

ALIMENTOS PROVISORIOS: ¿ESPECIE DE LOS SISTEMAS CAUTELARES? *

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El fallo que anotamos resulta atemporal, y refleja una de las tantas resoluciones que fijan alimentos provisorios, denotando en algunos casos, una especie de "abuso de proceso", que se da en los usos forenses, por lo menos de esta Ciudad de Buenos Aires.

La jerarquización de nuestra profesión, imponen en los tiempos que corren, la necesidad de revisar conductas, medios, actividades, normas, tanto desde la labor jurisdiccional, como desde la tarea cumplida por el abogado, y fundamentalmente también desde la cátedra.

Ello nos obliga de modo irrefutable a tomar la realidad cotidiana como paradigma¹ de nuestra labor, y dentro de ella encontraremos que es usual y corriente observar resoluciones judiciales como el fallo que antes transcribimos.

"La madre por sí, y en representación de sus hijos menores, promueve inmediatamente luego de producirse la ruptura de hecho del vínculo matrimonial, una demanda cautelar solicitando alimentos provisionales, sorteando a veces la mediación previa, invocando el carácter cautelar de aquellos.

Con la declaración testimonial de dos personas en apoyo de su postura, es factible que obtenga de inmediato, en base a la exposición hecha en la demanda que promovió, una resolución judicial –como la que motiva este comentario- que obliga al futuro demandado al pago de una cuota alimentaria provisional en los términos del art. 375 del Cód. Procesal".

Hasta aquí, la presentación de los hechos del caso que tomamos para nuestra tarea, no ofrecería mayores inconvenientes, como se ve claramente reflejado en el fallo. Sin embargo, a ello le tenemos que agregar un aditamento, que dividimos en dos alternativas:

* Este trabajo fue elaborado tomando como base la ponencia presentada en el último Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en el mes de junio de 2001 en la Ciudad de San Juan, distinguiéndose de aquél en las diferencias que persigue dentro de los distintos sistemas cautelares, cuando en el anterior se puso de manifiesto la importancia de advertir el uso abusivo del proceso.

¹ Esta voz la consideramos de suma importancia para esta tarea por lo cual, para evitar confusiones señalaremos desde un punto de vista sistémico que entendemos por paradigma. Este es un esquema conceptual que no es en sí mismo ni modelo, ni teoría, sino punto de vista o enfoque muy general, desde el cual pueden generarse modelos, desarrollarse teorías, y definirse pautas para el trabajo científico corriente. La teoría general de los sistemas constituye probablemente un paradigma con su propuesta fundamental de considerar totalidades organizadas, en complementación (pero no en oposición) con el paradigma del reduccionismo, que aconseja (desde Descartes) estudiar elementos o procesos simples, separados de su contexto (Diccionario de Teoría General de Sistemas y Cibernética, Charles Francois, Ed. Gesi, Asociación Argentina de Teoría General de Sistemas y Cibernética, Buenos Aires, 1992, p. 135).

- 1) Obtenida la medida cautelar, la parte actora consolida su postura, y asume una actitud omisiva, por la cual no promueve la demanda de alimentos correspondiente para que se fijen los definitivos.
- 2) La otra variante, mucho más grave aún, es que esa cuota provisoria haya sido establecida por una cámara de apelaciones, por haber recurrido la accionante la decisión de la instancia de grado, y luego de ello tampoco se inicie el juicio de alimentos definitivo.

Conclusión: en ningún caso, el afectado por la medida, tiene a su disposición mecanismos defensivos² que le permitan revisar la decisión jurisdiccional, que eventualmente puede descolocarlo por no ser ajustada a derecho.

Frente a este cuadro nos preguntamos: ¿estamos frente a una medida cautelar o frente a un abuso de proceso?. Partimos de ésta premisa, pues el caso que planteamos no ofrece ningún rasgo de violencia familiar, sino solamente el litigio se concentra en el quantum de la cuota alimentaria, y la desmesura de la provisoria fijada por el juez, que el afectado no puede pagar.

2.- DELIMITACION CONCEPTUAL

Considero oportuno, a fin de evitar desinterpretaciones, o bien figuras con sentido ambiguo, desde la característica que posee nuestro lenguaje (textura abierta)³, precisar algunos conceptos para no caer en confusiones.

