



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Medidas Cautelares en el Derecho de Familia Autor: Esteban M. Mazzinghi.

I. Introducción

A los abogados en general nos preocupa particularmente poder aconsejar a nuestros clientes con la mayor certeza seguridad jurídica posibles. Aquellos que nos dedicamos a la difícil tarea de intentar solucionar conflictos de familia, con mayor razón queremos darle a nuestro cliente cierta tranquilidad frente a preguntas aparentemente tan simples como ¿qué puedo esperar que ocurra, si sometemos tal o cual cuestión a la decisión judicial?

El derecho, se sabe, no es una ciencia exacta y el punto de vista de nuestro cliente, contradicho por el abogado que representa la contraparte, quedará en definitiva a resolución de un tercero, el juez, que sopesará los argumentos y las pruebas desarrolladas por uno y otro durante todo un proceso, generalmente bastante extenso.

Sin embargo existen situaciones en las que como lo expresa muy gráficamente Kielmanovich ⁽¹⁾ “se impone el empleo de urgentes y simplificados procedimientos judiciales.. y el dictado de veloces resoluciones preventivas...”.

El resultado de las llamadas medidas cautelares es para los abogados la mayor parte de las veces algo inquietante, dado que se trata de un terreno donde hay una cuota importante de imprevisibilidad.

No pretendo agotar en este trabajo la casuística que presenta este vastísimo campo procesal, sino sólo reflexionar puntualmente sobre algunos aspectos ligados al derecho de familia, abordando este dilema entre la urgencia y la prudencia en la toma de decisiones cautelares, que interesa no sólo a las partes, sino a los demás miembros de la familia.

II. Urgencia de las medidas

a) Caracteres específicos de las medidas cautelares en el derecho de familia

En general, los presupuestos procesales exigidos para el otorgamiento de una medida cautelar tienen una íntima relación con su excepcionalidad. Y en casi todos los casos existe una tensión: “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... y la seguridad jurídica que impone un debate exhaustivo de la relación jurídica” ⁽²⁾.

En el ámbito propio del derecho de familia la aplicación de medidas cautelares tiene notas distintivas, porque muchas veces las situaciones que surgen en el marco de las relaciones interfamiliares requieren de respuestas aun más rápidas y esencialmente mutables. Con lo cual, esa tensión, celeridad versus seguridad, se agrava hasta límites casi insoportables.

Como lo señala Cárdenas con acierto: el derecho procesal comienza a descubrir de qué modo el tiempo que insume el litigio familiar, influye sobre la justicia de la solución ⁽³⁾.

b) Presupuestos comunes y breve comparación

¹. KIELMANOVICH, Jorge L., “medidas cautelares”, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 17.

². KIELMANOVICH, Jorge L., ob. Cit., p. 13.

³. CÁRDENAS, Eduardo, “El tiempo en los procesos de Familia”, LA LEY, 1985– D, 748.



1. Verosimilitud del derecho

Así, en el derecho procesal, la verosimilitud del derecho se refiere a una clara legitimidad de forma y de fondo “fomus bonis iuris”, que debe acreditarse para solicitar esta clase de medidas.

Vale la pena recordar que “no se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. De lo contrario, un pleno juicio de certeza se opondría a la finalidad de la institución cautelar”⁽⁴⁾.

En el derecho de familia “la verosimilitud del derecho surge en la mayoría de los casos de la propia naturaleza de la petición y se presume con la sola acreditación del vínculo”⁽⁵⁾.

2. Contra cautela

La contra cautela garantiza que se podrá responder ante los perjuicios ilegítimos o abusos que estas pudieran ocasionar. Como dice Galli Fiant: “es la pesa que equilibra la balanza a favor del que debe soportar la medida peticionada por su contraparte”⁽⁶⁾.

El ritual (art. 200 CPN) sólo menciona dos casos de exención de contra cautela entre los que no se hace alusión a los supuestos del derecho de familia.

Solo por vía de la praxis judicial se ha eximido de contra cautela a los peticionantes que quieren garantizar su derecho a los gananciales⁽⁷⁾.

Como se advierte, la exención está acotada a estos supuestos de medidas cautelares patrimoniales (art. 233 y 1295 del Código Civil), pero nada se dice respecto de las medidas de otra clase⁽⁸⁾.

Sin embargo, en la práctica judicial de ordinario no se exige tampoco contra cautela para los casos de alimentos provisorios, exclusión del hogar, prohibición de acercamiento, suspensión de las visitas y en general para cualquier otro que no tenga un fin patrimonial.

3. Peligro en la demora

El peligro en la demora es el tercer presupuesto exigido y sobre el que particularmente me voy a detener en este trabajo.

