

El proceso declarativo es insuficiente para reorganizar las relaciones tanto verticales (relaciones paternofiliales), como horizontales (relaciones entre los progenitores), que se dan entre los miembros de una familia en crisis que no puede ser entendida como solo aquella de origen matrimonial. La desprotección de algunos miembros de la familia requiere que se articulen una serie de instrumentos para conservar determinadas situaciones y regular las relaciones de los miembros de esa familia en dificultad, entre los que podemos destacar las medidas provisionales. Este sistema de protección provisional estará en vigor hasta tanto en cuanto recaiga una resolución que haga efectiva la tutela judicial y ponga fin a la demanda de nulidad, separación o divorcio presentada.

En los procedimientos matrimoniales, además de las tradicionalmente llamadas medidas provisionales art. 102 a 106 del C.Civil, es posible adoptar otras medidas no establecidas expresamente en la normativa referente al juicio matrimonial. También podemos aplicar las medidas provisionales matrimoniales, tanto, en los procesos entre convivientes, como, entre cónyuges separados de hecho o no separados que inicien un proceso matrimonial, art. 156, 158, 159 y 170 del C.cv. en lo relativo a los hijos, el 1318 C.Cv. en materia de cargas familiares que incluye el sustento del cónyuge 143 del C.cv., el art. 1388 del C.Cv., referido a la administración de bienes gananciales, así como el art. 158, en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, comprendida en la contribución a las cargas o medida de protección del menor.

Las Medidas Provisionales que en el ámbito familiar pueden dictarse pueden clasificarse en dos grupos: aquellas medidas provisionales tradicionales del proceso matrimonial, que serían las reguladas en los art. 771 a 773 L.E.Cv.; y otras medidas provisionales que pueden estar reguladas expresamente o no, articulándose procesalmente a través de

las medidas cautelares innominadas del art. 727. 11ª L.E.Cv. A su vez, las medidas provisionales tradicionales podemos subdividir las en PREVIAS O COETANEAS según el momento de su presentación sea anterior o a la par que la demanda de nulidad, separación o divorcio. Debiendo subdividir las medidas previas en urgentes y ordinarias, según se desprende del art. 771 párrafo 1 y 2 de la L.E.Cv. Además, de aquellas derivadas de un supuesto de Violencia de Genero. En la regulación de la ley 1/2000 se establecen la identidad de procedimientos, salvo aquellas especialidades relacionadas con el momento de presentación de la demanda. Medidas Provisionales que en el supuesto de solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos verán reducidas las posibilidades de adopción de Medidas Provisionales, de forma exclusiva a las medidas provisionales tradicionales coetáneas a la demanda, por regulación expresa en el art. 778.2 de la L.E.Cv..

De lo señalado anteriormente, entendemos que no existe uno, sino varios procesos de medidas provisionales, por lo que han de ser estudiadas desde el punto de vista de la medida en si. En nuestro estudio sólo serán objeto de análisis las MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS a la demanda de nulidad, separación o divorcio.

## 2.- SU FINALIDAD Y NATURALEZA JURIDICA.

La posibilidad de adoptar las Medias Previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, no es una novedad de la actual regulación que ya la contemplaba en la ley de 19881, en los artículos 1881 a 1885, al regular el depósito de la mujer casada.

Se han señalado como causas del legislador de 1958 para autorizar a la esposa solicitar ciertas prevenciones con carácter previo a la iniciación del proceso matrimonial, tanto, la necesidad de facilitar la actuación del cónyuge más débil por la situación de inferioridad en la que se

encontraba, como, desconfianza ante el uso de su libertad personal. Regulación que con el paso del tiempo ha quedado desfasada. En la actualidad, la igualdad entre los cónyuges se encuentra reconocida en la Constitución, e impregna la legislación vigente, reconociéndose en el art. 104 del C.Cv. La finalidad de esta medida continua siendo facilitar la actuación de cualquiera de los cónyuges en los momentos inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

La posición de la jurisprudencia en cuanto a la naturaleza de dichas medidas no es pacífica. Un sector minoritario le niega el carácter procesal, destacando que se trata de una "simple facultad o poder que corresponde a los cónyuges de separarse provisionalmente antes de entablar el proceso matrimonial. Quines defienden su carácter procesal, aluden a su carácter "esencialmente cautelar", aunque con matices de especial intensidad tuitiva y de orden público.