En tal sentido, no ofrece mayores dudas el alcance de los alimentos provisionales, fijado por el art. 375 del Código Civil⁴, aunque no es tan preciso el concepto de medida cautelar, por el alcance que se le otorga doctrinariamente, como lo veremos más adelante, toda vez que se produce una situación ambigua entre la letra del artículo mencionado, y la del art. 231 del Código Civil⁵, y las distintas denominaciones que se le otorgan a esas medidas.

² Nos referimos a mecanismos defensivos en sentido amplio, no restringiendo su actuación a la mera interposición de un recurso, ni de revocatoria ni de apelación, por medio de los cuales, no tiene ni la posibilidad de probar, ni la de controvertir hechos, ni menos aún de ofrecer contrapruebas que desvirtúen la posición de la otra parte, con lo cual es evidente que la restricción defensiva enuncada en la figura de un recurso, aparece manifiesta.

³ Vease en ese sentido Carrió, Genaro R., Notas sobre derecho y lenguaje, Ed. Abeledo-Perrot, 1ra. ed., 1976, p. 33.

⁴ Dispone esa norma: El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisionales para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo.

⁵ Establece el art. 231 que “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 quien corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca.

En la primera norma señalada, se indica que los alimentos provisionales o provisorios, pues indistintamente reciben esa denominación, se pueden peticionar **al promoverse el juicio de alimentos** –aquí entendemos que es el juicio de alimentos principal- **o durante su transcurso**.

En el segundo precepto mencionado, se indica que aún **antes de iniciada la acción de divorcio –en casos de urgencia-** se pueden conceder alimentos provisorios.

En idéntico sentido al expuesto precedentemente se señala en el art. 4 de la ley 24.417 (de protección contra la violencia familiar), que el juez entre otras **medidas cautelares** puede disponer una cuota de alimentos provisorios (inc. d).

Por eso, aparecen algunas confusiones dentro del ámbito de las medidas cautelares, en relación a la situación que se deriva de los alimentos provisorios, es por ello que nos preguntamos si éstos caen dentro de su órbita o no, de ahí la necesidad de marcar sus límites, precisándolas conceptualmente.

2.1.- Los sistemas cautelares

Desde una concepción tradicional, atendiendo a su objeto, resultados, a la manera en la cual se toman, y a sus características más peculiares, puede decirse que las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes, o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 C.N.), y para hacer eficaces las sentencias de los jueces⁶.

De esta clásica definición de Podetti, se advierte un abanico lo suficientemente amplio de alternativas o posibilidades para abordar a las medidas cautelares, por su alcance, por sus fines, y sobre todo por su comportamiento.

Para conceptualizar esas medidas cautelares, partiremos de la noción de sistema (real), señalando que éste puede ser definido como una entidad autónoma dotada de cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico⁷.

Por eso, cabe considerar a las medidas cautelares, como un típico sistema, el cual se inserta a su vez en otro sistema superior, y así sucesivamente en otros mayores, conforme su propia autonomía funcional (vgr.: el sistema cautelar dentro del sistema código procesal, el sistema de la organización

⁶ Podetti, J. Ramiro; Tratado de las medidas cautelares, 2da. ed. actualizada por Víctor Guerrero Leconte, Ed. Ediar, 1969, p. 33.

judicial, así hasta llegar a la Constitución Nacional), pretendiendo de tal forma superar una visión reduccionista del instituto que nos ocupa, a los fines de advertir sus interferencias con la realidad, su comportamiento en los hechos, sus propiedades, y considerar todo ello, a la luz de los fines que se ha perseguido en su instauración.

Como veremos, este sistema cautelar que aquí nos ocupa, no solo está contemplado en el art. 375 del Código Civil, sino además con un comportamiento diverso, y por ende con un alcance distinto, en la ley de protección contra la violencia familiar 24.417.

Esta nueva mirada se impone, pues cada uno de los sistemas cautelares permitirá advertir a través de su análisis, particularidades o características propias, que lo distinguen de otros, que a su vez pueden estar recibiendo una misma denominación.

Por eso es necesario que partamos de la base de determinar si los alimentos provisionales, constituyen una especie dentro de los sistemas cautelares, pues tomando el fallo modelo, sobre el que desarrollamos nuestra tarea, y estando a la letra de esas normas, nos adelantamos a señalar que no podemos concluir de otra manera.

