

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuestro país, es porque quiso comprometer mediante un acto de confianza pública su actividad en el sentido de mantener el equilibrio de las partes. Si hay desequilibrio, que sea voluntariamente asumido por los contratantes.

Lo cierto es que el art. 6° de la ley 21342 está vigente, tan cierto como que en la anterior administración hubo dos o tres decretos que efectuaron quitas de precios de las locaciones corrigiendo la pauta de reajuste acordada por las partes. Sin embargo, no hubo actividad jurisprudencial, y no la hubo porque fueron casos de hurtos famélicos. Nadie hace un juicio por un bife, por una papa, por un 0,3 por ciento de corrección mensual. Pero la ley fue violada.

En orden al bien común - este ya es el tema de filosofía jurídica - y qué es conveniente para la sociedad, va de suyo que las leyes son hechas por lo menos invocando aquel bien común, pero este último no se logra a veces en forma directa, sino indirecta. De hecho, si recurrimos a nuestra memoria vamos a ver que cuando se liberaron las locaciones hubo más alquileres en el mercado, hubo mayor confianza. El bien común se intentó mediante una inyección de confianza en los propietarios. Eso es lo que se mantiene en la ley 23091, que no cambió el tema, y sigue hasta el presente a través del Código Civil.

El bien común se logra por medio de la satisfacción de cada uno de los bienes particulares.

Yo creo en la obtención del bien común a través del ejercicio ético de las libertades individuales.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Doy por concluida la reunión y les reitero mi reconocimiento.

Tema: DERECHO ALIMENTARIO: LÍMITES

Relatores: PROFESORES DOCTORES ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ADRIANA WAGMAISTER Y NELLY MINYERSKY

Fecha: 15 DE SETIEMBRE DE 1992

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - La mesa redonda de hoy se jerarquiza con la presencia de tres destacados juristas, a los que voy a aludir, como siempre lo hago, en función del orden que e]los acordaron para sus exposiciones: el doctor Abel Fleitas Ortiz de Rozas, la doctora Adriana Wagmaister y la doctora Nelly Minyersky.

Escuchamos al doctor Fleitas Ortiz de Rozas.

DOCTOR FLEITAS ORTIZ DE ROZAS.

El tema de los derechos y las obligaciones alimentarias ha merecido una gran elaboración doctrinaria y con él nos encontramos cotidianamente.

En la enseñanza de mi materia, Familia y Sucesiones, algunos temas han

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quedado muy atrás, son históricos, con escasísima aplicación en la jurisprudencia. Pero no es este el caso de los alimentos, que constituye uno de los temas más vivos, actuantes y constantes.

El enfoque que se propone para esta mesa redonda es el referido a sus límites, curiosa forma de expresarlo, ya que hablar de los límites del derecho alimentario, es hablar de sus alcances, implica ponerse tanto en el lugar donde termina, como hasta donde llega.

Haré una pequeña reseña de los aspectos que se pueden tomar en cuenta para considerar los límites o alcances de este derecho en función de los distintos elementos o factores que concurren a su existencia.

En primer lugar, analizaremos hasta dónde llega atendiendo a los beneficiarios y dónde termina. Es necesario distinguir tres niveles o regímenes jurídicos diferentes: el derivado de la patria potestad, el del parentesco y el del matrimonio.

En lo que se refiere al derivado de la patria potestad, el límite del derecho alimentario para el hijo está dado por su acceso a la mayoría de edad o por su emancipación por matrimonio. Queda un interrogante en el caso de la emancipación por habilitación de edad, que si bien actualmente necesita el consentimiento del hijo, antes de la última reforma hubo casos de jurisprudencia que entendían que esta emancipación no hacía cesar de por sí este derecho, con un argumento atendible, que era que mediante el fácil manejo de la emancipación, un padre podía dejar de prestar alimentos a su hijo, desnaturalizando el sentido de la institución.

Se podría citar el debate sobre el proyecto de disminución de la mayoría de edad a los 18 años, límite en que terminaría el derecho alimentario o si podría prolongarse hasta los 21 años. Una iniciativa del doctor Belluscio consideraba la posibilidad de prolongar la obligación hasta la edad de 25 años si el hijo estuviera estudiando y por tanto no trabajara, antecedente que tomaba de la jurisprudencia francesa.

Por otro lado están los alimentos derivados del parentesco. Dentro de los parientes obligados se encuentran los consanguíneos en línea recta, los hermanos y medio hermanos. Anteriormente quedaba fuera de este límite el hermano extramatrimonial o ilegítimo, discriminación que fue eliminada por la ley 23264. Asimismo, los parientes por afinidad, que el antiguo art. 368 del Cód. Civil limitaba al yerno y nuera y suegro y suegra; la reforma de la ley 23264 dispone que se deben alimentos únicamente aquellos que estén vinculados en primer grado. De esta manera quedan incorporados dentro de sus límites el hijastro y el padrastro, ya que parecía injusto que, por ejemplo, una persona contrae matrimonio con otra que tiene hijos de un matrimonio previo, se crían con ellos y crean un vínculo lo suficientemente importante como para que no quede excluido de la obligación alimentaria. Sin embargo, han quedado incorporados otros supuestos, como el caso del cónyuge abandonado por quien, posteriormente, tiene hijos extramatrimoniales, en violación de sus deberes matrimoniales, quien podría verse obligado a alimentarlos, ya que técnicamente son afines en primer grado.

El tema de los límites tiene un doble juego, porque no sólo se refiere a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personas comprendidas, sino también a las obligaciones y derechos por el escalonamiento o subsidiariedad de los mismos. Así, los primeros obligados son los ascendientes y descendientes, y entre ellos los más próximos en grado, en igualdad de grado, los que estén en mejores condiciones para prestarlo, y luego los hermanos y medio hermanos. No existiendo parientes consanguíneos con posibilidades para proporcionarlos, se puede llegar a los afines, lo cual también muestra un escalonamiento de estos derechos. No obstante, hay quienes piensan, siguiendo la doctrina italiana, que esta subsidiariedad no tiene por qué ser absoluta en el sentido de que sea posible llegar a cobrar concurrentemente, por ejemplo, a un hermano, cuando hay ascendientes o descendientes con una insuficiente - pero no inexistente - capacidad alimentante.

En cuanto al tercer caso, el derivado del matrimonio, el límite del derecho alimentario está marcado por las circunstancias de la separación legal, del divorcio o de la nulidad del matrimonio.

Si hay separación personal o divorcio, ya sea en los casos del art. 205, presentación conjunta, o del art. 204, separación de hecho previa, o del art. 202, para el culpable, o el que hace la demanda que establece el art. 203, uno de los cónyuges va a ver reducido o limitado su derecho a circunstancias de excepción. El derecho alimentario amplio que tiene un cónyuge frente al otro, pasa, tanto en los casos de culpabilidad como de causales objetivas, al caso de toda necesidad del art. 209. Aquí, en función de esa calificación o de las circunstancias de la separación, existe una reducción.

El caso de la nulidad del matrimonio es más claro, ya que el contrayente de mala fe carece de todo derecho alimentario, mientras que el de buena fe mantiene los de toda necesidad del art. 209, quedando en una situación similar a la del separado o divorciado culpable.

Hay otro aspecto que también implica límites: en el caso de alimentos entre parientes, se agrega otra condición, que es la referida a las necesidades del alimentado y los recursos del alimentante, que pone un límite adicional, que no existe del mismo modo en la relación derivada de la patria potestad, o del matrimonio, salvo el caso residual del art. 209.

También podemos enfocar el tema desde el contenido del derecho alimentario. ¿Qué significa prestar alimentos? ¿Qué se entrega? ¿Hasta dónde llega la obligación? ¿Cuáles son los gastos que debe solventar el alimentante? Algunos supuestos son muy amplios, como los alimentos derivados de la patria potestad, art. 265, o los derivados del matrimonio, art. 198, o los del separado o divorciado inocente, art. 207. Por otro lado, se encuentran los alimentos restringidos del art. 209, que se limita a las prestaciones indispensables para la supervivencia.

Otro aspecto nos lleva a la incidencia del divorcio vincular en la obligación. Se discute si disuelto el vínculo hay propiamente un derecho alimentario o si esa obligación que subsiste tiene otra naturaleza que algunos juristas denominan "prestación compensatoria".

