

MESA REDONDA N° 6
TEMA: DERECHO DE FAMILIA
RELADORES: MÉNDEZ COSTA,
JOSEFA; WAGMAISTER, ADRIANA;
MEDINA, GRACIELA Y MINYERSKY,
NELLY
FECHA: 14 DE SEPTIEMBRE DE 1999

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.— Damos comienzo a la mesa redonda dedicada al estudio del Proyecto de Código Civil de 1998 con relación al Derecho de Familia. Han sido invitadas a participar como panelistas, en primer término, una de las autoras del Proyecto, la doctora María Josefa Méndez Costa, profesora de Santa Fe a quien admiro y quiero entrañablemente y, a continuación, las profesoras de esta Casa de Estudios, doctoras Wagmaister, Medina y Minyersky. Le concedemos la palabra a la doctora Méndez Costa.

Dra. Méndez Costa

He elegido para esta breve intervención, dentro de la importante temática de los aspectos patrimoniales del derecho conyugal en el Proyecto de 1998, uno relativo a la innovación más definida que ofrece en materia de relaciones de familia: la autonomía de la voluntad de los contrayentes y, en su momento, de los cónyuges, para regular sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros, es decir, el llamado régimen patrimonial matrimonial. Sobre la base del principio de dicha autonomía, voy a referirme expresamente a los límites de ésta.

Primero, veamos los **límites a la libertad de los contrayentes** para pactar el régimen que ha de regirlos una vez casados. El **primer límite** se presenta con la restricción de la elección a sólo dos sistemas organizados en el Proyecto, el de comunidad y el de separación de bienes. A pesar de tratarse solamente de dos posibilidades, la opción existe, pues de no expresarse, es decir, si no eligen, los futuros esposos en realidad están prefiriendo el régimen de comunidad que los regirá supletoriamente. El Proyecto no ignoró, en absoluto, el régimen de participación en las ganancias. Tengan en cuenta que el antecedente inmediato y directo de esta parte del derecho proyectado, es el Proyecto de 1993 que preparó la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo, en el cual fi-

guran detalladamente los tres sistemas: de comunidad, de separación y de participación en las ganancias. Éste último estuvo presente e incluso figuró en los documentos de trabajo que tuvo a su disposición la Comisión encargada de dar forma al Proyecto de 1998 pero, en una de sus últimas sesiones, optó mayoritariamente por reducir la opción a dos regímenes, dejando de lado la participación en las ganancias, régimen sumamente interesante pero de indiscutible dificultad práctica y que parece no haberse impuesto en los países en que integra el derecho vigente: Alemania, Francia y varios otros; cerca de nosotros, Paraguay. Es verdad que al hacerlo, y no preverse “remedios” –por así decir– para la falta de participación de un cónyuge en el enriquecimiento del otro, que aliviaran la separación de bienes, se ha dejado un vacío que, esperamos, pueda llenarse en el futuro. Ejemplo de esto es el enfoque dado a la pensión alimentaria como pensión compensatoria o algunos pactos ya vigentes –en el derecho catalán, entre otros–: el de supervivencia (requeriría, a mi entender, norma expresa) y el de compensación económica por razón del trabajo que nuestro sistema de recompensas podría hacer jurídicamente factible y que procedería cualquiera fuera la causa de extinción del régimen.

La elección por uno de los dos regímenes es imperativa (art. 438, d). El art. 439 fulmina con la invalidez “las convenciones entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo al matrimonio”. Los contrayentes no son hábiles para sustraerse a todo régimen ni para modificar el que eligen, ni para crearse un régimen distinto de los preceptuados o mezclar disposiciones de los previstos. Pueden abstenerse de celebrar convención prematrimonial: quedarán, entonces, sometidos al régimen de comunidad.