2.2.- Las variantes de los sistemas cautelares

La ley actúa en el proceso de tres formas: para que el juez conozca, para que el juez ejecute, o bien para que el juez conserve, importando la idea de conservación, la posibilidad de que el juez mantenga o innove, sobre una determinada situación, siguiendo para ello la postura tradicional de Calamandrei⁸.

Lo cierto es que desde aquí podemos advertir la existencia de diversos sistemas que hacen al comportamiento conservativo de la ley que aquí nos ocupa.

Conservativo porque a través de él se pretende innovar en una situación de hecho determinada para evitar un perjuicio mayor, como la exposición riesgosa que importa para el alimentado la promoción de un juicio de alimentos y el transcurso del ordinario iter procesal –como lo llama Calamandrei- para la concesión y efectivización de su derechos, siendo estas dos últimas etapas claramente diferenciables, y por cierto consumidoras ambas de un tiempo por demás apreciable.

⁷ Grün, Ernesto; Una visión sistémica y cibernética del derecho, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, p. 27.

⁸ Calamandrei, Piero; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Ed. Librería El Foro, 1997, p. 34. Aclaraba este autor en relación a lo que venimos comentando que las medidas cautelares conservativas, pueden importar no solo la conservación en sí misma sino inclusive la modificación del estado de hecho existente (Ob. cit., p. 48), aspecto que remarcamos pues es precisamente el que se da en el caso de los alimentos provisorios que aquí nos ocupan.

En verdad, no requiere mayor explicación que las situaciones de urgencia, necesitan una atención especial e inmediata de parte de la jurisdicción, para que no solo puedan ser encauzadas sino además contenidas.

Pero se debe advertir, que estas medidas que tienen carácter provisional, y van a ser convalidadas luego en una sentencia definitiva, que Calamandrei las denominaba providencias interinas o temporarias⁹, y las aproxima a aquellas que su maestro Chiovenda consideraba declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva, alteran un aspecto esencial del proceso tradicional, constituido por el viejo aforismo *nulla executio sine título*, por la superposición que importa en algunos casos su aplicación, con la que resulta la pretensión de fondo o principal, que en este caso de los alimentos provisorios se refleja con absoluta claridad, de ahí que no debemos perder de vista su carácter provisional, aún cuando exista esa superposición total o parcial con aquello que deba ser objeto de una sentencia de mérito.

Por eso nuestra doctrina ha denominado como tutela anticipada, o jurisdicción anticipada, o sentencia anticipada, este tipo de actuaciones de la ley, que siempre revisten –aún superponiéndose con el fondo de la pretensión esgrimida en el proceso- carácter provisional.

No obstante, existen otras formas a través de las cuales la ley actúa en el proceso con carácter conservativo, y sin embargo no tiene relación directa e inmediata con aquello que va a ser pronunciamiento del mérito del caso.

Ejemplo de ello, lo constituye la denominada por el código como prueba anticipada¹⁰, o bien la resolución que fija una caución, en un caso, la ley persigue la mayor eficacia del proceso, propendiendo a la conservación de prueba que sea conducente para su dilucidación; en el otro caso, la ley persigue el resguardo de la responsabilidad en la que pueda incurrir quien obtenga una medida precautoria sin derecho, o también podemos tomar como ejemplo algunas actuaciones del juez en el proceso concursal, o inclusive en la quiebra cuando desapodera de sus bienes al fallido. Como vemos existen finalidades diversas en la actuación de la ley, aún cuando su alcance sea meramente conservativo –con la precisión que ese vocablo importa- desprendiéndose de ello también actuaciones diversas no solo de las partes, sino inclusive de la jurisdicción.

Baste señalar como ejemplo, la actuación que le cabe al demandado en la prueba anticipada, por oposición a la que le corresponde en oportunidad de solicitarse una medida cautelar, que es prácticamente de su esencia su trámite inaudita parte.

⁹ Calamandrei, Piero; Ob. cit., p. 58.

¹⁰ Obsérvese que el Código de la Provincia de Santa Fe, considera precisamente como medida cautelar a la producción de prueba con carácter anticipado (arts. 227 y ss.).

Todas estas variantes hacen precisamente que debamos distinguir distintos **sistemas cautelares**, de ahí que hayamos distinguido en alguna oportunidad un ámbito normal o tradicional de las medidas cautelares de un ámbito excepcional¹¹.

Dentro de esos sistemas, el que aquí nos ocupa ha sido concebido de distinta forma en la legislación e inclusive en la interpretación que ha hecho la doctrina sobre el particular.