Asimismo, incide en el derecho alimentario el factor tiempo: ¿Desde cuándo es exigible la obligación?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Conforme el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 644, y la jurisprudencia, la sentencia en una acción de alimentos es retroactiva a la fecha de interposición de la demanda. Se presenta la siguiente duda: este límite temporal, ¿es inexorable o puede ser salvado si quien demanda ha constituido previamente en mora al alimentante? Podría sostenerse, de acuerdo con el Código Civil, que si ha habido constitución en mora, la cuota fijada es retroactiva desde ese momento, aunque el mismo haya sido anterior a la demanda.

Por otro lado vemos limitado el ejercicio del derecho alimentario por la pérdida de la acción o de la posibilidad de cobro de los alimentos, ya sea por prescripción, por el plazo de cinco años, conforme el art. 4027, o por la caducidad o presunción de caducidad del derecho, determinada por la jurisprudencia y recogida luego por el C.P.C.C.N., art. 645, que deriva de pasar un largo período de tiempo sin que el alimentado efectúe ningún gesto o acto dirigido a cobrar alimentos y que crea la presunción, salvo prueba en contrario, que no los necesita.

El tema de la incidencia de la autonomía de la voluntad, con relación a los límites del derecho alimentario, es rico y complejo.

Si bien los alimentos pueden ser materia de convención, el art. 374 del Cód. Civil pone una clara restricción al no permitir renunciar, ni compensar, ni ceder, ni transar este derecho. En general, la doctrina entiende que no se puede renunciar al derecho a los alimentos para el futuro, pero sí pueden renunciarse los pasados o retroactivos. Lo mismo ocurre con la cesión, la prohibición de ceder o transmitir entre vivos o mortis causa se entiende referida a los alimentos futuros y no a los devengados, que forman parte del patrimonio efectivo del alimentado. Este criterio se complica cuando queremos aplicarlo a la compensación, porque este es un instituto que opera con las obligaciones vencidas y no con las futuras.

Tampoco se permite hacer transacciones en materia de alimentos, conforme el art. 374. Sin embargo, está admitida la posibilidad de convenir el monto de la cuota y sus modalidades. La cuestión radica en determinar hasta dónde llega la posibilidad permitida de convenir y dónde, en cambio, empieza el límite o la prohibición de hacer del derecho alimentario un objeto de transacción.

No es el objetivo de esta exposición dar respuesta a todas las alternativas, sino dejarlas planteadas en forma de considerar los distintos aspectos comprendidos por el derecho y las obligaciones alimentarias.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Por ineludibles circunstancias personales ha debido retirarse el doctor Fleitas Ortiz de Rozas. Escucharemos a la doctora Wagmaister.

DOCTORA WAGMAISTER.

Hace unos años leí el análisis y los resultados de una investigación que en los Estados Unidos había realizado una profesora de sociología en una universidad de su país respecto de una preocupación que surgió cuando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre los años 1970 y 1980, 48 estados norteamericanos adoptaron el divorcio no culposo.

Noté que esa reforma - motivo de la investigación - que había tenido como finalidad evitar el dolor, el estigma y el daño que provocaba el divorcio litigioso y culposo, empezaba a traer consecuencias no deseadas desde el punto de vista económico y social en las mujeres y en los niños. Ello dio lugar a que esta profesora se pusiese a estudiar esas consecuencias, y luego de una investigación que le demandó diez años sobre la aplicación de esas leyes llegó a conclusiones muy preocupantes.

Una de las estadísticas que ella incluyó en su investigación, que yo calificaría de aterradora más que de preocupante, señalaba que las mujeres divorciadas y sus hijos veían reducido su estándar de vida anterior al divorcio en un 73 por ciento, mientras que los hombres lo incrementaban en un 42 por ciento. Esto me hizo pensar por qué una reforma realizada con muy buenos propósitos por la finalidad que perseguía, causaba efectos tan desastrosos en esas mujeres y en esos niños.

Una de las conclusiones a la que ella había arribado sostenía que esas mujeres se empobrecían porque la interpretación de los tribunales sobre la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres después del divorcio, no tenía en cuenta las desigualdades económicas que se habían creado durante el matrimonio.

Adviértase que cuando llegaban al momento del divorcio y de la división de bienes y del juego igualitario de deberes y derechos, los tribunales no tuvieron en cuenta que el marido había desarrollado un poder potencial de ganar dinero en su carrera profesional o laboral que se llevaba consigo después del divorcio, frente a la limitación laboral de la mujer que durante el matrimonio quizá se había dedicado a la atención del hogar y a la crianza de los hijos.

En ese aspecto, este cuadro se agrava más aún en el caso de madres jóvenes que se ocupan full time de cuidar sus hijos, o de amas de casa ya mayores que han consagrado sus vidas a llevar adelante el hogar y repentinamente, más allá de la mitad de su existencia, se encuentran con que frente al divorcio la ley trata al hombre y a la mujer en las mismas condiciones.

Y aún hay otro grupo que llamaríamos de mujeres en transición, es decir, en ese paso de la vida de señora casada y madre, a mujer divorciada.

Si bien tenemos en cuenta los puntos en especial que trata nuestra ley sobre la manera en que se fija la prestación alimentaria posterior al divorcio, las conclusiones que estoy señalando de esa investigación demuestran que la previsión legal resulta insuficiente a los fines de resolver este problema puntual. De estos datos surgiría que la mujer que no trabajó durante el matrimonio, y que no tiene entradas propias, está en situación de vulnerabilidad para llegar a posibles acuerdos, ya que tiene que resolver su problema económico. Y yo les diría sin considerar este tema de la transición, la ley se refiere a la igualdad jurídica del hombre y la mujer.

En este momento recuerdo un caso de divorcio que comentamos en La Ley, 1987, t. E, pág. 201, con un interesante pronunciamiento de la Sala F. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

marido consideraba que la mujer había incurrido en injuria como causal de divorcio culposo por no haber atendido debidamente el orden del hogar. Ese comentario lo llamamos "Valoración de los hechos y distribución de la culpa en el divorcio por injurias". Nos preocupaba la manera en que el tribunal había distribuido las culpas en virtud de lo que había entendido era el deber que debía cumplir cada uno en el matrimonio.

Pienso que en nuestra sociedad aún formamos a hombres y mujeres con una idea distinta de cuál debería ser el rol de cada uno. Si estamos formando hombres y mujeres que puedan manejar el tema de cuál es el papel de cada uno de ellos dentro del matrimonio y estamos hablando de igualdad, hay que establecer si esa igualdad es respetada en los hechos y de qué manera vamos a juzgar esa misma igualdad una vez decretado el divorcio.

Volviendo a la investigación a la que me estoy refiriendo, una de las conclusiones a que llega la investigadora es que ha desaparecido la protección que la ley daba a la mujer casada. Dice textualmente: "Libera al hombre de las obligaciones y libera a la mujer de su protección". Frente a esta situación yo preguntaría: ¿Qué nos queda? ¿Tendríamos que volver a situaciones anteriores?

Al señalar las conclusiones de esta investigación estoy tratando de hacer en este sentido un parangón con el contenido de nuestra ley. ¿Qué pasa con la obligación alimentaria del hombre divorciado respecto de sus hijos? Es un lugar común decir que la cuota que se fija es inadecuada, que una vez establecida es incobrable y que generalmente permanece impaga. Y esto agrava la situación que recién describíamos.

Pensamos que lo importante es tener en cuenta cuáles son esos efectos sociales posteriores al divorcio y fundamentalmente los emocionales en los niños.

Si seguimos manteniendo el tema de la igualdad, que ya recogen todas las legislaciones, no podemos obviar que después del divorcio la mujer está presionada por la exigencia de autoabastecerse y por tener los hijos a su cuidado; téngase presente lo que recién dijimos, que la cuota alimentaria no se paga y es incobrable. Esos hijos, en un momento difícil de sus vidas, no sólo tienen menos papá, que ya no vive con ellos, sino que tienen menos mamá, que está más urgida que nunca de salir a competir en el mercado laboral porque tiene que autoabastecerse y, aún más, hacerse cargo de las necesidades de sus hijos. En estos casos pareciera que el ejercicio de la paternidad, por las conductas que nosotros conocemos, fuera una función optativa después del divorcio, mientras que sobrecarga a la madre con su propio sostenimiento y la manutención de sus hijos.