Teniendo en cuenta que la calificación de una norma como material o procesal está en función del ámbito de sus consecuencias jurídicas, dado que las Medidas Previa, regulan, entre otras cuestiones, actos particulares que pretenden el ejercicio de la potestad jurisdiccional, nos hace inclinarnos por el carácter cautelar de las mismas.

En su regulación se produce un desplazamiento del principio dispositivo a favor del interés público, inherente al objeto procesal. Esta cesión del principio dispositivo se recoge de forma expresa en la propia Exposición de Motivos de la L.E.Cv. , ante la necesidad de protección.

Nos encontramos ante unas medidas cautelares, pero con especialidades. Caracterizada por: la singularidad de las relaciones jurídicas que tienden a proteger, la familia; afectadas por un especial interés público, que se concreta en materia objeto de protección, de la instrumentalidad, en la dependencia de la medida cautelar de un

proceso principal, el de nulidad, separación y divorcio; la temporalidad que abarca hasta la eficacia de la resolución principal.

Si atendemos a los presupuestos exigidos para la adopción de una medida cautelar, tradicionalmente, hemos atender a la concurrencia de tres requisitos: del *periculum in mora*; el *fumus boni iuris*; y la contracautela. En el presente supuesto, para la adopción de las Medidas previas, nos encontramos con peculiaridades. Con respecto al primero de ellos, el *periculum in mora*, se presume por el legislador al entender que es precisa una regulación inmediata una vez surgida la crisis, dada la imposibilidad de otorgar la tutela definitiva de forma rápida, pues de no concederse una regulación provisional, se podrían irrogar perjuicios para las partes y los menores de difícil reparación. En cuanto al segundo de los requisitos señalados, el *fumus boni iuris*, se concretaría en la existencia de una relación familiar y la voluntad de ruptura por alguno de los cónyuges a través de la tramitación de las medidas previas objeto de nuestro estudio, siendo suficiente acreditar las relaciones familiares verticales y horizontales con los correspondientes certificados de inscripción de matrimonio y nacimiento de los hijos comunes que actúan como apariencia de hecho y presupuesto para la concesión de las medidas. En relación al último de los requisitos reseñado, la caución, dada la naturaleza de las relaciones familiares, lejos del principio patrimonial, no es exigible, salvo que estén en juego derechos patrimoniales no afectados por las relaciones familiares y el Juez así lo considere.

### **3.- ALGUNOS ASPECTOS SOBRE SU REGULACIÓN SUSTANTIVA**

La regulación sustantiva de las Medidas Provisionales Previas está prevista en los arts. 104, 102 y 103 del C.cv. Refiriéndose el primero de dichos artículos a la posibilidad de su solicitud, y sus efectos y medidas en el contenido de los art. 102 y 103, respectivamente. Dejando,

la regulación de los aspectos de carácter procesal a la Ley 2/2000, en los art. 771 y 772.

En aquellos supuesto en los que exista algún episodio de violencia domestica, con la entrada en vigor de la Orden de Protección, Ley 27/2003, de 21 de julio, hemos de atender a la protección integral de la victima, en virtud de la cual, desde el ámbito de lo penal se acordaran la adopción de aquellas medidas de tipo civil que sean necesarias. Relegando al ámbito civil la adopción de medidas en aquellos supuestos, entre otros, de urgencia, en los que los cónyuges hayan decidido dejar de atender las necesidades económicas de la familia y sea necesario el auxilio pecuniario para la subsistencia, también en los casos en los que exista riesgo inminente de sustracción de menores.

Atendiendo al análisis del texto del art. 104 del C.cv, de su lectura, podríamos concluir de forma errónea que las Medidas Previas, sólo pueden ser instadas por el cónyuge que se propongan plantear demanda de nulidad, separación y divorcio. No obstante, a tenor del contenido del art. 748 de la L.e.Cv y del art. 770.6 del mismo cuerpo legal, los efectos y medidas de los arts. 102 y 103 del C.civil podrán ser solicitadas, también, por los progenitores, en aquellos supuestos en los que se solicite sólo la guarda y custodia o alimentos en relación con menores no matrimoniales o hijos de parejas de hecho podrán instar las mismas.