El **segundo gran límite** impuesto nace de la disposición legal expresa de normas comunes a ambos regímenes. Éstas son inderogables por voluntad de las partes, tanto antes como después del matrimonio, y aplicables –insistimos– en los dos regímenes. Helas aquí:

a) *Deber de contribución.*– Se encuentra previsto en el art. 447, que establece que los cónyuges deben contribuir a su propio mantenimiento, el del hogar y el de los hijos, ya sean del matrimonio o hijos incapaces de alguno de los esposos que convivan con ellos, en proporción a sus recursos. Es exigible judicialmente por cualquiera de los cónyuges al otro, y no se trata precisamente de una cuestión de obligación alimentaria sino de una realidad más amplia y comprensiva, a definirse por situaciones fácticas. Obsérvese, en particular, la extensión del deber de contribución al mantenimiento de los hijos de uno solo de los esposos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales anteriores o posteriores al matrimonio con el cónyuge obligado. El único requisito que se exige es la convivencia y la incapacidad, que alude, obviamente, en primer lugar a la minoridad. Comparar este deber con el alimentario a favor de los parientes por afinidad en primer grado (art. 616), supuesto en que se exige la convivencia o el trato paterno, materno-filial, resulta ilustrativo porque los alimentos proceden por reclamo judicial del titular del derecho, incluso mayor de edad, si se cumplen los restantes requisitos de la institución.

b) *Protección de la vivienda común y sus accesorios.*– Es exigido el asenti-

miento conyugal para disponer de los derechos sobre la vivienda común y los muebles indispensables de ésta, muebles que tampoco pueden ser trasladados fuera de ella sin dicha conformidad. Se trata de la disposición de todo derecho, no solamente del dominio (podría ser, por ejemplo, una locación). No se tiene en cuenta el valor del bien inmueble o de los muebles a que se refiere la norma. La sanción por haber sido violada es la nulidad del acto o, en caso de no tratarse de acto jurídico –por ejemplo, el traslado de cosas muebles– el dejarlo sin efecto.

A esta normativa del art. 448 se suma otra medida obligatoria de protección del hogar conyugal: su inejecutabilidad por deudas contraídas por los cónyuges después del matrimonio, salvo que lo hayan sido conjuntamente por ambos o por uno con el asentimiento del otro. El precepto es novedoso y excede los límites del actualmente vigente “bien de familia”, que es de constitución facultativa y con requisitos particulares. (El Proyecto incluye, asimismo, un régimen de protección de la vivienda que es independiente de lo aquí considerado: es éste, por otra parte, el que debería privar en caso de superposición de instituciones).

La inejecutabilidad de la vivienda familiar subsiste aun en caso de concurso o quiebra del propietario.

c) *Caracteres del asentimiento.*- El art. 449 fija los caracteres del asentimiento, que debe tener por objeto el acto en sí y sus elementos constitutivos.

Según el art. 450, es sustituible por autorización judicial en los supuestos de ausencia, incapacidad, impedimento transitorio o negativa injustificada en relación con el interés de la familia. El acto así otorgado es oponible al cónyuge que no asintió, pero no lo compromete poniendo obligaciones a su cargo.

d) *Mandato entre cónyuges.*- Cabe el mandato de un cónyuge al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades de que es titular conforme al régimen elegido. Este poder es inexcusablemente revocable y no incluye la obligación de rendir cuentas, salvo convención en contrario. Conforme a la nota que acompaña al artículo correlativo del Proyecto elaborado por la Comisión designada por el decreto 468/92, opinamos que la excepción de rendir cuentas se aplica solamente al mandato de administración, lo que surge, en dicha nota, de la mención de los frutos y rentas percibidos.

e) *Autorización judicial a un cónyuge para representar al otro.*- El tribunal puede autorizar (habilitar) a uno de los cónyuges para que asuma la representación del otro en el ejercicio de las facultades emergentes del régimen patrimonial, si éste se encuentra ausente o transitoriamente impedido de expresar su voluntad. Los alcances de esta representación deben ser judicialmente determinados y pueden ir desde la generalidad de los actos a ciertos actos en particular.

f) *Normas a aplicar a falta de mandato expreso o habilitación judicial.*- Son las previstas para el mandato tácito o la gestión de negocios.