Después de conclusiones tan amargantes, ¿qué nos quedaría por hacer? ¿Estuvo mal la reforma, la vamos a cuestionar? De ninguna manera, hay que buscar otros medios porque toda ley, más aún aquellas que se ocupan de aspectos de la familia, tienen que ver con creencias, con conceptos, con ideologías, y entonces deben ser continuamente revisadas, corregidas, perfeccionadas. De ahí que universalmente este tema haya preocupado, y en el derecho comparado se hayan ensayado diversas soluciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En los Estados Unidos se ha tratado de resolver el problema de distintos modos. Por ejemplo, pensando - lo señalé hace unos momentos - que la carrera que ha podido desarrollar el marido, el perfeccionamiento que ha logrado a través de los años de matrimonio tiene un valor, mientras la mujer, durante esos años, ha cumplido un papel que a él le ha permitido crecer, por lo cual de algún modo hay que reconocer este funcionamiento diferente - no estamos hablando de mejor o peor, sino diferente - asignándole un valor. Así, el tema ha sido manejado a través de una distinta división de los bienes, o de una reparación de daños y perjuicios, o de un modo determinado de tratamiento de los alimentos como una compensación. El nombre que le pongamos es indiferente, lo que interesa es el énfasis que se pone en cuál es la finalidad perseguida. Y la finalidad es compensar las diferencias en la organización que ha tenido esa familia respecto del marido y de la mujer.

Así como hacíamos hincapié, al referirme a esa investigación, en el lugar en que queda la mujer por el rol que ha desempeñado durante el matrimonio, he traído algunos fallos de los Estados Unidos en los que se tuvo en cuenta el apoyo que la mujer, con su trabajo, brindó para la formación del marido.

De pronto cambiamos. Antes hablamos de un hombre que trabajó, se desarrolló, pudo formar un potencial laboral, mientras que la mujer quedó en su casa, crió a los hijos, cuidó del hogar y en el momento de la separación carece de entradas propias y aún sin posibilidades de trabajar, y si antes trabajó ya quedó desactualizada o si estudió también su conocimiento se desactualizó como para poder competir con éxito en el mercado laboral.

Voy a leer algunos casos, porque es interesante establecer de qué manera se fueron planteando las diferencias que los tribunales en algunos fallos han aceptado y en otros no han dado curso a la petición; pero lo rescatable para nosotros es qué se ha pedido y en virtud de qué se ha solicitado.

Kentucky fue el primer Estado que reconoció una compensación a la esposa que sostuvo los estudios de su marido. En uno de los casos se trataba de una pareja que se conoció siendo ambos estudiantes. Ella trabajó para financiar los estudios de medicina de su esposo. Al año de concluida la residencia hospitalaria se separaron y el tribunal valuó el costo de la carrera y reconoció a la mujer el 20 por ciento de ese valor que recibiría de su marido durante cinco años como adicional de la cuota alimentaria.

En otro caso se entendió que el título de abogado del marido era inversión familiar y el mero reembolso de lo gastado no era suficiente para indemnizar a la esposa, que trabajó para costear los estudios de él.

Como puede advertirse, se trata de casos en los que la mujer trabajó para que el marido pudiera estudiar.

En otro caso el tribunal decidió que debían compartirse los beneficios futuros del ejercicio de la odontología, matriculación profesional obtenida durante el matrimonio, y exigió al marido dar a su mujer el 25 por ciento de las entradas netas anuales durante cinco años. Este criterio fue reiterado en otro caso en el que se trataba de un veterinario.

Otros estados, como el de Florida, adoptaron el criterio de resarcir al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cónyuge no graduado sólo cuando la ruptura se produce al poco tiempo de la obtención del título, desestimándolo si transcurrió un período mayor por entender que ya había quedado satisfecha la inversión realizada por el goce de sus beneficios.

Un caso de sumo interés es el de "Sullivan v/Sullivan". Durante los once años en que estuvieron casados, la esposa mantuvo a la familia trabajando como analista de sistemas para que el marido estudiara medicina. Al momento del divorcio, solicitó que se le compensaran sus esfuerzos y sacrificios, aclarando que no pedía alimentos porque tenía un buen sueldo. Después de seis años de litigios y apelaciones, el reclamo fue rechazado. La mujer interpuso recurso ante la Suprema Corte de California, y estando pendiente su resolución, la Legislatura dictó una ley por la cual las contribuciones para la educación o entrenamiento de una de las partes que mejora sustancialmente sus posibilidades de ganancia, deben ser reembolsadas. Si la ruptura acontece diez o más años después que la contribución comenzó a redituarse, se asume que el cónyuge prestador fue ya favorecido por los ingresos de la comunidad y el mejoramiento del nivel de vida. El 31 de diciembre de 1984 la Suprema Corte devolvió el expediente al tribunal inferior para que dictara nueva sentencia a la luz de la nueva ley, que entró en vigencia a partir del 1° de enero de 1985.

Dentro del derecho comparado, también les quiero dar la solución que trae Alemania. En este sentido, el Código Civil de la República Federal de Alemania, en su artículo 1575 dice: "Derecho a alimentos durante la educación, perfeccionamiento, readaptación profesional". La denominación se debe a que esta ley es de 1975.

1) "Un cónyuge divorciado, quien antes o durante el matrimonio no había iniciado una educación escolar o profesional o la había interrumpido, podrá exigir alimentos al otro si se matriculara en una de éstas u otros tipos de formación para obtener una adecuada actividad remunerada, para asegurarse con eficacia los alimentos y sea de esperar la conclusión exitosa de la formación. El derecho subsistirá hasta el momento en que sea concluida tal formación; en ello se tendrán en cuenta los retrasos por la condición conyugal".

2) "Se aplicarán análogamente si le permite al cónyuge divorciado perfeccionarse o profesionalizarse, para compensar desventajas que hubieran sobrevenido por causa del matrimonio".

3) "De exigir el cónyuge divorciado alimentos, luego de finalizada la educación, perfeccionamiento o readaptación profesional, según artículo 1573, entonces en la asignación no se considerará el mayor nivel alcanzado en su formación para una adecuada actividad remunerada".

El artículo 1573 trata el derecho a alimentos por actividad con remuneración insuficiente.

También quiero leer la previsión del Código Civil francés que se refiere directamente a la prestación compensatoria.

"De las prestaciones compensatorias. Artículo 270 - El divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el artículo 212 del Código Civil, salvo que fuere pronunciado por razón de la ruptura de la vida común; pero cualquiera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los esposos puede ser obligado a satisfacer al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El tema sigue hasta el artículo 280.

Quedan planteados el tema, la preocupación y las distintas soluciones arbitradas, y tenemos que pensar de qué manera podemos completar las reformas, que en el ámbito del derecho de familia han sido intensas, ricas y satisfactorias en estos últimos años.

- Aplausos.

DOCTORA MINYERSKY.

Las exposiciones precedentes nos movilizan y estimulan. Coincidiendo con los colegas, debo recalcar que si existe una temática dentro de la de los derechos subjetivos familiares en la que todos debemos trabajar, estudiar y profundizar, es la que hace a los derechos subjetivos alimentarios.

Esta afirmación se encuentra ratificada al observar los datos que arroja la investigación aludida que guarda un singular paralelismo con otros obtenidos en estudios efectuados en diversos países. Es de lamentar que en nuestro medio aún no se realicen investigaciones sociojurídicas, tan importantes por la estrecha vinculación que guardan con la eficacia y efectividad de las normas.

Dentro de las relaciones de familia una de las obligaciones que no se cumple en la proporción debida es la alimentaria. La creación de fondos compensatorios en algunos estados tampoco brindó resultados satisfactorios en cuanto a la solución de esta problemática. Todos sabemos que los fondos compensatorios son organismos a través de los cuales el Estado - en aquellos países donde fueron creados - asume la obligación alimentaria frente al incumplimiento del particular obligado. El Estado se subroga e inicia las acciones pertinentes en contra del deudor alimentario, asumiendo la obligación las características de una deuda fiscal. La experiencia indica que el funcionamiento de estos fondos compensatorios en general ha sido dificultoso, los trámites son complicados y en la mayoría de los supuestos solamente se cubren cantidades mínimas.

Antes de entrar en la temática específica que nos ocupa deseo acotar que toda referencia al derecho de alimentos, así como todo tema del derecho de familia, debe ser tratado en forma interdisciplinaria. Los juristas podemos elaborar leyes cada vez más perfectas, profundizar algunos temas, procurar una justicia más ágil, pero el alto grado de violación del derecho subjetivo familiar alimentario nos muestra que hasta ahora no hemos logrado encontrar el camino que garantice el derecho a alimentos que, en última instancia, es el derecho a la vida.