Asimismo, hemos de esbozar la distinción entre los "efectos" a que se hace referencia en el art. 102 del C. cv., y las "medidas" contenidas en el art. 103 del mismo texto legal. La peculiaridad de cada una de ellas la podemos considerarla desde el punto de vista de la iniciativa, en tanto en cuanto en las "medidas" rige el principio de rogación, pues depende de la voluntad de la parte que se inste dicha medida, en tanto que los "efectos" son ajenos a la discrecionalidad. Desde el punto de vista de la

eficacia las "medias" necesitan como presupuesto un pronunciamiento judicial que estime la pretensión de la parte, en tanto que los "efectos" se producen sin necesidad de pronunciamiento alguno, sus consecuencias son automáticas, por ministerio de la Ley.

## **EFFECTOS**

Los efectos de la admisión de la demanda se regulan en el art. 102 del C.cv.. Contemplando en el mismo:

1.- Los cónyuges pueden vivir separados, quedando en suspenso el deber que tienen de vivir juntos contemplado en el art. 68 del mismo texto legal. Añadiendo el art. 105 de nuestra Ley Sustantiva Civil que no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y el en el plazo de treinta días presenta demanda o solicitud a que refieren los artículos anteriores, esto es la de Medidas Previas.

Además, cesa la presunción de convivencia conyugal recogida en el art. 69 del C.civil. Se rompe la presunción de paternidad recogida en el art. 116 el mismo texto legal.

2.- Quedan revocados todos los consentimientos y poderes, contemplando tanto los expresos, como los tácitos. Dichas revocaciones no tienen efectos retroactivos.

3.- Cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad domestica. De tal forma que se protege de forma automática y sin necesidad de que se pida el patrimonio personal del otro cónyuge. Podrá solicitarse la oportuna anotación en los Registros correspondientes, aunque esta medida deberá solicitarse, se trata de una medida cautelar, y cuya eficacia frente a terceros hace necesaria su inscripción en los registros correspondientes.

## **MEDIDAS**

**Las Medidas Provisionales Previas a la nulidad, separación o divorcio que deben adoptarse se encontrar enumeran, en lista cerrada, en el art. 103, objeto de nuestro análisis.**

**a.- Guarda y Custodia.**

**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 que no ejerza la guarda y custodia 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.**

**Como ya hemos señalado con anterioridad la referencia a "cónyuges" que se hace en el texto legal, a tenor del contenido del art. 748.4 y 770.6 de la L.E.Cv, debe entenderse a "progenitores".**

**Además, la norma contempla que "Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez". Si bien esta posibilidad se configura como una medida extraordinaria.**

**Por lo anteriormente reseñado, la guarda y custodia podrá asignarse a uno de los progenitores de forma exclusiva, de forma compartida a ambos y a un tercero, si bien, esta última posibilidad es de forma excepcional.**

**Nada se dice con relación con la patria potestad, que atendiendo al art. 170 del C.cv, sólo en un proceso matrimonial podrá solicitarse la privación de la patria potestad que deberá acordarse en sentencia y no mediante Auto, tipo de resolución que pone fin a la petición de Medidas Previas, como después tendremos ocasión de analizar.**

#### **b.- Regimen de Visitas.**

La ley 15/2005, ha previsto, en el párrafo 1º del art. 103.1ª en materia de régimen de visitas, comunicación y estancia del menor con el progenitor no custodio se adoptaran....." y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia 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." . Del tenor literal del artículo podemos destacar la sustitución de la expresión anterior "el cónyuge apartado de los hijos, por la referida al "cónyuge que no ejerza la guarda y custodia. Expresión que a nuestro entender es más acorde con la realidad de nuestro tiempo.