Ninguna duda cabe que la concesión de alimentos provisionales importa un claro anticipo jurisdiccional, por lo cual en la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, su concesión deberá requerir un conocimiento mucho más afinado y preciso¹², por el alcance que posee esa decisión¹³.

Como se infiere de las distintas normas citadas, esta medida cautelar que nos ocupa, se la interpreta con alcance diverso, pues se la sujeta a la existencia de un juicio de alimentos, o bien se sostiene que se puede iniciar antes de promovida una demanda de divorcio, o bien se la puede decretar con carácter urgente, como medida cautelar.

Otras leyes inclusive le dan un alcance distinto, pues por ejemplo en la Provincia de Santa Fe, la ley de protección contra la violencia familiar 11.529, la llama “medida autosatisfactiva”, a la que dispone la fijación de una cuota alimentaria provisoria (art. 5 inc. d).

Por eso conviene que distingamos las diversas situaciones que se pueden plantear para saber como categorizar a los alimentos que aquí llamamos provisionales o provisorios, de modo de conocer su alcance, y sobre todo, el régimen al que se encuentran sujetos, en aras a la mayor seguridad jurídica que ello importa para los justiciables.

Calificada doctrina, en alusión a la ley santafesina de violencia familiar, sostiene que la medida autosatisfactiva resulta un instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar, pese a considerar que aunque sea autosatisfactiva –con apoyo en jurisprudencia- no significa que la medida dictada y cumplida se agote, pues muchas veces se requiere su seguimiento, sobre todo en estos temas que hacen a la ley de violencia familiar¹⁴.

¹¹ Rojas, Jorge A., Una cautela atípica, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 57 y ss.

¹² La Corte ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos 316:1833; 320:1633; entre otros).

¹³ En idéntico sentido se ha expedido Berizonce, al sostener que “la decisión que fija alimentos provisorios participa de la categoría de las providencias anticipatorias o interinales según la clásica distinción de Calamandrei e implica una verdadera tutela ante tempus. En atención a la urgencia del reclamo y ante la concreta posibilidad de que se frustre inevitablemente el derecho alimentario, viene el juez a componer provisional e interinamente la litis, concediendo al pretendiente que acredita la verosimilitud de su derecho un adelanto jurisdiccional, siquiera parcial, del objeto mismo de su pretensión. No se trata de una simple medida cautelar sin autonomía funcional y por tanto meramente instrumental, sino de una decisión sobre el mérito aunque interina y, por ello, sujeta a revisión en la sentencia de fondo” (La prestación de alimentos provisorios en el Código de Vélez y la moderna doctrina de la tutela anticipatoria, en obra en homenaje a Dalmacio Velez Sarsfield, v. III, p. 433 y ss.).

¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída; La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia familiar, J.A. 1998-III-693.

No obstante ello, es de la esencia de la autosatisfactiva su carácter autónomo, pues se agota con el simple despacho favorable de la jurisdicción, con lo cual cabría que nos preguntemos si estamos –en el caso que nos ocupa frente a una verdadera medida autosatisfactiva- ya que a la luz de la normativa que emerge del Código Civil, arts. 375, 376, 198, 207, entre otros, serían más las dudas que se generan que las precisiones.

Esto parte de la confusión que genera una denominación inapropiada, pues es evidente que no podemos comparar la guarda de personas, o un caso de abuso sexual, o bien una limitación a un régimen de visitas, con un alimento provisorio, aún en la hipótesis que nos enfrentemos a una situación límite, como la que se invoca en el precedente jurisprudencial del trabajo antes citado.

Del mismo modo, se ha sostenido, que en verdad la protección de personas no es una típica medida cautelar, considerándola más una medida asegurativa que se agota en sí misma¹⁵, no requiriendo de un proceso posterior, circunstancia que se acerca a la denominada medida autosatisfactiva.

Idéntico error –por supuesto que a la superposición conceptual nos referimos- se comete tanto en la parte final de la ley de violencia familiar de la provincia de Santa Fe, como en la ley 24.417, pues se deja librado a criterio del juez el plazo de duración de esas medidas, sin advertirse que allí se han involucrado a los alimentos provisorios¹⁶, con el agravante para el caso de la primera de las mencionadas, que se señala que el juez deberá observar para ello las reglas de la sana crítica, entre las cuales encontramos que una de las fundamentales es tener en cuenta los hechos controvertidos por las partes, para saber cuál de las posiciones en el pleito es la verdadera, y cómo podemos llegar a ello en el caso del dictado de una autosatisfactiva, pues así la denomina la propia ley a esas medidas.