g) *Responsabilidad por deudas.*- La disposición pertinente constituye una de las innovaciones relevantes de lo proyectado. Se sienta primero la regla de la separación de deudas pero se establece a continuación la responsabilidad

solidaria de los esposos por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar y el sostenimiento y educación de los hijos, comprendiendo todos aquellos tenidos en consideración al prescribirse el deber de contribución. Me remito al público para que imagine la comparación de lo dicho con los arts. 5 y 6 de la ley 11357.

h) *Medidas cautelares.*- Son procedentes si uno de los cónyuges pone en peligro los intereses de la familia por grave incumplimiento de sus deberes (véase el art. 454).

i) *Cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges.*- La norma propuesta bajo el N° 455 considera los actos de administración y disposición onerosa de muebles no registrables cuya tenencia es ejercida individualmente por uno los esposos. Estos actos son válidos si se celebran con tercero de buena fe y siempre que no recaigan sobre bienes indispensables del hogar u objetos destinados al uso personal o profesional del otro cónyuge. La sanción es la nulidad.

Hasta aquí hemos considerado los límites a la autonomía de los contrayentes, a los cuales, en cierto modo, es preciso agregar otros, como la capacidad para las convenciones, que exigen mayoría de edad, y su requisito de forma solemne absoluta por escritura pública.

Veamos ahora los **límites a la autonomía de los cónyuges.**

Se trata de las convenciones destinadas a la mutación del régimen patrimonial matrimonial. Hay establecidos varios límites a tal autonomía, a saber: los esposos capaces sólo pueden cambiar el régimen en el que se encuentran por el otro previsto en el Proyecto; este cambio debe estar de acuerdo con el interés familiar (ello exige que se especifiquen las causas que lo motivan y el **control a través de la homologación judicial**); cuando los esposos llevan a cabo la mutación, con su pertinente solemnidad de escritura pública, deben haber transcurrido dos años de vigencia del régimen al que se encuentran sometidos.

No hay límites para el número de cambios en el tiempo.

Hasta aquí los aspectos que deseaba abordar. Mucho más habría que decir al respecto. Queda puesta una inquietud abierta a la actitud crítica que es dado esperar. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Le agradecemos la deferencia que ha tenido la doctora Méndez Costa en ilustrarnos sobre tan interesantes cuestiones y le concedemos la palabra a la doctora Adriana Wagmaister.

Dra. Wagmaister

Nos ocuparemos de comentar los artículos que se refieren a los alimentos en este Proyecto, haciendo mención, cuando corresponda, a otros dos proyectos que tuvieron el mismo objeto. Según un orden cronológico, éstos son: el que fuera elaborado por la llamada “Comisión Federal”, designada por la Honorable Cámara de Diputados, que luego de obtener media sanción en esa Cá-

para pasó en revisión al Senado, y el elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92 y remitido por el Poder Ejecutivo al Senado de la Nación.

Vamos a comenzar, siguiendo el orden numérico del articulado, por los alimentos entre cónyuges convivientes para continuar con el análisis de las transformaciones de este derecho-deber a través de las vicisitudes por las que pasa el matrimonio.

El Código Civil, en el Capítulo 8 del Título 1, “Del matrimonio”, que corresponde a la Sección Segunda, “De los derechos personales en las relaciones de familia”, comienza a tratar el tema de los alimentos entre cónyuges en el art. 198, que dice: “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”. Esta novedad de la ley 23515 produjo un cambio trascendental al equiparar a los cónyuges convivientes borrando la preferencia que de la mujer hacía la centenaria ley 2393. Sobre la base de esta reciprocidad del derecho-deber alimentario entre cónyuges, el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación en 1993 introduce el art. 198 bis, que dice: “Si durante la convivencia, uno de los esposos requiriese judicialmente alimentos al otro, deberá probar la falta de medios propios para mantener el nivel de vida hasta allí gozado”.