Asimismo, reflejo de la situación social, se da cabida en la ley a medidas para evitar la sustracción de menores. Estas mismas prevenciones se recogen en el art. 158 de la C.cv.. No obstante podemos apreciar diferencias entre uno y otro texto de dichos artículos, en este último se alude al "progenitor" y no al "cónyuge" como se contiene en el art. 103 C.cv. Además, en el primero se amplía la posibilidad de que la sustracción además de alguno de los "progenitores", a quienes se refiere exclusivamene el 103 C.Cv., pueda llevarla a cabo " terceras personas".

#### **C.- Cargas del Matrimonio.**

Entendiendo el concepto de Cargas como globalizador, comprensivo de cualquier prestación económica a satisfacer por uno de los cónyuges, ya sea a favor de los hijos comunes, ya en pro del otro consorte, o bien para atender obligaciones contraídas frente a terceros, a hacer referencia en el art. 103.3ª "... La contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas",

establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.", Se añade en dicho artículo que "se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad".

Dentro de este concepto podemos considerar comprendidos:

1.- Alimentos a favor de los hijos, que deberán fijarse en consideración al nivel de vida de la familia, la capacidad económica de cada uno de los progenitores y las necesidades de los hijos.

2.- Cantidad que un cónyuge estaría obligado a abonar a otro en concepto de alimentos siempre que estuviera necesitado, de conformidad con lo previsto en los arts. 142 y sig.

Deberemos distinguir entre "alimentos al cónyuge" recogidos en el art. 103.3ª del C.civil y "pensión compensatoria" reconocida en el art. 97 del mismo texto legal. De tal modo que resulta improcedente la petición de compensatoria en provisionales, pues únicamente puede acordarse en Sentencia (Sentencia de la A.P. de Madrid, secc. 22, de 21 de septiembre 2001).

3.- Prestamos hipotecarios o personales que graven el patrimonio común de los cónyuges.

4.- La fijación de litis expensas, esto es, de una determinada cantidad económica con la que atender los gastos, suplidos y honorarios del procurador y letrado intervinientes en la defensa de los intereses de aquel a cuyo favor se reconocen. Con carácter previo a dicho reconocimiento, el cónyuge que pretenda su atribución, deberá solicitar el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita. Sólo en el supuesto de ser denegado dicho reconocimiento podrá solicitarse como

medida provisional la fijación de una determinada cantidad en concepto de litis expensas.

5.- **Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.** El criterio que deber regir para la atribución del mismo se recoge en el propio artículo 103.2ª, al " Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno... " El criterio para la atribución se establece en el "interés familiar más necesitado de protección" . En el supuesto de que existan hijos menores, se vinculará dicha decisión de forma pareja a la atribución de la guarda y custodia de los hijos. En aquellos casos en los que no hubieran hijos menores la autorización del uso será para aquel cuya situación sea más necesaria de protección.

6.- En relación con el régimen económico debemos diferenciar dos situaciones: cuando se trate de bienes gananciales o comunes que hayan de entregarse a los cónyuges, el criterio de tal atribución será "atendidas las circunstancias", esto es, de conformidad con el resto de las medias que hayan sido solicitadas o adoptadas. Y, con respecto a los bienes privativos que no están especialmente vinculados al levantamiento de las cargas del matrimonio. El juez tendrá amplias facultades para regular la administración de los mismos, siguiendo como regla general la atribución de dicha administración al titular del mismo.

#### **4.- ASPECTOS PROCESALES**

##### **LEGITIMACIÓN**

En materia de legitimación, no hemos de olvidar que ha de ser la parte quien inicie este procedimiento instando la adopción de Medidas

Previas estando legitimados cualquiera de los cónyuges ( art. 104. I, del C.cv y art. 771 L.E.V. ). Y, como señalamos anteriormente a tenor de lo dispuesto en el art. 770.6ª. de la L.E.CV. "en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio" estarán legitimados los progenitores.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha señalado que en caso de incapacidad de alguno de los cónyuges, quedará legitimado el representante legal. Si bien, no podemos olvidar el carácter instrumental de las Medidas Previas, con respecto a la demanda de nulidad separación o divorcio.

Tampoco podemos predicar la legitimación del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en los que tiene competencia y referidos, tanto, a la tutela de forma urgente los derechos de los menores ( tiene su cauce a través del art. 158, no siendo esta vía la apropiada), como, en los supuesto de nulidad matrimonial, de los matrimonios de conveniencia, dado que su legitimación estaría reducida al objeto principal del procedimiento matrimonial y no a las medidas provisionales previas objeto de nuestra consideración.