Por eso, conviene diferenciar los distintos sistemas cautelares, observando su comportamiento, su régimen, su alcance, entre otros aspectos, los cuales en todos los casos, aunque importen un anticipo de la jurisdicción, hace que debamos considerarlos provisorios.

Es evidente que puede darse una situación extrema en la cual el juez deba fijar alimentos provisionales, y además deba fijarlos por un plazo determinado, apoyándose en la ley de violencia familiar, pero ello en ningún caso importará que definitivamente resulten inaplicables los plazos de caducidad fijados en las leyes procesales para la promoción de las acciones principales, pues no todas ellas deben ser gobernadas a la luz de esa preceptiva¹⁷.

¹⁵ Martorello, Beatriz, Protección de personas en Medidas Cautelares, dirigida por el Dr. Roland Arazi, Ed. Astrea, 1997, p. 317.

¹⁶ En idéntico sentido se han manifestado, Verdaguer, Alejandro y Rodríguez Prada, Laura; La ley de protección contra la violencia familiar como “proceso urgente”, J.A. 1997-I-833.

¹⁷ En contra Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit., p. 699.

El art. 375 del Código Civil señala que en el juicio de alimentos (desde el principio de la causa o aún el curso de ella), el juez según el mérito que arrojaren los hechos podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo.

No cabe duda alguna, por el carácter expresamente provisional que le ha dado Vélez Sarsfield al contenido de esos alimentos, que estamos frente a una típica resolución cautelar, cuando nos encontramos frente a una decisión, "al iniciarse un juicio de alimentos o en su transcurso", que establece el importe de una cuota destinada a atender las necesidades básicas del alimentado, e inclusive las expensas del pleito si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo.

Si a todo ello agregamos que las medidas cautelares aparecieron a fines del siglo XIX, en la doctrina alemana, y como pertenecientes al juicio ejecutivo, para pasar desde allí a Italia, y llegar a como las conocemos en la actualidad¹⁸, es fácil advertir que Vélez Sarsfield, no diferenció la actuación conservativa de la ley, como ley adjetiva, de la actuación sustancial de la ley, pese a lo cual aparece con toda claridad esa actuación cautelar, aunque no es menos cierto que dentro de un proceso que venía puesto por la ley de fondo, en cuanto a la forma que debía observar su trámite, y no por la ley procesal, que igualmente cuando lo concibió -por la índole de la reclamación- ni siquiera tuvo en miras el principio de bilateralidad, ya que no le cabía ninguna actuación al alimentante, pues solo era anoticiado de la condena que se le había impuesto¹⁹.

Pero con la reforma introducida por la ley 23.515 al art. 231 del Código Civil, se produjo una modificación sustancial en relación a la forma en que se puede fijar una cuota de alimentos provisional, pues ahora la norma señala que -en casos de urgencia- el juez puede hacerlo aún antes de iniciarse el proceso, aunque la redacción no es todo lo precisa que hubiera sido deseable, pues se alude a una situación puntual de divorcio o separación personal, y parecería que se pueden conceder alimentos provisionales aún antes de iniciarse la acción de divorcio.

Sin embargo, la ley de protección contra la violencia familiar 24.417, despejó todo tipo de dudas al respecto al señalar en su art. 4 inc. d), como antes lo indicamos, que el juez puede fijar una cuota de alimentos provisoria, pero aclarando específicamente esa norma que se trata de una medida cautelar²⁰.

¹⁸ Falcón, Enrique M.; Elementos de Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, T. II, p. 307.

¹⁹ En este sentido señala Kielmanovich, siguiendo a Falcón, que la ley 1144 de 1880, que era el código de procedimiento civil y comercial, regulaba un proceso de fijación de alimentos de carácter cautelar o informativo (según Alsina), con sustancial compromiso del principio de bilateralidad, o defensa en juicio del alimentante, en el que el juez podía fijar la cuota alimentaria "inaudita parte", sin ningún tipo de intervención del alimentante, violentándose así el principio de contradicción que surgía de la propia ley sustancial (art. 375), que creaba una estructura sumaria para el juicio de alimentos (Kielmanovich, Jorge L.; Procesos de familia, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 43).