Convocados a analizar el tema objeto de esta mesa redonda, la primera reflexión al respecto es qué debe entenderse por "Derecho alimentario. Su límite".

Dentro de la aparente amplitud de la terminología utilizada decidimos elegir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algunos aspectos (algunos límites) que nos parecieron importantes, ya fuera por las últimas modificaciones legislativas efectuadas o a efectuarse, como por la nueva problemática sociocultural que los mismos implican.

El derecho alimentario de los afines, la obligación alimentaria de los abuelos y las modificaciones legislativas en estudio en el Parlamento respecto a la mayoría de edad, son los tres temas sobre los cuales trataremos de reflexionar.

Dichas estas palabras como introducción corresponde entrar en materia, y lo hago señalando en primer lugar lo difícil y apasionante que es legislar y cómo a partir del restablecimiento del estado de derecho aparece un antes y un después en el ámbito del derecho de familia.

Es importante recordar los términos de los arts. 367 y 368 del Cód. Civil en su anterior redacción. El primero de los mencionados al referirse a las obligaciones entre parientes por consanguinidad fijaba un orden de prelación entre padre, madre e hijos. En falta de padre y madre, o cuando a éstos no les fuese posible prestarlos se obligaban abuelos, abuelas y demás ascendientes, así como los hermanos entre sí. La obligación entre los parientes se consideraba recíproca.

Entre el parentesco por afinidad únicamente se les otorgaba derecho alimentario al suegro - suegra y al yerno - nuera; en todos estos supuestos se hablaba de "parientes legítimos". Al sancionarse la ley 23264 se consagraron los derechos subjetivos alimentarios con el mismo carácter de reciprocidad, pero eliminándose totalmente la discriminación entre parientes matrimoniales o no.

Quedó consolidada así la familia como también la identidad de los derechos - deberes que otorgan la calidad de miembro del núcleo familiar. El derecho alimentario - típico derecho subjetivo familiar - brinda un ejemplo de lo expuesto, pues hoy existe un derecho - deber que atañe a los ascendientes, descendientes, consanguíneos, colaterales y afines en primer grado, todos ellos obligados recíprocamente con absoluta indiferencia por la legitimidad o ilegitimidad del vínculo.

Lo expuesto aparece claramente expresado en los arts. 367 y 368 del Cód. Civil reformados por el art. 5° de la ley 23264, que dicen:

367. Los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente:

1° Los ascendientes y descendientes entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grado los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos.

2° Los hermanos y medio hermanos.

La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca.

368. Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.

Al dictarse la nueva ley de matrimonio 23515 e introducirse el divorcio vincular, los operadores del derecho hubiéramos debido advertir que las modificaciones de los arts. 367 y 368 referidas precedentemente, se habían efectuado dentro de un marco legal y sociocultural diferente. Al extenderse el derecho alimentario a todos los parientes afines en primer grado no se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

analizó en profundidad - creo yo - cuál era y cuál debía ser la extensión de ese derecho.

Es que al tiempo de sancionarse la ley 23264 no existía otra forma de disolución del vínculo matrimonial que no fuera la muerte o la anulación; debe suponerse que el legislador se refirió, como nuevo supuesto, a la obligación del cónyuge de la viuda o viudo con hijos, que contraía nuevo matrimonio dado que no era posible otra forma de hacer nacer este parentesco por afinidad (salvo el caso poco frecuente de la anulación matrimonial).

Quienes sancionaron la ley 23264 lo hicieron sobre un campo diferente del que encontraron quienes dictaron la ley 23515. Es de toda evidencia que no se realizó la debida sistematización y armonización, por lo menos en este punto, entre ambos cuerpos legales.

Recordemos que el vínculo de afinidad nace, como dicen los artículos pertinentes, de la relación que se produce entre los consanguíneos de un cónyuge con el otro. El art. 368, al estipular que entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado, extendió el beneficio más allá de suegra - suegro, nuera - yerno, a los hijos del otro cónyuge, ya que todos ellos son parientes en primer grado.

Donde la ley no limita no tenemos por qué limitar y si la ley no distingue no debemos distinguir. Vale decir que esta norma protege tanto a los hijos anteriores al segundo matrimonio que es el que hace nacer el parentesco, sean matrimoniales o extramatrimoniales, como a los hijos concebidos posteriormente con una tercera persona. Así, podemos llegar a encontrarnos con el supuesto de una persona, sujeto pasivo de una obligación alimentaria, respecto a quien es hijo de otra con la cual su cónyuge cometió adulterio. O por ejemplo, hijo o hijos extramatrimoniales posteriores al matrimonio y aun a la separación de hecho de los cónyuges.

Tampoco la ley se refiere a la convivencia como un requisito necesario para el fundamento de la obligación.

Cabría también aclarar los órdenes de prelación, así como indicar que en el caso de existencia de varios parientes en el mismo orden se preferirá al más próximo en grado, haciendo jugar de todas maneras el principio que la insuficiencia de recursos para proveer los alimentos reclamados autoriza la concurrencia con los parientes que siguen en grado.

Entonces nos preguntamos, ¿qué pasa con esta norma, fue correcta la modificación efectuada?

Creo que cabe discutirlo y en algún momento precisar su terminología e introducir en su interpretación la dosis de equidad y de sentido común que es dable esperar de la justicia. Mucho me intrigó la modificación introducida al art. 368 y hubiera deseado conocer la ratio legis y las discusiones parlamentarias sobre este punto, si es que las hubo. Yo no he encontrado - no quiere decir que no existan - antecedentes que me permitan conocer el porqué y el sentido de tal modificación.

No olvidemos que el artículo considerado como la piedra basal de la ley 23264 es el que establece la equiparación entre hijos matrimoniales y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extramatrimoniales. Articular este eje fundamental con el otro, que establece la ley 23515 al dejar sin efecto la indisolubilidad del vínculo, nos permitiría en cierto modo analizar en forma debida esta temática.

Si bien la distancia temporal entre el dictado de uno y otro cuerpo legal no permitió su análisis simultáneo, creo que al introducir el divorcio vincular debió haberse buscado una forma de precisar y limitar el derecho subjetivo familiar de los hijos del otro cónyuge.

Sin perjuicio de ello, cabe notar la concordancia existente entre el art. 368 mentado y el 1275 del Cód. Civil que dispone que es a cargo de la sociedad conyugal la manutención, no sólo de los hijos comunes, sino también de los legítimos de cada uno de los cónyuges (restricción que desaparece en la reforma de la ley 23264 y que se extiende a hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos). En igual sentido se ha analizado el art. 6° de la ley 11357, cuando nos habla de las necesidades del hogar y de la educación de los hijos, al sostenerse que esta denominación comprende los de cada cónyuge ya fueran matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Asimismo cabe recordar el inc. 6 del art. 1272 del Cód. Civil que establece la naturaleza ganancial que revisten los bienes que reciba alguno de los esposos en concepto de usufructo de los bienes de sus respectivos hijos.

A los fines de una mejor interpretación y estudio del artículo en cuestión he buscado en el derecho comparado antecedentes y, a excepción de los existentes en algunos estados norteamericanos, no he podido encontrarlos. En las legislaciones de Francia, Alemania e Italia la obligación alimentaria tiene límites más estrechos que los existentes en nuestro país. En muchos de ellos no existe la obligación alimentaria entre colaterales y la que deviene de la afinidad - en aquellos en que existe - se limita a suegra - suegro y nuera - yerno.

Al investigar la jurisprudencia encontramos algunos fallos que en términos generales son negativos; sólo reconocen algún tipo de obligación cuando existe convivencia.

En los Estados Unidos en general no existen legislaciones que incorporen el derecho alimentario entre parientes por afinidad. Sin embargo, si bien una madrastra o un padrastro no tienen obligaciones respecto de los hijos de un cónyuge habidos de un primer matrimonio, determinadas circunstancias especiales autorizan su exigibilidad (en general la convivencia). En algunos estados se impone el cumplimiento de la obligación alimentaria respecto de los hijos menores del otro cónyuge. Estas leyes han sido declaradas constitucionales y protegen tanto a los hijos matrimoniales como a los extramatrimoniales. En general el divorcio entre el progenitor y su cónyuge o la muerte del padre o de la madre hacen caer este derecho.

Es interesante citar un fallo reciente que impuso la obligación alimentaria a un ex marido en un caso particular en que el niño no era ni hijo biológico ni adoptivo de ninguno de los dos cónyuges, pero en cambio había sido educado y tratado como un hijo propio durante 12 años.