En el Libro III, Título I, Cap. VII, “Derechos y deberes de los cónyuges”, el Proyecto que estamos comentando unifica ambas normas en el art. 435: “Fidelidad y asistencia: los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. El cónyuge que reclame alimentos del otro debe probar la falta de medios personales para mantener el nivel de vida del que ha gozado hasta la formulación del pedido”.

Si bien pareciera que el legislador del '93 ha sido seguido por el del '98, se percibe un cambio en la terminología que corresponde destacar en razón de que se aclara la situación de hecho que deberá evaluar oportunamente el juzgador. En el último de estos instrumentos se habla de “falta de medios personales”, en lugar de “propios”, como decía el anterior. Entendemos que el cambio se debe a que esta expresión exigió en su momento la aclaración de que no se refería al carácter de bienes propios por oposición a los gananciales sino a que el peticionante debía probar que no tenía bienes de su titularidad, fueran éstos propios o gananciales, de lo que no cabe duda si se utiliza la calificación de “personales”.

Otro cambio propuesto consiste en la supresión del 2° párrafo del vigente art. 199 del Cód. Civ. Esta norma se refiere, en su primer párrafo, al deber de convivencia y en el 2° condiciona el cumplimiento del deber alimentario a la reanudación de la cohabitación por parte del cónyuge que la hubiera interrumpido sin causa justificada. En la redacción del art. 436 se propone mantener, entonces, el primer párrafo del vigente art. 199 sobre el deber de cohabitación, sin referencia a la pérdida de derecho alimentario

En el Título III, “De la ineficacia del matrimonio”, Cap. III, arts. 506, 507 y 508, el Proyecto se refiere a “Efectos de la invalidez” reiterando, en relación con el tema que nos ocupa, la letra de los vigentes arts. 221, 222 y 223.

En el Título IV, “De la separación judicial y la disolución del vínculo”, Cap.

II, “Separación judicial” (expresión que el Proyecto utiliza en reemplazo de la actual “separación personal”), el art. 518 alude a las posibles convenciones que puede contener el procedimiento de petición conjunta –como el vigente art. 236 del Cód. Civ.– en los casos de mutuo acuerdo del art. 517 –como el vigente art. 205 del Cód. Civ.– y que serían aplicables al divorcio en razón de lo proyectado en el art. 527. El vigente art. 236 dice: “En los casos de los arts. 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: ...3° Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización”.

El Proyecto de Diputados de 1993 proponía reemplazar la última frase a partir de la coma, por “incluyendo la previsión de mantener la equivalencia de la prestación alimentaria”. Esta propuesta tenía el objetivo de resolver la cuestión que se planteara en oportunidad de la sanción, en 1991, de la ley 23928 –llamada “de convertibilidad de la moneda”, que prohibió establecer modos de actualización de las deudas dinerarias, por lo cual, a partir de su vigencia, se discutió la posibilidad de incluir cláusulas de actualización en la sentencia que fija la cuota alimentaria– y del art. 4 del decreto 529 que la reglamentara, en razón de la cual se excluyeron del desagio, congelándolas, las obligaciones derivadas de las relaciones alimentarias. Frente a la doctrina autoral y judicial que interpretó de manera diversa esta normativa –desde el extremo de negar toda posibilidad de actualización a la aceptación de su procedencia, pasando por la hipótesis de aceptarla ante el caso de mayor necesidad y posibilidad–, se creó la necesidad de convocatoria a un pronunciamiento plenario de la Cámara Nacional Civil que, en febrero de 1995, en autos: “D. B. de Q., L. de V. c. Q., C. E.”, resolvió: “Con posterioridad a la vigencia de la ley 23928 no son legalmente admisibles los dispositivos de reajuste automático de las cuotas alimentarias, en función de los índices que reflejen la depreciación monetaria” (LL, 1995-B-487). Esta interpretación es coincidente con la elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re*: “D. I. C. de S. A. C, S. A. J. s/divorcio, art. 67 bis”, del 30 de noviembre de 1993, LL, 1995-A-494) cuando señaló que fue voluntad del legislador derogar los mecanismos existentes de actualización por índices y prohibir su establecimiento en las relaciones posteriores, prohibición ésta que no admite excepciones de ninguna índole.