²⁰ Por es importante advertir que se han planteado situaciones disímiles en la letra de la ley 24.417, no siendo en todos los casos "procesos urgentes" los que allí se conciben como consideran

Esto nos permite advertir que no todos los casos deben caer dentro de la misma órbita, o dentro de los mismos sistemas cautelares, por ende, conviene mantener el esquema tradicional de las medidas cautelares que consagra nuestro ordenamiento adjetivo, como un elemento más de trabajo para regular las relaciones de los justiciables, en tanto y en cuanto no se invoquen ni situaciones similares a las previstas en el art. 231, ni tampoco aquellas que contempla la ley 24.417.

Señala precisamente Berizonce, que esta temática (la relacionada con el consumo de tiempo por el proceso y los mecanismos superadores frente a situaciones especiales), constituye uno de los más arduos debates dentro de la doctrina procesal, considerando atinada la propuesta que le confiere a las medidas que tienen un alcance como el que aquí nos ocupa, un adecuado tratamiento legislativo, citando en apoyo de su postura el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, que en su art. 231 consagra la llamada tutela anticipada.

No compartimos el criterio expuesto por el querido maestro, pues por ese camino ya hemos señalado que se transita hacia la desvirtuación del régimen cautelar clásico o tradicional que conocemos, y que regula nuestro ordenamiento adjetivo²¹.

Esto se debe a que el código al que alude ha tomado como base para la regulación de la llamada jurisdicción anticipatoria, al art. 273 del Código Procesal de Brasil, pero mientras éste último no contempla en su introducción la frase que se incluyó en el art. 231 del pampeano, en éste se señaló incomprensiblemente, la frase: **“una vez trabada la litis”** se podrá conceder un anticipo jurisdiccional, que de algún modo importe adelantar –en todo o en parte- aquello que debe ser objeto de decisión por parte del juez en su sentencia de mérito.

Por eso entendemos, como viene claramente a demostrarse en el caso que nos ocupa, que los alimentos provisionales, importando una tutela anticipada, no podrían obtenerse si no es a través de

Verdaguer y Rodríguez Prada (op. cit., J.A. 1997-I-833), ya que la propia jurisprudencia se ha encargado de señalar que se trata en algunos supuestos de verdaderas medidas cautelares, que tendrán un régimen especial, por el mayor protagonismo jurisdiccional a través de las mayores facultades que brinda la última parte del art. 4 de dicha ley, pero que en definitiva se trata en muchos casos de típicas medidas cautelares, aunque reconocemos que en otros no sea así. Entendemos oportuno citar algunos precedentes jurisprudenciales en apoyo de nuestra postura: “La ley 24.417 (EDLA, 1995-A-21) ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a quien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato ante la evidencia psíquica o física que presente el maltratado, y la verosimilitud de la denuncia para que el juez pueda ordenar medidas que, en su esencia, son verdaderas medidas cautelares, como lo es el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial” (CNCiv., Sala A, 17/5/99, D.V., M. J. D. C/R., D.S. s/Denuncia por violencia familiar, diario E.D. del 23/8/01; ídem, íd., 2/10/2000, M.,M.R. y Otro c/P.O.C. s/Denuncia por violencia familiar; E.D. 194-668). Como señalamos de estos antecedentes se desprende un régimen especial, que si bien tiene carácter provisional, tiene particularidades propias que lo distinguen del que denominamos ámbito normal de las medidas cautelares.

²¹ Rojas, Jorge A.; ¿Jurisdicción anticipada o medida cautelar?, D.J. 1999-3-873.

una previa traba de la litis, esto es a través de una notificación de la demanda, con lo cual caemos dentro de un esquema, que desvirtúa la sustanciación tradicional de las medidas cautelares, es decir su trámite inaudita parte.

Ese exceso legislativo en el cual se puede caer hace que nos hayamos pronunciado por mantener el esquema tradicional de las medidas cautelares incólume, tal como está consagrado en nuestro código procesal, sin ningún aditamento.

Por el contrario, sostuvimos que existen diversas manifestaciones de tutela anticipada, que sí requiere una regulación más puntual y específica, debiendo repararse en el alcance del prejuzgamiento, para liberar a la jurisdicción de algunas ataduras, más atávicas que reales, pero que hacen al ámbito excepcional de estos que hemos denominado sistemas cautelares²².