Ello por cuanto es el requisito que – al apuntar claramente a las razones de urgencia – justifica la toma de decisiones mediante un procedimiento extraordinario que casi siempre resulta agresivo para quien debe tolerarlas.

Una medida cautelar en muchos casos puede funcionar en el sentido procesal como un atajo. Porque al resolverse sin escuchar a la otra parte, se obtiene el resultado deseado en una forma ultra rápida.

Es muy realista el comentario de Calamandrei al respecto, cuando dice: “la providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho... viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición y obtener así en el mérito una victoria que si el adversario hubiera podido defenderse, sería locura esperar...”⁽⁹⁾.

⁴. CS, abril 11-995 “Espinoza Buschiazco Carlos c. Provincia de Buenos Aires, LA LEY, 1995-D, 199, DJ, 1995-2-1002.

⁵. FERREIRA DE LA RÚA, Angelina, “Medida autosatisfactiva en el procedimiento de familia”, LA LEY, 1996-E, 1295.

⁶. GALLI FIANT, María Magdalena, “Medidas cautelares en procesos de familia”, EJP, p. 23, Buenos Aires, abril 2005.

⁷. CNCiv., sala B, LA LEY, 145-386, N° 28.034.

⁸. CNCiv., sala A, oct. 19-978, ED, 84-409.

⁹. CALAMANDREI, Piero, “Derecho Procesal Civil”, T° III, p. 282, Ed. Ejea, Buenos Aires.



III. Prudencia en el dictado de las medidas

a) El abuso de la petición cautelar y sus consecuencias

En las cuestiones relacionadas con el derecho de familia, y concretamente en lo relativo a los hijos, la adopción de medidas de este tipo puede resultar determinante para el futuro. Porque si bien se las califica de provisorias, sientan un precedente y generan un estado de cosas que luego resulta difícil de modificar.

La obtención de un título jurídico por la vía rápida (atribución del hogar o exclusión del cónyuge) coloca al beneficiario en una postura de fuerza que lo favorece netamente, para luego iniciar una negociación por temas ulteriores.

Quien pretenda solicitar la tenencia de un hijo menor y pueda acreditar previamente estarla ejerciendo en buenas condiciones desde hace algún tiempo cuenta con una ventaja apreciable. Es sabido que luego se mira con buenos ojos la modificación de un statu quo en el que el menor se encuentra razonablemente instalado⁽¹⁰⁾.

Y tal vez, por esta razón, se observa una práctica creciente de pedidos de atribuciones de diversa índole, mediante incidentes de medidas cautelares, como paso previo al pedido de un otorgamiento más definitivo. Pero, muchas veces, luego de obtenido el resultado provisorio, esta segunda vía carece de sentido práctico y nunca llega a transitarse.

No debe perderse de vista que la adopción de estas resoluciones precautorias – aun para conseguir un lícito objetivo – forzosamente deben tomarse a riesgo de conculcar- aunque sea transitoriamente- algunos derechos de la parte que las sufre⁽¹¹⁾.

Cuando la medida cautelar es de tipo patrimonial, el daño causado por un abuso se repara patrimonialmente. Pero cuando es extra patrimonial y cuando hay hijos que no son parte procesal pero sí parte de la familia, especialmente son éstos quienes resultan afectados y la reparación patrimonial no suple de ninguna manera el daño causado.

Se ha escrito mucho con relación a las consecuencias y secuelas que quedan en los hijos pequeños y no tan pequeños frente una medida judicial extrema, como podría ser la prohibición de contacto con alguno de sus padres. Lo traumático que resulta luego la revinculación. Lo difícil que resulta explicar a los hijos el porqué de las decisiones judiciales motivadas en una denuncia de uno de los progenitores. A diario los jueces se ven forzados a tomar medidas extremas frente a denuncias de mucha gravedad, las que, aun siendo verdaderas, presentan una mayúscula dificultad probatoria.

La cuestión pasa muchas veces por una decisión rápida, en la que se enfrentan los peligros de la inacción, en aras de preservar los derechos del demandado, frente a los eventuales daños que habría que hacer cesar.

Y en los casos de familia no podemos dejar de hacer notar que “algunas medidas no buscan proteger directamente a las partes que intervienen en la litis, sino a terceros procesalmente ajenos a la misma”⁽¹²⁾.

¹⁰. En principio, la tenencia provisorio de los hijos menores debe otorgarse al progenitor con el cual se encuentran al momento de promoverse la cuestión, evitando en principio todo cambio. Lo cual viene a significar que el mantenimiento de ese “statu quo” exigirá del otro progenitor la prueba de causas graves que impidan que el otro continúe en la tenencia de los hijos. Cám. Civil, Sala 2, LP, A 43.340 RSI-808-94 I 18-10-94 B., “G. c. E., s/ Tenencia y restitución menores”, Votos Dres: Sosa – Crespi.