En la República Federal de Alemania la jurisprudencia se ha mostrado renuente a reconocer el derecho en cuestión. Podemos citar como ejemplo:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Tampoco existe obligación alguna entre parientes afines ni aún en el caso de que los hijos del cónyuge hayan sido acogidos en el hogar. Los gastos suplementarios causados por este acogimiento no forman parte de las cargas de la sociedad conyugal". (Tribunal de Berlín.)

"El marido de la madre no está legalmente obligado, según la línea 1360 del BGB, a proveer las necesidades de su esposa en una medida tal que le permita mantener al hijo de un matrimonio anterior (o sea, el hijo matrimonial o extramatrimonial). El marido está obligado solamente a mantener los gastos personales de ella", es decir, su propia subsistencia.

Sin embargo el Tribunal de Münster ha estimado que las condiciones para que el hijo pueda recibir ayuda de la asistencia pública social no se encuentran reunidas cuando la madre del menor se ha casado con un hombre de buenas rentas. Aquí se presenta un enfoque distinto; se niega a alguien la posibilidad de obtener ayuda social porque el marido de la madre tiene buenos ingresos.

Para los jueces la madre debe compartir con su hijo todos los medios económicos disponibles conforme a la línea 1603. Se ha llegado a decir que los hijos del primer matrimonio - en la traducción literal se los llama hijos del primer lecho - son efectiva y literalmente hijos desprotegidos.

La Corte Federal Administrativa ha juzgado que si un hijo del primer lecho ha sido admitido por el segundo marido de su madre en el domicilio conyugal, en algunos supuestos muy especiales se puede considerar que hay una presunción de que el padrastro debe mantenerlo, pero esta presunción debe ser fácilmente descartada por los motivos que él aduzca. Sería el caso de quien mantiene al hijo durante un tiempo y con ello crea una especie de obligación no legal pero sí convencional.

El Código Civil Francés en sus arts. 205, 206 y 334 trata de la obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes. Específicamente, el art. 206 se refiere a la obligación alimentaria entre afines, limitándola a nuera - yerno y suegra - suegro.

La jurisprudencia y doctrina dominantes en Francia han efectuado una interpretación restrictiva del precitado artículo. Se ha dicho que la nuera no está obligada a pasar alimentos a la abuela de su cónyuge.

No existiendo obligación alimentaria entre colaterales no es fácil introducir modificaciones en los vínculos entre afines - hijastro, por ejemplo -. Sin embargo, queda el camino de la obligación natural que ha sido utilizado por la jurisprudencia. Puede inferirse de ello que el deber alimentario es moral y sociológicamente más amplio que la obligación prevista por la ley.

En la legislación italiana se prevé la obligación alimentaria entre afines limitada a nuera, yerno y suegros; se limita la obligación al primer grado y está prevista su cesación en los casos de contraer matrimonio el acreedor de alimentos, o de muerte del cónyuge que hizo nacer la afinidad. No se le reconoce derecho alguno a los hijos del primer matrimonio respecto al otro cónyuge.

En principio, los padrastros y/o madrastras no tienen obligación alguna respecto a los hijos de su cónyuge habido de un matrimonio anterior. Sin embargo, el art. 222 del Código Civil italiano prevé que toda deuda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contraída por uno de los esposos para cubrir las necesidades del hogar y la educación de los hijos comunes o no, pero convivientes, obliga solidariamente al otro.

Los conceptos vertidos no significan que comparta la limitación o la restricción del derecho alimentario que surge de las legislaciones y jurisprudencia mencionadas. En derecho de familia debemos tener en cuenta nuestra realidad, sin perjuicio de abreviar en lo que nos muestra el análisis del derecho comparado.

Al confrontar nuestras leyes con la de otros países, en primer término aparecen dos supuestos extremos. El nuestro, donde se otorga el derecho sin precisión, limitación y profundización; y el del resto de los países, donde se lo niega mayoritariamente.

Esta confrontación nos hace reflexionar sobre un nuevo tipo de familia, la familia ensamblada. Familia que aparece con toda evidencia, al legalizarse - luego de la sanción de la ley 23515 - multitud de uniones de hecho y al formarse nuevos núcleos familiares por la posibilidad de recobrar la aptitud nupcial que otorga el divorcio vincular. Nuevos tipos de familia dignos de la consideración y el respeto que devienen del entorno social y del reconocimiento que les da la ley.

Cuando estudiamos derecho de familia buscamos en última instancia crear normas e interpretar las ya existentes de manera que se refuerce la familia y los lazos existentes entre sus miembros.

Esos vínculos, sean provenientes o derivados de un primero o segundo matrimonio, ¿se refuerzan o se limitan negando toda obligación alimentaria en los casos de afinidad? ¿Debe otorgarse el derecho de visita para el supuesto de un divorcio del segundo matrimonio? En igual supuesto, si la ley reconoce a esta familia es necesario ver cómo reforzamos los vínculos que ella genera.

Recordamos a la doctora Grosman, cuando se refiere a la aptitud descalificadora que ha existido antes de la reforma de la ley, y aún con posterioridad, respecto de las familias ensambladas, atento las creencias culturales que juzgan como deseable una única unión matrimonial y perciben como inconvenientes y perturbadores los núcleos familiares posteriores cuando hay hijos del matrimonio anterior.

El establecimiento del divorcio vincular no es suficiente si no va acompañado de la debida regulación de los derechos - deberes subjetivos familiares que devienen de las nuevas uniones respecto de los hijos de uniones anteriores.

El art. 368, tal como está redactado hoy, puede deparar sorpresas. Si bien pueden ser pocos los casos que se planteen no por ello debemos dejar de precisar algunos supuestos. El art. 367 cuando se refiere a la obligación alimentaria derivada del parentesco por consanguinidad, fija un orden de prelación pero no define claramente si debe prevalecer la línea descendente sobre la ascendente o viceversa. Cabe recordar que en la última parte del inc. 1° del art. citado se dice que a igualdad de grado se preferirá al pariente más solvente. Sin embargo en el art. 368 no se legisla sobre la subsidiariedad activa ni pasiva.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Este vacío puede permitir la producción de efectos no queridos por la ley. Para el orden de prelación en el 368, ¿podría aplicarse el criterio expuesto en la parte primera de la segunda oración del inc. primero del art. 367? Como dice la doctora Basset la casuística puede llevarnos a multiplicar los ejemplos y preguntas, que la ley no parece responder ni clara ni adecuadamente.

Aparentemente la interpretación correcta del art. 368 debe ser la vigencia del principio de subsidiariedad, primero deben responder los parientes consanguíneos en el orden de prelación fijado por el art. 367.

Es necesario trabajar estos temas y difundirlos. Como sabemos el derecho no es conocido por la mayoría de los ciudadanos, muchos, inclusive colegas, no tienen idea sobre los derechos y obligaciones que se asumen al contraer segundas o terceras nupcias. Es nuestro deber asesorar a quienes nos consultan sobre las nuevas nupcias, explicitarles los derechos y obligaciones que asumen los futuros contrayentes respecto a los hijos menores o mayores incapaces del otro.

Creo que es bueno para las relaciones de familia y de la vida en general la transparencia y claridad. Cuando se asumen obligaciones es necesario ejercerlas con plena conciencia, para bien cumplirlas se deben conocer las mismas desde el inicio.

Este tema nos ha preocupado, debemos buscar soluciones sin temer a las modificaciones ulteriores de las nuevas leyes. El restablecimiento del estado de derecho nos enfrentó a una nueva tarea legiferante que al inicio se vio signada por la búsqueda de la perfección. Las leyes 23264 y 23515 vinieron a modificar normas que regían las relaciones de familia desde el siglo pasado. El temor a las innovaciones y/o a las equivocaciones nos llevó a preguntarnos si era preferible seguir con la antigua ley, que adolecía de errores formales ideológicos, o si había que dictar nuevas leyes sin miedo a que éstas fueran objeto de las modificaciones que impusiera el desarrollo y la vivencia de las mismas.

Pienso que va a ser muy interesante y útil que se hayan tomado estos temas para las Jornadas de Derecho Civil del año próximo, y uno de ellos debe ser el de la reforma del art. 368, no su eliminación total como se ha hecho en otros países. Se deberá acotarlo, estudiarlo teniendo en mira el lograr una familia que sea lo mejor posible, sin enfrentar - como figura en los cuentos - a las madrastras, a los padrastros o a los hijastros. Se trata de que esta nueva familia ensamblada, constituida por seres humanos a los que en buena medida les ha tocado sufrir la traumática experiencia del divorcio, sume afectos, obligaciones y derechos, y no los reste.