#### **COMPETENCIA.**

Los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España a tenor del contenido del art. 22 de la LOPJ. Si bien, en el ámbito de la U.E. es de aplicación el art. 20 del Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la

Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, en cuanto a la competencia, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, aun cuando en los supuestos de urgencia dicho Reglamento no impide que los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro adopten las medidas provisionales o cautelares reguladas en su propia legislación pese a la competencia del órgano jurisdiccional del otro Estado Miembro.

En el ámbito nacional, la competencia objetiva para la adopción de las Medidas Previas corresponde a los Juzgado de Familia y en su defecto a los Juzgado de 1ª Instancia. En cuanto a la competencia territorial será Tribunal competente, como antes señalamos, el del domicilio de quien las solicita. No obstante, puede que este tribunal ante el que se inste no sea el competente en materia de nulidad, separación o divorcio, que deberá presentarse ante el Tribunal del domicilio conyugal o el de residencia del demandado. El legislador fija una norma especial, art. 771 L.E.C., para estas Medidas Provisionales Previas, como ya hemos señalado anteriormente, que deben prevalecer sobre otras reglas de competencia, concretamente las contenidas en los distintos apartados del art. 769 L.E.Cv. La voluntad de establecer esta norma procesal, volvemos a encontrarla, en el art.772.1 al indicar que para confirmarlas o modificarlas se "pedirá el correspondiente testimonio cuando se hayan adoptado por Tribunal distinto del que conozca la demanda" , reconociendo expresamente, la posibilidad de que sean distintos Tribunales las que las adopten y las confirmen o modifiquen.

Otra cuestión que se plantea es acreditar el Auto dictado en las Medidas Provisionales Previas, en el supuesto de distintos Tribunales, ante el competente para resolver la oportuna demanda de nulidad separación o divorcio. Si bien, cabría presentar las medidas previas y la demanda de nulidad separación o divorcio ante el mismo Tribunal y

apreciada de oficio, mediante Auto, su falta de competencia territorial en materia de nulidad separación o divorcio, remitir las actuaciones al competente, art. 58 L.E.Cv., con testimonio del propio Auto recaído en las Medidas Provisionales Previas; en el supuesto de que existan fueros electivos, cabría requerir al demandante para que el mismo se manifieste al respecto como se contempla en la norma. En aquel supuesto en el que ambos cónyuges hubieran presentado Medidas Provisionales Previas, en distintos Juzgados, ante la imposibilidad de tramitarse ambas solicitudes de forma simultáneas, dado que podríamos encontrarnos con resoluciones judiciales contradictorias, deberán acumularse en aplicación del art. 77 de la L.E.Cv.

#### **5.-TRAMITE PROCESAL**

En cuando a la materia sobre la que tratan, ya hemos señalado anteriormente, pueden pedirse cualquiera de los efectos y prevenciones recogidas en los arts. 102 y 103 del C.cv. El artículo 1881, II, fue modificado en 1984, suprimiendo el presupuesto de la urgencia en la solicitud de las medidas previas, acomodando el tenor del mismo al contenido del art. 104 del C.Cv,. Consecuentemente, en la actualidad no es necesaria la acreditación de la urgencia para su tramitación, a excepción de aquel supuesto que analizaremos al ocuparnos de la clasificación de las Medidas Previas en la actual regulación.

#### **SOLICITUD**

La petición de medidas provisionales previas se realiza a través de una "solicitud" a la que no se exige formalidad alguna, ni siquiera la necesidad de estar suscrita por abogado ni procurador. Tampoco se exige que se acompañe documento alguno que acredite el contenido de la "solicitud". No obstante, entendemos que deberá acompañarse a falta de los oportunos certificados de matrimonio y nacimiento de los hijos, el libro de familia que acredite la existencia del matrimonio y el

nacimiento de los hijos como medio para acreditar la existencia de las relaciones matrimoniales verticales y horizontales que instan la adopción de las medidas solicitadas. Asimismo, deberá acompañarse cuantos documentos de contenido económico tenga la parte para fundamentar sus pretensiones. En el supuesto de que no se cuente con ningún dato, será el momento procesal oportuno para solicitar que se requiera a la otra parte para que aporte los datos económicos o de cualquier otra índole que se pretenda hacer valer a presencia judicial.