No obstante la jurisprudencia plenaria, en la doctrina autoral y judicial se plantearon importantes disidencias al sostenerse que el art. 4 del decreto reglamentario 529/91 excluía la obligación alimentaria de la prohibición genérica de reajuste por depreciación monetaria. El Proyecto en comentario no contiene ninguna referencia a la cuestión,

El Cap. III, “Efectos de la separación judicial”, alude a la prestación alimentaria en los arts. 520 y 521, aplicables al divorcio según lo proyectado en el art. 530, que reemplaza los vigentes arts. 207, 208 y 209 del Cód. Civ.

En cuanto a los alimentos del cónyuge inocente de la separación personal o del divorcio, el Proyecto en comentario se refiere a ellos en el 1° párrafo del art. 520, transcribiendo el 1° párrafo del art. 207 del Cód. Civ. vigente. Es de destacar que la norma proyectada obvia la enumeración de las circunstancias

que el legislador de 1987 incorporó por la ley 23515 –cinco en el art. 207 y tres en el art. 209– y que el juez debería tener en consideración para la fijación de los alimentos. En el art. 518 inc. c), al que más arriba nos referimos al hablar de los alimentos convencionales, el Proyecto también elimina la referencia “a las bases para actualizar el monto alimentario”. En cambio, el legislador de 1993 mantenía las pautas para la fijación y también las bases de actualización, ya que se propuso la equivalencia de prestaciones como norma genérica, tanto en las decisiones judiciales como en las convencionales, mediante cláusulas que así lo establezcan. En este sentido, se interpretó que ese Proyecto siguió la recomendación de las XIV Jornadas de Derecho Civil (Tucumán, 1993), en las que *de lege lata* se entendió por mayoría “procedente fijar convencional o judicialmente cláusulas expresas con la finalidad de mantener la equivalencia de las prestaciones alimentarias, sin perjuicio de que también sea procedente el ejercicio oportuno y fundado de la pretensión de aumento en función de mayores necesidades del alimentado”.

La incorporación de los alimentos para el cónyuge enfermo fue una novedad incorporada por la reforma de la ley 23515, que en el art. 203 prevé una causal de separación personal desconocida por nuestra legislación hasta 1987 y que en el art. 208 legisló sobre su efecto respecto del tema que estamos comentando, resaltando la subsistencia de la obligación más allá de la muerte del obligado como carga de su sucesión.

La Comisión Federal de 1993 propuso eliminar la expresión “carga de la sucesión” en razón de las dificultades a que daba lugar por la divergente interpretación de la doctrina autoral y judicial. La reforma en comentario sigue esta misma línea.

En el '93 se propuso suprimir la referencia a “las necesidades y recursos de ambos” que trae la norma vigente; el Proyecto último, en cambio, plantea que se lo mantenga así.

En cuanto a la previsión del “modo de continuar cumpliéndola” que deberían prever los herederos antes de la partición, en el '93 se remitía a otra norma, sugerida en ese momento como art. 329 del Cód. Civ., que decía: “Podrá disponerse la constitución de garantías reales o personales, para garantizar el pago de alimentos provisorios, definitivos o convenidos”. Además, en la norma que se incorporaba como reemplazante del vigente art. 208 se hacía hincapié en que “los herederos con beneficio de inventario responderán sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes recibidos y no con su propio patrimonio” y también se establecía que “podrán los herederos optar por cumplir con la prestación alimentaria o entregar al beneficiado la porción disponible”, por lo que se interpretó que se estaba proponiendo aplicar por analogía el vigente art. 3603, o cualquier otra variante, para la hipótesis de concurrencia de herederos obligados. En cuanto a la limitación de la obligación, es interesante la previsión del art. 101 del Código Civil Español: “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar al juez la reducción o supresión de aquella si el

caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos a la legítima”.