Procederemos a analizar el segundo tema enunciado al inicio de esta intervención.

El derecho de familia en lo concerniente a los abuelos se caracteriza por nuevas formas de solidaridad familiar y debe focalizarse, como lo señala Jacques Comaille en "El interés del menor". La familia nuclear es una realidad en el plano jurídico, numerosos derechos y deberes le son específicos, sin embargo la familia extendida subsiste en nuestro sistema legal y tiende a acrecer su radio de acción debido a las necesidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

humanas culturales, económicas y sociales. La expectativa de vida en continuo crecimiento ha traído como consecuencia, que los abuelos sean más numerosos que en otras épocas y más jóvenes. Es frecuente encontrarnos con grupos familiares en los que la línea ascendente se prolonga hasta los bisabuelos. Esta nueva situación ha ocasionado una prolongación en el tiempo de la relación vivida y su consecuente profundización.

El art. 367 establece que los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden que el mismo fija, o sea, ascendientes, descendientes, obligándose preferentemente a los más cercanos en grado, y a igualdad de grados a aquellos que se encuentren en mejores condiciones para proporcionarlos. En el mismo artículo se reconoce la obligación alimentaria entre hermanos y medio hermanos señalándose in fine (y como carácter general de la obligación alimentaria) la reciprocidad. En especial me referiré - dentro de las obligaciones que nacen del articulado citado - a la obligación de los abuelos respecto de sus nietos o nietas menores de edad o incapaces. Esto es, la que deviene del parentesco por consanguinidad en segundo grado.

La primera pregunta a formularse es si el derecho subjetivo familiar en análisis tiene especificidades y características propias dentro de las obligaciones que describe en general el art. 367 en su primera parte; también corresponde analizar cuáles son las analogías y las diferencias que existen entre la obligación alimentaria nietos - abuelos y la que deviene de la filiación en primer grado, padre - hijo.

El art. 372 del Cód. Civil, al explicitar la comprensión de la prestación alimentaria limita el contenido de la misma. Dice que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición de quien lo recibe, así como lo necesario para la asistencia de enfermedades.

La doctrina y la jurisprudencia siempre resaltaron la diferencia entre qué se entiende por derecho alimentario cuando se habla de alimentos entre cónyuges o entre padres e hijos, y cuando se refiere a los que devienen del parentesco en general. En principio parecería que la prestación del art. 372 se refiere a mínimos, es decir lo que en algún momento se ha denominado alimentos de toda necesidad.

¿Es justo que los abuelos estén obligados solamente en la medida indicada en el párrafo anterior cuando se trata de nietos menores e incapaces? ¿Se contempla el interés del menor en estos supuestos? ¿Qué pasa con el derecho a la educación y a la formación?

La ley 23489 incorporó a nuestra legislación interna la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de setiembre de 1989. Entre otros derechos (a la vida, a la salud, a la educación) el art. 27 dice que todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; poniendo en cabeza de los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de proporcionar lo necesario para ello. Los Estados partes deberán tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pensiones alimentarias.

El art. 28 dice que los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación. A tal efecto, recomienda una serie de medidas tendientes a asegurar ese derecho relacionadas con la seguridad y cumplimiento de la asistencia y la reducción de la tasa de deserción.

No debemos olvidar que el derecho alimentario es un derivado del derecho a la vida. No nos estamos refiriendo a niveles de vida suntuarios sino a los derechos referidos en la ley 23489. En especial debe considerarse prioritariamente que cuando se trata de la obligación alimentaria hacia menores, la misma debe comprender el derecho a la educación y a un sano desarrollo psicofísico.

Otros elementos importantes a analizar - y siempre teniendo en cuenta que el incumplimiento alimentario, cualquiera que sea el obligado, se traduce en enormes perturbaciones en las relaciones de familia - son los que emergen de los principios de subsidiariedad y/o simultaneidad.

Entre nosotros, tanto la doctrina como la jurisprudencia han acogido los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los juristas discrepan en cuanto a la determinación precisa del orden de prelación de los obligados. Para Busso en primer lugar están obligados los padres, en defecto de ellos o por imposibilidad de cumplir los descendientes, luego los abuelos seguidos de los demás ascendientes y finalmente los hermanos. Zannoni y Borda coinciden en situar en primer término y como obligados recíprocos a padres e hijos indistintamente, en segundo término y a falta de padre y madre o hijos, los ascendientes y descendientes por orden de grados; en tercer término los hermanos entre sí. Belluscio, sostiene que el orden sería: primero los padres, segundo los hijos, tercero los abuelos, cuarto los nietos y así sucesivamente los demás parientes por grados y finalmente los hermanos.

Los fallos existentes en nuestro medio condicionan la aplicación del principio de subsidiariedad a la comprobación previa de la imposibilidad o insuficiencia por parte del obligado directo para el cumplimiento de la prestación. Podemos citar a modo de ejemplo: "... la obligación de los abuelos respecto de los nietos es subsidiaria; y el progenitor que los reclama para sus hijos, debe justificar la insuficiencia de sus recursos y la del otro padre o bien la imposibilidad de suministrar los alimentos para poder reclamárselos a los primeros" (CNCiv., Sala C, diciembre 4, 1987. ED, 128, 341).

Este reconocimiento por parte de los operadores del derecho de la aplicación de los principios en cuestión, corre el peligro de tornar ilusoria su efectividad, al verse rodeado de lo que llamaría una doble instancia probatoria. Además, principios elementales de celeridad procesal - aún más elementales en esta materia - debieran posibilitar el acogimiento de demandas en las que se trasuntara el verdadero carácter de la subsidiariedad, es decir el reclamo conjunto al principal obligado y al subsidiario, independientemente de lo que resulte de la prueba que deba producirse.

En principio, en el derecho comparado, la obligación de los abuelos se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

limita a todo lo considerado necesario para la vida excluyendo de este concepto los gastos correspondientes a estudios. Esta limitación ha sido considerada grave, en especial si se piensa que nos encontramos en una época en que la formación y la especialización resultan indispensables para una futura inserción en el mercado laboral. Se ha dicho que el deber de educación tiene su origen en la patria potestad, incumbiendo, en consecuencia, sólo a los padres diferenciando así entre el deber de educación del padre - madre y la obligación alimentaria familiar.

La jurisprudencia ha receptado este principio. La Corte de Casación francesa ha decidido que la obligación de alimentos es limitada cuando los proveedores son los abuelos. Algunos autores han comenzado a discrepar de esta tesis sosteniendo que la obligación de los abuelos comprende también los gastos de estudio.

Thierry Gare expresa que en una época en la que la tecnificación de los empleos es creciente y el personal poco calificado no consigue empleo, una de las preocupaciones fundamentales debe ser la de mejorar la formación de los jóvenes. Es totalmente inoportuno rechazar a los nietos que se encuentran necesitados el derecho de solicitar a sus abuelos en el límite de sus posibilidades, una participación en los gastos de estudio. Entre otras legislaciones la de Quebec reconoce este derecho. También la ley italiana establece que la obligación alimentaria de los abuelos respecto a sus nietos menores o incapaces es subsidiaria en relación con la de los padres; son llamados a contribuir a los gastos de educación y manutención si los padres no cuentan con los recursos suficientes; los abuelos pueden ser citados a juicio si alguno de los padres se sustrae al cumplimiento de sus obligaciones.

Felizmente se está abriendo paso en la doctrina y jurisprudencia comparada la corriente propugnada por el autor precitado. Los factores biológicos, culturales y sociales existentes en esta última década nos señalan que cada vez más deberemos recurrir a la solidaridad familiar (sin perjuicio de la que le corresponde en su caso al Estado), en especial en relación con las necesidades de nuestros niños y jóvenes.

Vale introducir ahora una breve referencia sobre un tema que aquí fue mencionado tangencialmente. Se trata del problema de la prestación de alimentos a quienes pasarán a ser mayores a partir de los dieciocho años en caso de aprobarse el proyecto de ley que así lo estipula.

Durante mucho tiempo destacados juristas trabajaron en la redacción de un Código único de las obligaciones civiles y comerciales. Dentro de las normas de este cuerpo jurídico se consagraba la mayoría de edad a los 18 años. Esa labor se concretó en un proyecto que finalmente fue aprobado por las Cámaras legislativas que lo sancionaron con fuerza de ley. Esta ley fue vetada.