Como ya señalamos anteriormente, al ocuparnos de la naturaleza jurídica de las Medidas Provisionales Previas, a diferencia de lo que ocurre en las medidas cautelares no es necesario acreditar las razones de urgencia y necesidad, pues no es requisito que se contemple en el art. 771 L.E.Cv., tan sólo se hace referencia a la urgencia en el art. 771.2 de L.E.Cv como excepción que caracteriza a las previas urgentes, como hemos tenido ocasión de comprobar en líneas anteriores.

Desde un punto de vista procesal es importante la consideración que en el art. 771.1. párrafo 1 L.E.Cv se hace a la mediación, al señalar... " se intentará un acuerdo entre las partes .....", introduciéndose por el legislativo la posibilidad de que el Juez intente un acuerdo entre las partes.

Cabe destacar, como consecuencia para la parte que no comparezca a la comparecencia señalada por el Tribunal, "podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial". 770.3. L.E.Cv.

## **RESOLUCION**

La resolución judicial que ponga fin a las medidas previas revestirá la forma de Auto, contra el que no cabe recurso alguno.

## **6.- LA INCOMPATIBILIDAD CON LAS MEDIDAS PROVISIONALES COETANEAS**

Las Medidas Provisionales Previas son incompatibles con las medias provisionales, en este sentido el art. 773 de la L.E.Cv. Será la parte quien se decidirá, en cada caso, dada su voluntariedad, por la solicitud de medidas provisionales coetáneas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, frente a las medidas provisionales previas a dicha demanda.

## **7,- EL PRESUPUESTO DE SUBSISTENCIA**

Como presupuesto de la subsistencia de dichas medidas hemos de destacar la presentación de la demanda de nulidad, divorcio y separación dentro del plazo de 30 días, desde aquel de la notificación de la Resolución en virtud de la cual el Juzgador las acuerda. Bien entendido, que a tenor del art. 133.1 de la L.E.CV., el cómputo comenzara a contar desde el día siguiente al que se efectuó la notificación y acorde con el contenido del art. 135.1. del mismo cuerpo legal, hasta las quince horas del día laborable siguiente al vencimiento del plazo en la secretaria del tribunal, o , en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido.

Entendemos que del tenor literal del art. 104 del C.C. y del art. 771 de la L.E.Cv., bastará con la sola presentación de la demanda. El plazo de vigencia se notifica a las partes, añadiendo la advertencia que el mismo depende de la fecha de notificación del mismo.

El legislador no ha regulado los efectos negativos del incumplimiento de los presupuestos fijados por la norma, sólo se refiere a los positivos que como ya hemos analizado aluden a la subsistencia de las medidas previas. Pero, estos efectos perjudiciales no pueden ser otros distintos a la desaparición de las medidas previas acordadas. Si bien, dicha extinción, a tenor del art. 730.2.II de la L.E.Cv, no es automática, debe

revestir la forma de Auto. Resolución judicial que deberá contener un pronunciamiento en materia de costas, a cuenta de quien hubiera solicitado las medidas ahora alzadas dada su inactividad, esto es, su omisión. Además, cabría un pronunciamiento adicional en relación con la responsabilidad que por los daños y perjuicios se hayan podido causar a la otra parte frente a la que se han solicitado dichas medidas previas.