¹¹. “Toda medida cautelara involucra un riesgo precisamente inherente al estado de incertidumbre del derecho que da pie al proveído de urgencia” Conf. FASSI, Santiago- YÁNEZ, César, “Cod. Proc. Civ. Y Com.”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1989, 3ª ed., t.2, p. 73.

¹². KIELMANOVICH, Jorge L., ob. Cit., p. 137.



Por desgracia, se advierte – cada vez con mayor frecuencia – que el bien que se pretende proteger sufre un real menoscabo, antes que una razonable y justificada protección.

Ya dijimos que las medidas cautelares en familia no exigen una contra cautela. Y también es cierto que frente a abusos, queda siempre abierta la posibilidad de accionar una reparación con fundamento en el art. 1109 del Código Civil.

Pero sin embargo, habría que replantearse, si para estos casos en los que se demostrara claramente un ejercicio abusivo de las medidas solicitadas y un daño causado, por ejemplo, a los hijos menores de edad, no correspondería se estableciera alguna sanción, aplicada de una manera más efectiva y rápida, que la tramitación de todo un nuevo juicio de daños y perjuicios.

En la práctica judicial, a pesar de ser bastante frecuente el ejercicio abusivo, no se advierte sino sólo muy extraordinariamente que se apliquen sanciones al solicitante de las medidas dañosas.

Son corrientes las denuncias de abuso sexual y las de violencia física o moral que generan la suspensión de visitas, o que determinan un perímetro de exclusión, y que, luego de demostrada la falsedad de las mismas, parecería que no hay una respuesta acorde con el daño y la injusticia experimentados por el denunciado.

Así como existen intimaciones a realizar determinadas conductas bajo apercibimiento de una sanción, podrían ordenarse las medidas cautelares que se adopten a raíz de denuncias de hechos graves, con un apercibimiento directo. Es decir, que ello funcione como una advertencia, de que si luego de ejecutarse la medida se demostrara la falsedad de los hechos denunciados, los peticionantes deberán afrontar en forma directa y por mandato judicial dictado en el mismo proceso las consecuencias de su ilícito accionar.

Y que estas consecuencias puedan variar desde multas económicas hasta restricciones de diversa índole, siempre que no afecten los derechos de los hijos menores de edad.

b) El secreto en las medidas: La reserva y la tramitación in audita pars y sus consecuencias

Ya vimos el peligro en la demora como requisito general. La importancia de este requisito radica en su doble conexión, tanto con la reserva cuanto con la velocidad que la tramitación unilateral le imprime al proceso cautelar.

En efecto, el peligro en la demora es lo que justificaría que el secreto de las medidas sea mantenido hasta que éstas le sean notificadas al demandado luego de su traba. Y es el requisito que en buena parte determina la rapidez en la toma de las decisiones.

Se dice que una medida cautelar es reservada “inaudita pars” cuando no se sustancia con la demandada. Es decir, cuando las decisiones se toman sin escuchar a ésta, a punto tal que el expediente sólo puede ser consultado por la parte actora hasta que se levante la reserva.

De ordinario ocurre que en una sola demanda cautelar se presentan una variedad de medidas. Y los tribunales son reacios a levantar la reserva hasta que en el expediente se encuentre acreditada la traba de todas las ordenadas.

Resulta bastante claro que en los casos cautelares transitamos por un camino excepcionalísimo que roza principios constitucionales fundamentales, tales como el debido proceso y garantía de defensa en juicio.

También parece lógico que la eficacia de muchas medidas dependa de que la otra parte no se entere con anterioridad a su efectivización.

Es coherente que si se tratara de embargar un bien, no haya para el otro un aviso previo. O que si se persiguiera la obtención de algún objeto concreto, vía secuestro o allanamiento, ello se mantenga en reserva, para evitar el desbaratamiento de los derechos del actor.

Pero es evidente que las medidas cautelares no son sólo las patrimoniales. EN especial en el derecho de familia hay muchísimas decisiones que se pueden tomar con carácter cautelar y que en la mayoría de los casos intentan proteger bienes inmateriales de una entidad claramente superior.

La protección de la salud psíquica y física de un hijo en casos de abuso o violencia; la preservación del derecho a ser visitado por el progenitor que no convive con ellos; el otorgamiento de la guarda



provisoria para la toma de decisiones; la prohibición de salida del país; el otorgamiento de la tenencia provisoria; las restricciones de acercamiento o contacto; la exclusión del hogar conyugal; son éstos unos pocos ejemplos de una infinidad de situaciones que normalmente se resuelven por la vía cautelar.