Sin perjuicio de la existencia de esa iniciativa, con anterioridad, ante la Cámara de Diputados de la Nación fueron presentados varios proyectos sobre la fijación de la mayoría de edad a los 18 años. Cabe señalar que a fines de setiembre de 1992 esa Cámara aprobó en general el dictamen de la mayoría de la Comisión de Familia y Minoridad que fija la mayoría de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

edad en los 18 años.

Se dijo que la innovación no haría más que acompañar la ahora vertiginosa evolución social y una de sus consecuencias más notorias, el creciente protagonismo de los jóvenes. Esta evolución ha ido trasladando gran parte de los derechos y obligaciones que se hallaban exclusivamente en manos de los mayores de 21 años, a los mayores de 18 años (el voto, la licencia de conductor, la donación de órganos, etc.).

Como antes dijimos, la tendencia a reconocer la mayoría de edad a los dieciocho años es de carácter mundial. Desde hace cuarenta años aproximadamente se viene imponiendo y ninguno de los países que la aplican han tenido que modificarla aumentando el límite de edad.

En la Argentina, en la segunda mitad del siglo pasado (1864), se estableció la mayoría de edad a los 22 años en el Código de Comercio. En la mayoría de los países europeos el límite de la minoridad se establecía en los 25 años de edad. Se incluía una cláusula favor minoris por la que ante el derecho internacional, en caso de dudas, se aplicaría la legislación más favorable.

Casi cien años después, en 1968, se reforma el Código Civil y se reduce la mayoría de edad a los 21 años. Sin embargo, aquella norma que en 1968 quiso adaptar la legislación a la realidad imperante, por obra de la evolución social transcurrida durante estas tres décadas, aparecería hoy desadaptada.

Las pautas culturales y la crisis económica determinan la necesidad de que los jóvenes ocupen un lugar en el campo laboral dotados de la plena capacidad legal. Datos de 1991 indican que más del 50% de los jóvenes comprendidos en la franja de 18 a 21 años ya se han lanzado al campo laboral; el 61,5% de los varones de 18 años están integrados al mercado laboral, lo mismo ocurre con el 59,5% de los que tienen 19 años y el 78% de los de 20 años. Nótese que existe mayor proporción de jóvenes integrados al mercado laboral a los 18 años que a los 19.

El art. 126 del Cód. Civil dice: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años. En el referido proyecto, al mismo artículo se le da la siguiente redacción: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años.

Más adelante, y en estrecha relación con el tema que nos interesa, el segundo párrafo del art. 2° del Proyecto dice: Incorpórase como segundo párrafo del artículo 265 del Título III, Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil, el siguiente:

"La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el artículo 267 (que establece la obligación específica de los padres de mantenerlos, educarlos, etc.), se extiende hasta la edad de 21 años, salvo que el obligado, siendo el hijo mayor de edad, acredite que éste cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo".

Luego, al referirse a la materia de previsión y seguridad social, en su art. 4° dice:

"Toda disposición que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de edad debe entenderse hasta los 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta las 21 años, salvo que las leyes vigentes establezcan otra edad".

La confrontación de las tres modificaciones descritas nos lleva a pensar en la originalidad de los argentinos. Estamos frente a un articulado que de aprobar el Senado la iniciativa - será de muy difícil interpretación.

Hubiera resultado más simple, si la intención era equiparar nuestra legislación con la de la generalidad de los países en lo referente a la mayoría de edad, fijarla en los 18 años sin más. De lo contrario hubiera convenido buscar otro tipo de soluciones.

Es que existe un dato real, a los 18 años los jóvenes trabajan o estudian o asumen ambas obligaciones. El primer supuesto obsta a la aplicación de los principios básicos de la obligación alimentaria; el segundo nos obliga a considerar las legislaciones extranjeras que prevén esta situación brindando soluciones integrales.

Entre 1974 y 1975 muchos fueron los países que redujeron el límite a la edad de 18 años, pero lo hicieron buscando siempre la forma de no alterar el desarrollo de los jóvenes. ¿Por qué? Porque algunos que consideraron la obligación de instruir y educar a los hijos y de asegurarles en la medida de las posibilidades una profesión, incorporaron esos principios en la legislación; otros no los incorporaron, pero igualmente los principios fueron receptados por la jurisprudencia.

En nuestro país la jurisprudencia no ha reconocido el derecho a la educación más allá de la mayoría de edad. Sin embargo se ha declarado que constituye una excepción a la cesación del derecho alimentario del hijo mayor de edad o emancipado, la demostración de que los alimentos le resultan indispensables y que no está en condiciones de procurárselos por sus propios medios.

Por el contrario, la jurisprudencia extranjera contempla el caso de personas que continúan sus estudios o los perfeccionan; esa dedicación, esa inclinación del hijo implica un respeto a su persona.

Cabe destacar que la legislación francesa reconoce la obligación de mantenimiento, sustento y educación, allí conocida como *entretien*, y la obligación recíproca entre ascendientes y descendientes, existiendo entre ambas grandes similitudes. Ambos progenitores son los deudores en un mismo nivel de igualdad. Los acreedores son los hijos menores y, en determinados casos, también los mayores. Aquí es necesario aclarar que a partir de 1974 en Francia se adquiere la mayoría de edad a los 18 años, y en esa época aparecen las discusiones sobre las obligaciones para con los hijos mayores. Cuestiones éstas que no se plantean cuando la familia permanece unida, en ese caso el grupo familiar no duda en continuar manteniendo al hijo que estudia o espera obtener un empleo. El planteo surge cuando media separación o divorcio de los padres. En estos supuestos podría ser importante la distinción entre pensión alimentaria y obligación de *entretien*, habrá que analizar si hay lugar a la conservación del derecho, no sólo para el hijo, sino también para el progenitor conviviente, y aún para el caso del hijo mayor de edad que debe continuar sus estudios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La jurisprudencia progresivamente fue desarrollando la respuesta positiva que luego se convirtió en regla. A partir de 1974, el principio de la cesación de la obligación a la mayoría de edad era ya difícil de defender. Un fallo de la Corte de Casación de 1967 observó todavía prudentemente el principio de la cesación con la mayoría de edad, pero rechazó la apelación contra una disposición de la Corte de París que declaraba, con mayor nitidez, que ninguna disposición del Código Civil limitaba la obligación que tienen los padres de asegurar el mantenimiento de sus hijos a la menor edad.

Esta jurisprudencia es más clara a partir de 1975. En la mayoría de los divorcios de los progenitores, los fallos reconocen puntual y específicamente este derecho. La Corte de Casación no duda en declarar que el art. 203 no limita en tiempo la obligación que pone a cargo de los padres. No ha sido obstáculo para hacer lugar a los pedidos, el concubinato, la duración de los estudios, el vivir solos, etcétera.

El art. 1443 del Cód. Civil italiano plantea el principio de igualdad de derechos y obligaciones entre el hombre y la mujer, en especial la obligación de contribuir a las necesidades de la familia. Esta noción traduce las relaciones de igualdad y solidaridad entre los esposos.

El art. 147, de raigambre constitucional, se refiere a los deberes frente a los menores, a la obligación de mantener, instruir y educar a los hijos teniendo en cuenta sus capacidades, sus inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos. Se ha admitido que esta obligación no cesa con la mayoría de edad, inclusive existe un fallo de 1962 que sostiene que la misma debe durar hasta que los hijos hayan recibido la educación, instrucción y formación profesional o artística que estén dentro de las posibilidades de los padres solventar. No está ligada con la vida en común, el padre no puede obligar a su hijo menor a permanecer en su casa por el hecho de no estar éste en condiciones de autosatisfacer sus necesidades. La obligación de instrucción y educación está ligada a la de mantenimiento.

La legislación civil alemana (línea 2 1610 BGB) comprende dentro de la manutención de una persona, inclusive los gastos de educación y preparación profesional en la medida de las posibilidades de los padres y de acuerdo a la capacidad del menor para proseguir sus estudios. Cuando el hijo es menor los padres son los dueños de la decisión; en caso de separación o divorcio decide el progenitor que tiene el ejercicio de la patria potestad, y el otro debe acatar la decisión salvo que pruebe su nocividad para el niño.