## **8.- SU CLASIFICACION**

Como ya señalamos anteriormente, adelantando materia, podemos clasificar las medidas provisionales en coetáneas y previas. A su vez, estas últimas, podemos dividir las en: urgentes, comunes y aquellas derivadas de un supuesto de Violencia de Género

### **a.- Medidas Provisionales Previas en caso de urgencia**

La víctima de un incidente de violencia familiar acudirá a la jurisdicción penal con el fin de obtener la tutela judicial oportuna a través de la orden de protección (art. 544 ter de la LECrim) en la que además de las medidas penales eficaces se adoptaran aquellas civiles que regulen el futuro de su situación que estudiaremos posteriormente. En el ámbito estrictamente civil el legislador ha previsto un cauce especial para lo supuestos de urgencia que no deben identificarse con violencia familiar, como ya hemos señalado pues no es a este tipo de supuesto al que se da respuesta con el contenido del art. 771.2 de la L.ECv., permitiendo la adopción de medidas " inaudita parte" . De tal modo que el Juez o Tribunal en la misma Resolución admite a tramite las medidas previas y podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos del art. 102 del C.cv., además, aquello que considere procedente en relación con la custodia de los hijos, el uso de la vivienda y ajuar familiar. Contra cuya Resolución no cabe recurso alguno, como ya hemos señalado anteriormente.

Consecuentemente, las medidas "inaudita parte" no sólo serán de aplicación en aquellos supuestos en los que exista algún episodio de violencia familiar. Pero, es evidente, la necesidad de acreditar la urgencia de tal petición, en el ámbito civil para que el Juez o Tribunal acuerde la adopción de los mismos.

El Juez, si lo estima pertinente, en el mismo Auto de admisión a trámite de las Medidas Provisionales Previas Urgentes, podrá acordar la adopción de las medidas que considere apremiantes "inaudita parte". En el contenido de dicha Resolución se podrán incluir los efectos regulados en el art. 102 del C.Cv. referidos a: la posibilidad de los cónyuges de poder vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal; quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro; cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. También, podrá acordar lo que estime conveniente en relación con la custodia de los hijos y el uso de la vivienda y ajuar familiar. En el abanico de protección de dicho Auto, no se incluyen ni el establecimiento de pensión por alimentos o contribución alguna a las cargas del matrimonio, ello por cuanto que estas medidas si admiten la pequeña demora de trámite que existe entre el Auto de admisión y el de resolución de las medidas.

La legitimación para solicitar las medidas urgentes le corresponde exclusivamente a los cónyuges en el supuesto de relaciones matrimoniales. No olvidemos que los progenitores del menor o a cualquier otro legitimado para la protección de los menores, como pueda ser el Ministerio Fiscal, tienen la vía del 158 del C.Cv.

La tramitación de las medidas "in audita parte" puede serlo, tanto, en el momento inicial al instar la adopción de dichas medidas, como, en un momento posterior, pero siempre, con anterioridad a que se dicte Auto

de medidas previas. Situación esta última a la que se puede ver abocada el solicitante por varias razones, entre las que cabe destacar: dificultad en la localizar al demandado, dilación en el nombramiento de abogado y procurador, excesivo retraso en el señalamiento de la comparecencia de medidas, etc....En el art. 771.2 no se establece trámite especial al respecto, pero no hemos de olvidar que el Auto en el que acuerden estas medidas previas por razón de urgencia, contra el que no cabe recurso alguno, tendrá una vigencia exigua, de veintitrés días, se inicia con adopción, abarca la comparecencia señalada dentro de los diez días siguientes, se prolonga por 10 días, correspondientes al periodo de prueba y finalmente, los tres días establecidos para dictar el Auto de medidas previas que sustituirá al Auto de admisión de las medidas previas urgentes "in audita parte". No obstante, nada impide que en el propio Auto resolviendo la demanda de Medidas Previas se confirmen las acordadas en el Auto de admisión a trámite "in audita parte".

#### **b.- Medidas Provisionales Previas tradicionales**

En la solicitud de Medidas Previas es suficiente un escrito en el que se consigne la identificación de los cónyuges y la petición de que se adopten unas determinadas medidas. No se establece la obligatoriedad de que se presente documento alguno, ni tan siquiera la existencia del matrimonio de los cónyuges o la existencia de la descendencia, pero entendemos que si se solicita la atribución de la custodia de los hijos, la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia o la restricción del régimen de visitas sería necesario, al menos, la exhibición del libro de familia. Además en este escrito instando la adopción de medidas se puede solicitar la práctica de pruebas documentales con el fin de que pueda obtenerse dicha información con anterioridad a la celebración de la comparecencia, también puede requerirse junto con la citación al

demandado requiriendo a este para que aporte los documentos que estén en su poder y sean necesarios.

