. S., La prestación de alimentos desde la perspectiva de la justicia de protección o acompañamiento, JA 1991-II-700.

3. Cuando el demandado traspase sus bienes después de que haya sido condenado a dar alimentos, si con ese traspaso elude su obligación.

En los casos que den lugar a la sanción por desacato, corresponde al secretario del juzgado levantar el expediente en que se establecen los hechos justificativos de la sanción.

Completa el panorama el novedoso artículo 812, según el cual el empleador que dentro del término señalado por el juez no informara sobre el salario devengado por el empleado o suministrase datos falsos, incurrirá en desacato y, en consecuencia, será sancionado hasta con 10 días de arresto mientras dure la renuencia.

9. La ejecución de las decisiones que resuelven sobre el régimen de visitas

En la práctica, las incidencias más frecuentes suelen presentarse en la ejecución del régimen de visitas por incumplimiento o inobservancia por alguno de los progenitores de lo establecido en la sentencia.²⁰⁵

-Medidas aconsejables

También en esta órbita se proponen medidas similares a las referidas en materia de alimentos.²⁰⁶ En cuanto a la salida del país, que tantos inconvenientes trae a los jueces de todas las regiones, recuerdo una sentencia belga que resolvió que el pedido de que el padre deposite su pasaporte en la secretaría del tribunal para evitar que él lleve los niños fuera de Bélgica e impida de este modo ejercer su derecho de visitas debe ser rechazado; los jueces de ese país prefieren otros medios menos

²⁰⁵ González Poveda, Pedro y Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales, en La ley del divorcio, 4º ed., Madrid, ed. Colex, 1992, pág. 203.

²⁰⁶ El más amplio catálogo de sanciones, ventajas y desventajas que cada uno presenta y presupuestos de todas ellas, se encuentra en Makianich de Basset, Lidia, Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso de derecho, ED 143-903.

restrictivos de las garantías individuales; en tal sentido, consideran la *astreinte* como la sanción más oportuna para hacer efectivo el derecho de visitas.²⁰⁷

-*Medidas de naturaleza penal*

La ley argentina 24.270²⁰⁸ de noviembre de 1993 reprime con prisión de un mes a un año al padre o tercero que ilegalmente impida u obstruya el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Aumenta la pena (seis meses a tres años) si se trata de un menor de diez años o de un discapacitado. Extiende estas penas al padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente lo mudare de domicilio sin autorización judicial, aumentando la pena si la finalidad es mudarlo al extranjero.

El art. 3 regula las medidas que deben ser cumplidas por el tribunal: Disponer en un plazo no mayor de diez días los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres; determinar un régimen de visitas provisorio o de existir, hacer cumplir el establecido y en todos los casos, remitir los antecedentes a la justicia civil.

Tengo razones fundadas para dudar sobre la eficacia de este tipo de sanciones. "La amenaza penal demuestra, en los hechos, ser impotente para lograr la satisfacción de órdenes judiciales".²⁰⁹ La justicia penal argentina no tiene estructura ni humana, ni material, para aplicar esta ley con equidad y eficazmente.

En mi opinión, sólo la educación y el tratamiento terapéutico pueden tener resultados eficientes en la materia; en estos casos, la celeridad de la decisión que hace lugar a las visitas debe ceder

²⁰⁷ Trib. Jeun. Bruxelles (7º. ch) 30/10/1991, Rev. Trim. de Droit Familial 2/1993, pág. 239.

²⁰⁸ Para una crítica al sistema legal, compulsar Arabito, José Luis, Algunas consideraciones sobre la ley 24.270, LL 1994-E-1061.

²⁰⁹ Peyrano, Jorge, Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Abril de 1994, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 295.

²¹⁰ En tal sentido, la Cámara Nacional Civil sala E., siguiendo el dictamen del Sr. Asesor de Menores de Cámara, dijo el 20/2/1989 que *en los supuestos de terapia bajo mandato está interesado el orden familiar en su totalidad, pues si no se actúa sobre los progenitores que no saben mantener relaciones adecuadas de parentalidad como padres de un mismo niño, se corre el riesgo de producir graves lesiones en la psiquis o en el espíritu del hijo y ello no puede ser admitido por el tribunal.* El fallo fue comentado favorablemente por Gowland, Alberto, Patria potestad. Visitas: Terapia bajo mandato, ED 136-683.