Todo ello con el cuidado que deben importar estas distinciones, para evitar superposiciones conceptuales, como las que hemos referido, evitando con el dictado de leyes diversas, alcances e interpretaciones encontradas, solo por su imprecisión, como los que hemos señalado, pero que ayudan a la desnaturalización de los sistemas que nos ocupan, en desmedro de los propios intereses que se pretenden resguardar, por la inseguridad jurídica que generan.

3.- ¿ ABUSO DE PROCESO O COMPORTAMIENTO ANTIETICO?

¿Qué es lo que refleja nuestra realidad actualmente? Es simple. El reflejo es el caso que hemos planteado al comienzo de este trabajo. Se promueve una demanda de alimentos con carácter provisional. Se saltea la mediación previa por su carácter cautelar. O bien, si se lleva a cabo y fracasa, a los fines de la actuación de la jurisdicción esto resulta irrelevante, pues la medida que se solicita tramita inaudita parte, y luego de obtenida, conforme con ella, se asume una actitud omisiva, y se ejercita una injustificada presión a través de un proceso que no ha sido tal.

Es cierto que se puede recurrir la decisión una vez notificada, pero no es menos cierto que las posibilidades restringidas que brinda el recurso de que se trate, nos inhibe, entre otras cosas, de aportar pruebas.

También es cierto, que en algunos casos las cuotas son fijadas por la cámara de apelaciones, por haber sido recurrida la decisión por el alimentado, con lo cual el mecanismo defensivo del alimentante se ve totalmente reducido.

Resulta difícil pensar en la reducción, o la modificación de la cuota alimentaria por vía incidental, pues nos encontramos frente a una decisión de carácter provisional.

²² Véase en el sentido expuesto, nuestro comentario junto con el Dr. Arazi, al art. 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado, y concordado, T. II, p. 578 y ss.

Por lo tanto, nos preguntamos si constituye una medida cautelar el caso que nos ocupa, o bien un verdadero abuso del proceso, por medio del cual se genera una actitud que raya lo extorsivo hacia el alimentante, al privárselo de los mecanismos defensivos de los cuales puede intentar valerse en un verdadero proceso de alimentos, en el cual sí tiene derecho a producir prueba -con ciertas limitaciones- pero en definitiva, en aras a la demostración de algunos de los derechos que le asisten.

Como vemos, el caso que nos ocupa se plantea en una zona gris, pues al impulsarse la maquinaria judicial a través de una medida cautelar, luego sin caer en ninguna actuación que merezca una sanción específica de las que contempla la ley, podemos advertir que se incurre en un típico abuso, por la omisión de promover el juicio de alimentos correspondiente para permitir que el demandado se defienda y obtenga una sentencia ajustada a derecho.

El mantenimiento de ese status quo, se debe precisamente a la corruptela que se ha instalado en nuestros usos forenses, y constituye un claro ejercicio abusivo de los derechos a través de un proceso judicial, que no solo tiene carácter provisional, sino además instrumental, pues en verdad constituye un mero procedimiento, o medida, que responde a un proceso principal, que en algunos casos jamás cobra vida.

Y como se habrá advertido, constituye un paradigma -con el alcance que lo señalamos al comienzo- pues surge como actuación judicial concreta de nuestra realidad cotidiana, que marca, desde el punto de vista subjetivo, un comportamiento no solo del litigante que se aprovecha de una actuación por cierto ventajosa, que genera a partir de esos usos, sino además de una actitud omisiva de la jurisdicción, que no tiene en cuenta la letra de la ley, pues el art. 207 del Código Procesal establece un mecanismo de caducidad de este tipo de cautelares, que debe tener plena aplicación.

Esto entendemos que se debe a la interpretación -con absoluta laxitud- que se hace del régimen de estas medidas cautelares en el proceso de familia, sin advertir el carácter sistémico que las informa, toda vez que su correcta interpretación no requeriría de mayores esfuerzos para aplicar, como correspondería, la letra del art. 207 antes referido cuando no es promovida la acción de alimentos principal.

No podemos concluir de otra forma, pese a que en la actualidad se están observando situaciones atípicas -como por ejemplo- la fijación de un plazo dentro de las propias interlocutorias como la que aquí nos ocupa, a fin de compeler a los interesados a la promoción del proceso de alimentos principal que corresponda.