Encontramos algunas limitaciones introducidas por la jurisprudencia. Por ejemplo, los estudios deben ser poco costosos y realizados sin interrupciones, el doctorado no está considerado dentro de la extensión de la obligación. En algunos casos se hizo lugar a peticiones de financiación de una segunda etapa formativa. Respecto a la formación profesional no son totalmente determinantes el nivel de vida y la fortuna de los padres, pero sí la dedicación e inclinaciones al estudio de los hijos. Los 18, 22, 26 y 28 años serán considerados límites, salvo que el hijo mayor de edad, por deficiencias físicas o psíquicas no pueda proveer a su propia subsistencia. En el Código Civil suizo, los alimentos al hijo se deben hasta la mayoría de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

edad, pero si el menor se encuentra en condiciones de cubrir sus necesidades porque trabaja, pueden cesar antes. Hasta los 25 años el hijo que continúa estudiando debe ser asistido por sus padres, siempre que de acuerdo con las circunstancias del caso sea posible la asistencia.

En los Estados Unidos, en general, los textos legislativos y la jurisprudencia hacen cesar la obligación alimentaria a la mayoría de edad de los hijos, la que se ha fijado en 18 años.

En algunos Estados imponen al progenitor o progenitora el mantener a sus hijos mayores de 18 años que cursan estudios superiores. En el caso "Childers c/Childers", la Corte Suprema de Washington declaró que al pronunciarse sobre la disolución del vínculo se autoriza a condenar a un deudor a subvenir a las necesidades de su hijo mayor, comprendiendo su obligación los gastos de estudios. La Corte expresó que el estado de dependencia se genera a partir de múltiples factores, edad, nivel de educación, etcétera.

En autos "Kujawinski c/Kujawinski" la Corte Suprema de Illinois confirmó la constitucionalidad de una ley estadual que autoriza al tribunal a tomar medidas para asegurar la instrucción y mantenimiento de los hijos mayores. Concordante, la Corte Suprema de New Hampshire, asunto "French c/French" y Corte Suprema de Iowa. En contra, las Cortes de los Estados de Louisiana y Georgia.

Un fallo de la Corte de Apelaciones de Washington revocó la sentencia de primera instancia por la que el padre estaba obligado a suministrar alimentos al hijo mayor de edad hasta que finalizara el colegio o universidad al que concurría en jornada completa. La madre apeló ante la Corte y obtuvo la revocación del decisorio de segunda instancia.

Analizando el debate parlamentario podemos distinguir tres posiciones definidas al respecto. 1) La que propugna la modificación lisa y llana de la edad; 2) La que propicia el mantenimiento de la situación actual, mayoría de edad a los 21 años; 3) La aprobada, es decir, mayoría de edad a los 18 años pero conservación de los derechos aludidos hasta los 21 años.

Frente a estas posiciones cabe reflexionar si la solución propiciada es la correcta y cuál es el fin último de la misma.

Digo esto porque parecería que se quiso mantener una especie de tutela, de protección sobre los jóvenes entre los 18 y los 21 años. ¿Pero cuál es el sentido de esta tutela? La capacidad de hecho que se le otorga al mayor de 18 años queda desconocida desde otras ópticas, ¿de allí la necesidad de una norma tuitiva?

De acuerdo con el Proyecto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, si un padre o una madre no cumplen con la obligación alimentaria, el hijo mayor de 18 y hasta los 21 años deberá interponer las acciones correspondientes, y el padre o madre en cuestión tendrán que acreditar que el menor posee los medios para procurarse su subsistencia. Al ser el menor capaz debe actuar por su propio derecho.

Dentro del marco de la reforma propuesta, el ahora capaz no deberá acreditar sus necesidades, ni historiar acerca de trabajos o estudios. Está utilizando la capacidad que la ley le otorga para petitionar pero no para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exponer cuáles son sus necesidades de vida. La diputada Irma Roy expresó durante el debate que, actualmente, en la lucha por los alimentos, es la mujer quien enfrenta al padre para obtenerlos. Si se aprueba la fijación de la mayoría de edad en los 18 años, será el hijo el que deberá llevar adelante el juicio contra su propio padre.

Debemos pensar sobre la conveniencia de llevar adelante esta modificación. ¿Tiene un joven de 18 años el desarrollo psíquico necesario como para enfrentar a su padre (o a su madre) en una confrontación judicial por su supervivencia?

Podemos decir que si se adopta la mayoría de edad a los 18 años lisa y llanamente, y se le otorga al joven el derecho de solicitar alimentos en determinados supuestos (realización de estudios, perfeccionamiento laboral, etc.), será él mismo quien deberá accionar judicialmente contra sus progenitores.

Es cierto, pero pienso que no es la misma situación, ni el mismo contexto. Dentro del marco de la plena capacidad de hecho, creo que resulta más digno y benéfico para el joven. Deberá acreditar su proyecto de vida, especialización, perfeccionamiento laboral. En este caso la solución será integral porque no tendrá el límite de los 21 años (ver proyecto), sino que su derecho se correlacionará totalmente con su plan de capacitación y de estudios. Todos sabemos que una carrera universitaria difícilmente se termina a los 21 años.

Se señalaron en el debate los perjuicios que podría acarrear a grandes masas de jóvenes la pérdida de la seguridad social, y en especial a los menores institucionalizados de más de 18 años.

Como vimos, el proyecto dice: "Toda disposición que establezca derechos hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los 21 años, salvo que las leyes vigentes establezcan otra edad".

Una vez más la ley es confusa, los mayores de 18 y menores de 21 años que trabajan, ya sea en forma independiente o en relación de dependencia, tendrán una doble protección. ¿Cómo se compatibilizará la plena capacidad que se le quiere otorgar y la protección que se considera necesaria por la situación que sufre el país?

Al analizar la problemática de la mayor edad y la situación económica, social y cultural de nuestros jóvenes, no podemos dejar de reflexionar sobre la cuestión de las madres adolescentes. La incapacidad que aqueja a la madre soltera menor de edad la imposibilita para entregar legalmente su hijo en miras de una futura adopción. El ejercicio de la patria potestad le incumbe al abuelo conviviente. Otorgarle plena capacidad a estas jóvenes sin orquestar a la vez un régimen de subsidios que las ampare, equivaldría a someterlas a presiones sociales y económicas que podrían favorecer la entrega de esos hijos y el peligro de que se vieran involucradas en el tráfico y venta de niños.

Teniendo en cuenta las tres posiciones antes enunciadas y las consideraciones expresadas precedentemente, así como el derecho y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisprudencia citados, se llega a la siguiente conclusión:

La mayoría de los legisladores ha manifestado en sus exposiciones la difícil situación económica y social que padecen los jóvenes y las dificultades que encuentran para lograr una inserción en el mercado laboral y social. Asimismo debemos recordar que en nuestra legislación existe la emancipación por habilitación de edad (art. 131, segundo párrafo del Cód. Civil) que puede efectuarse a partir de los 18 años por un simple trámite que requiere el acuerdo entre padres e hijos, figura legal que de alguna manera da a quienes buscan independizarse.

Lo expuesto nos afirma en nuestra posición de mantener en tanto no se modifiquen las circunstancias actuales, el art. 126 en su actual redacción, o sea la plena capacidad se adquiere a los 21 años.

De considerarse la necesidad de adecuar nuestra legislación a la de otros países y, en especial en mérito a lo preceptuado en el artículo séptimo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ley 23489), se fijará a los 18 años incorporándose una normativa que ampare al joven mayor de edad y en su caso al progenitor conviviente.

Propugnamos la incorporación de una norma que otorgue al joven mayor de 18 años el derecho de continuar estudios superiores o de perfeccionamiento laboral y técnico, como culminación de su proceso formativo. Siendo a cargo de sus padres los gastos pertinentes así como los correspondientes a su manutención.

Proceso educativo que muchas veces ha sido inculcado y fomentado por los propios progenitores. Este derecho deberá tener vigencia cuando el mayor de 18 años no haya finalizado su formación profesional universitaria y/o técnica, subsistiendo hasta la culminación de los estudios, todo ello dentro de los principios éticos y lógicos que han sido recogidos en el derecho comparado.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. Con mi agradecimiento, se cierra esta mesa redonda.

Tema: LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Relatores: PROFESORES DOCTORES ANA RAQUEL NUTA, MARINA MARIANI DE VIDAL Y JORGE H. ALTERINI

Fecha: 6 DE OCTUBRE DE 1992

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Realizamos hoy una nueva mesa redonda para tratar el tema "Propiedad horizontal".

En los casos en que intervengo como expositor actúa como coordinador el doctor López Cabana, subdirector del Departamento, pero como está en un simposio jurídico en Alemania, no me queda otra alternativa que asumir las