Es común que los Tribunales no hagan ninguna distinción previa, y que el tratamiento reservado y el consiguiente impedimento para las demanda de consultar el expediente se aplique en forma automática. Y esta falta de toma de razón en la mayoría de los casos puede durar muchísimo tiempo.

La diferenciación puntual entre asuntos patrimoniales y no patrimoniales debiera servir de guía para un prudente manejo en este aspecto de la reserva.

El criterio central debe ser el del eventual desbaratamiento de los derechos del peticionante teniendo muy presente una razonable escala de valores.

En casi todas las reglas que dirigen el proceso judicial hay una cierta tensión entre las facultades del actor acusador que persigue una decisión judicial y los derechos del demandado entre los que sobresale el defenderse frente a las acusaciones.

Como vimos, no todas las medidas cautelares persiguen un idéntico fin. Y si son distintas las circunstancias o planteos, no resulta lógico que siempre se adopte la misma solución.

La cuestión central antes de abrazar el criterio de la reserva indiscriminada de las actuaciones debiera ser precisamente lo contrario: discriminar.

Habría que preguntarse ¿Qué derechos de la parte actora podrían desbaratarse de conocer la parte accionada los términos de la demanda y de conocer una eventual resolución judicial?

E inmediatamente comparar ese eventual desbaratamiento con lo que significa para la parte acusada desconocer de qué se lo acusa, o por qué motivos y con qué fundamentos se toman medidas que en muchos casos resultan ser cruciales y determinantes para el futuro.

Recordemos que, muchas veces, estas medidas terminan siendo más perjudiciales para los hijos de las partes, que para el propio demandado. Y aun para la peticionante que, obrando de buena fe, puede haber estado equivocada en sus apreciaciones.

Los casos más dramáticos son los de denuncias de abuso o violencia y la consecuente decisión judicial precautoria que prohíbe el acercamiento del denunciado a las personas involucradas.

Si bien frente a una acreditación que pueda hacer presumir como ciertos los hechos invocados, casi siempre se prefiere desde la óptica judicial el tomar alguna medida en resguardo, antes que no tomar ninguna. Y cabe preguntarse, con más razón en estos casos. ¿Cuál es el sentido de la reserva?

La acusación de ordinario es tan grave, como grave es la medida que se dispone. Y si no fuera cierta, el perjuicio al demandado que desconoce de qué se lo acusa y por ende no puede defenderse resultaría casi irreparable.

Por el contrario, siempre hablando de supuestos extra patrimoniales: ¿Cuál sería el desbaratamiento de los derechos del actor en caso de que se le haga conocer al accionado el motivo de la denuncia y las decisiones que el juez adopte sobre el particular?

Entiendo que ninguno, ya que la medida eventualmente tiende a lograr que no se siga produciendo algo que, si se produjo, ocurrió en el pasado, y que, tomada la decisión cautelar, es casi imposible que se vuelva a producir.

Es decir que podría recibirse la denuncia, adoptarse en caso de fuerte verosimilitud del derecho la decisión precautoria restrictiva, y al mismo tiempo hacerle saber de inmediato al demandado su alcance y los pasos a seguir.

Hacer lo contrario, es decir ordenar restricción y mantener al accionado a ciegas, durante el largo tiempo en el que se realizan los estudios psicológicos y psiquiátricos de práctica, significaría colocarlo inútilmente en una injustísima posición. Pues de alguna manera se lo estaría condenando doblemente: con la restricción de sus derechos, motivado ello en la sola presunción de que algo malo pudo haber hecho, y además colocándolo en un estado de obligada y prolongada indefensión.



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

IV. Conclusión

Hemos visto algunas de las particularidades que entrañan las medidas cautelares en el ámbito del derecho de familia.

Básicamente, esta tensión entre la urgencia en la toma de decisiones y la prudencia a la hora de ordenarlas, evitando perjuicios irreparables no sólo para el demandado sino para los hijos que conforman el núcleo familiar, podría morigerarse con la adopción de dos criterios que resumo a modo de conclusión:

- a) El establecimiento de sanciones a modo de apercibimiento para el solicitante de las medidas, expresado concretamente en la misma orden de su traba, para el caso de demostración de falsedad en la denuncia de hechos que la misma resolución considera gravísimos en los que se fundamenta su adopción.
- b) La discriminación entre medidas patrimoniales y extramatrimoniales, adoptando para estas últimas, en los casos donde no esté plenamente justificado, un criterio restrictivo de la reserva de las actuaciones y de la denuncia para que pueda presentarse en autos y defenderse.