Sin embargo, entendemos que esas situaciones se generan a partir de la letra de la última parte del art. 4 de la ley de protección contra la violencia familiar, cuando no debería interpretarse así en todos los casos, pues allí se señala que "el juez establecerá la duración de las medidas dispuestas de

acuerdo con los antecedentes de la causa”, con lo cual cabe que nos preguntemos si es el juez quien puede determinar la duración de los alimentos provisorios de acuerdo con los antecedentes de la causa.

Es evidente que la respuesta será positiva si se trata de la aplicación de la ley de protección contra la violencia familiar, pero no en todos los casos se trata de situaciones similares, por ende, no puede romperse el sistema creado por el legislador dentro del Código Procesal, en todos los casos, sin que se observen los recaudos que hacen a la procedencia de las medidas cautelares.

Puede suceder que se pague la cuota alimentaria fijada como provisorio, puede suceder como el caso que nos ocupa, que la misma resulte exorbitante y por ende de imposible cumplimiento para el obligado, y puede suceder también que aún en esas condiciones, la parte actora no promueva el juicio de alimentos principal, brindándosele al accionado las posibilidades mínimas de defensa, con lo cual cae en saco roto la letra del art. 207 del Código Procesal.

Esto nos obliga a repensar el sistema cautelar que aquí nos ocupa, que importa un anticipo jurisdiccional, a la luz del régimen de las medidas cautelares que consagra nuestro ordenamiento adjetivo.

La jurisprudencia ha sostenido sobre el particular que la preceptiva legal correspondiente a las medidas cautelares tiene carácter general y por tanto aplicable ante cualquier relación jurídica siempre que se acrediten los extremos que las tornen procedentes²³.

Por eso consideramos que no debemos desvirtuar su utilización generando situaciones contrarias a derecho, precisamente por no observar las normas que resulten de aplicación al caso concreto.

4.- CONCLUSIONES

Es evidente que a modo de conclusión tenemos que cerrar nuestro análisis consintiendo la existencia de un ejercicio abusivo del proceso, que proviene por un lado del litigante que sin observar los principios de lealtad, probidad y buena fe, excede el marco de una medida provisional para instaurarla como mecanismo de presión, al no permitirle el ejercicio de defensa -entendido con la amplitud que brinda el juicio de alimentos- a favor del demandado.

Pero por otro lado, existe una actuación también omisiva de la jurisdicción, precisamente por convalidar lo actuado, y sustanciar la medida cautelar, omitiendo la letra de la ley, en cuanto a su duración y consiguiente caducidad.

Se podrá sostener que el propio Código Procesal señala en el art. 645, que no se puede producir la caducidad de las cuotas alimentarias devengadas a favor de un menor, pero esto no empece a lo

²³ CNCiv., Sala B, 30/12/92, B., H. H. Cc/Z., A.R. s/Disminución cuota alimentaria.

expuesto, toda vez que no se puede producir esa caducidad desde el punto de vista sustancial, pero si se puede producir desde el punto de vista procesal la caducidad de la medida impetrada, aún manteniéndose incólumes los derechos que le asisten a los menores.

El propio Código Procesal lo señala en la norma antes citada, y así lo ha interpretado la jurisprudencia, poniendo en cabeza de los representantes de los menores el ejercicio de sus derechos, y por ende las consecuencias que acarrea su falta de utilización, o la desidia en su reclamo²⁴.

Por eso, desde una óptica sistémica, comprobamos que las medidas cautelares son tomadas -con la visión reduccionista o analítica tradicional- y de ellas se extraen principios o comportamientos que van marcando una idea de su desarrollo, sin advertir que su aplicación resulta diversa según el sistema utilizado, y por ende resulta imperioso advertir funcionalmente estas diferencias para la correcta utilización por parte de los operadores.

²⁴ De tal forma se ha resuelto que la obligación alimentaria tiene como finalidad directa e inmediata la satisfacción de una necesidad real e impostergable; de ahí que la falta de actividad del beneficiario en orden a lograr el cobro hace presumir la falta de necesidad, salvo que se demuestre que se vio razonable o seriamente impedido para reclamar lo atrasado. La valoración de la conducta del alimentado en tales circunstancias queda librada al prudente arbitrio judicial. La admisión del reclamo acumulado de cuotas atrasadas, que la propia conducta de la alimentada mostró como innecesarias, implica contrariar los propósitos sociales y económicos de la ley (CNCiv., Sala C, 29/2/96, A. de A., N.N.I. y Otro c/A., A, L.L. 1996-B-603).