El Tribunal, a tenor del contenido del art. 771 de la L.E.Cv., deberá citar a los cónyuges y al Ministerio Fiscal, en el caso de que hubieren hijos menores o incapacitados, a una comparecencia que se celebrará en los diez días siguientes. Entendemos que si se solicita el nombramiento de abogado y procurador de turno de oficio dicho plazo será difícil que pueda cumplirse. Entendemos que solicitado el nombramiento de profesionales adscritos al turno de oficio el tribunal deberá suspender la comparecencia hasta tanto en cuanto se haya producido dichas designaciones.

Asimismo, entendemos que solicitada por la parte el desistimiento el Ministerio Fiscal no tendría legitimación alguna para solicitarla continuación del procedimiento en contra de la voluntad del cónyuge que inicio el trámite, sin perjuicio de que a tenor del contenido del art. 158 del c.c.v el Ministerio Fiscal pudiera solicitar alguna de las medidas allí contenidas.

Asimismo, como hemos señalado con anterioridad será competente el Tribunal del domicilio del solicitante sin que exista referencia alguna al domicilio familiar.

La comparecencia deberá celebrarse en el plazo de diez días que no se suspenderá por la incomparecencia del demandado. Cuando el solicitante no estuviere asistido inicialmente por abogado, en la comparecencia podrá introducir nuevas medidas o completar las solicitada, siendo más dudosa dicha posibilidad si la solicitud estaba suscrita por letrado. En cuanto al demandado este a través de la reconvencción podrá solicitar la adopción de las que considera procedentes.

Si a dicha comparecencia acudiera el demandado y no el demandante deberá continuarse el trámite del procedimiento, salvo que la parte demandado alegare interes legitimo

**c.- Medidas Provisionales Previas en los supuestos de violencia de género.**

En la actualidad en el orden jurisdiccional penal pueden adoptarse medidas cautelares de carácter civil, con la modificación del art. 544 ter de la L.E.Crim, contempla la posibilidad de adoptar medidas urgentes a través de la "orden de protección" cuya finalidad es la de otorgar una protección integral a la víctima, permitiendo la adopción de medias cautelares: civiles, penales, además de otras asistencias y protecciones.

La Ley Organica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección de las Víctimas de la violencia doméstica, presenta como novedades más relevantes, en cuanto a nuestro interés, la creación de los nuevos Juzgado de Violencia sobre la Mujer a los que se ha atribuido competencias mixtas: tanto civiles como penales.

Esta Ley ya venido a modificar la L.O.P.J. entre otras adicionando el art. 87 ter, en el que se atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer "de forma exclusiva y excluyente..." , estableciendo a favor de dichos Juzgados una competencia "especial" frente a la general de los Juzgados civiles. Esta vis atractiva se expande a tenor del art. 49 bis L.E.Cv., adicionado también por la ley 1/2004, estableciendo la competencia de estos frente a los de Familia o de Primera Instancia.

En aquellos supuestos en los que exista la comisión de acto de violencia de genero, entendida esta como aquella que se dirige específicamente contra unas mujeres concretas, no sólo por ser mujeres, sino por la relación singular que tienen con el agresor. Están por tanto, incluidos los matrimonios, las parejas de análoga afectividad

al matrimonio y los novios, aun cuando se hayan extinguido tales relaciones.

La orden de protección que se dicte por los Jueces, comprenderá las medidas cautelares de orden civil (5 art. 544 ter L.E.Crim) que sean necesarias en cada supuesto. Algunas de tales medidas afectan al contenido de las medidas provisionales o definitivas que puedan fijarse en los procesos de familia y podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (pto.7 art. 544 ter L.E.Crim).

Estas medidas (pto.7, art. 544 ter L.E.Crim) podrán solicitarse por la víctima, también por su representante, o el Ministerio Fiscal.

La duración de las mismas será de treinta días, y dicha provisionalidad será prorrogada por un nuevo periodo de treinta días a partir de la presentación de la demanda. En este segundo periodo deberán ser ratificadas, modificadas o se dejaran sin efecto por el Juez de 1ª Instancia que resulte competente.