En el art. 516, de causales objetivas, el Proyecto que estamos comentando se refiere a la causal de enfermedad y en el 2º párrafo del art. 520 dice: “Si la separación se decreta por la causal prevista en el art. 516 segundo párrafo, el actor debe también procurar al demandado los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges. En este caso, fallecido el cónyuge que solicitó la separación, la obligación alimentaria se trasmite a sus herederos, salvo que el beneficiario sea también heredero y su porción hereditaria sea suficiente para satisfacer sus necesidades”. Por una *addenda* que tuvo lugar antes de que el Poder Ejecutivo lo enviara al Honorable Congreso de la Nación, se agregó: “Si el enfermo no tiene vocación sucesoria y todos los herederos están de acuerdo pueden optar por sustituir la obligación alimentaria mediante la entrega de la porción que le hubiera correspondido al enfermo de haber mantenido su carácter de heredero”. La propuesta actual elimina la frase “aunque se hubiera disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad”; creemos que se ha considerado innecesario decirlo, ya que, a diferencia del derecho hereditario, el alimentario no cesa por divorcio.

El art. 532 proyectado se refiere a “Medidas Provisionales. Deducida la acción de anulación, de separación judicial o de divorcio, o antes de ella en casos de urgencia, el tribunal puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones entre los cónyuges y con los hijos durante el proceso. Puede especialmente: ...e) fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien corresponde recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio, sin que pueda discutirse previamente la validez legal del título o vínculo del primero”. Se sigue la línea del vigente art. 231 del Cód. Civ. en cuanto a la procedencia de estos alimentos.

Me parece interesante mencionar el art. 447 proyectado en la Sección Tercera, “Disposiciones comunes a todos los regímenes”, del Título II, “Del régimen patrimonial del matrimonio”, que se refiere a: “Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos incapaces de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”. El Proyecto elaborado en 1993 por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo decía en el art. 504: “Los esposos deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. El cónyuge que no dé cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”. El legislador del '93 señaló como fuentes al art. 214 del Código francés y al art. 221 del Código belga. Asimismo, en la nota a la norma proyectada se explica que se tomó de la legislación francesa la regla de proporcionalidad refiriéndola a los recursos y no a los bienes, aunque se mantiene la alusión al sostenimiento de los propios cónyuges, el hogar y los hijos comunes —que com-

pleta la redacción del actual art. 1300— por considerarla más precisa que la fórmula “cargas del matrimonio”, empleada por la norma francesa. Se ha entendido que el deber de contribución consiste en una obligación que va más allá del deber alimentario, no obstante lo cual merece ser comentada en esta ocasión por las expresiones que utiliza el legislador en cada oportunidad.

En cuanto a los alimentos que los padres deben a sus hijos menores, la primera norma novedosa del Proyecto que estamos comentando está en el Título VI, “De la filiación”, Cap. VI, “Acciones de filiación”, Sección Segunda, “Acciones de reclamación de estado”, art. 561: “Prueba en proceso sumario. Al solo efecto de la prestación de alimentos provisionales, procede la demostración de la paternidad o maternidad en el proceso sumario de alimentos”. Encontramos el antecedente en el art. 273 del Proyecto sancionado por la Cámara de Diputados en 1993, que decía: “Al solo efecto de la prestación de alimentos provisionales procederá la investigación de la verosimilitud de la paternidad o maternidad en juicio sumario”.

Los alimentos para los hijos con filiación no determinada no están hoy previstos en nuestra legislación. Este vacío pretende ser llenado en la práctica con la recepción jurisprudencial de alimentos provisorios que se fijan si se demuestra *prima facie* la verosimilitud del estado de hijo en la promoción del juicio ordinario de reclamación de estado; a modo de ejemplo, se corresponde con la presunción de paternidad del concubino de la madre, prevista en el art. 257 del Cód. Civ., incorporado por la ley 23264 en 1985. La propuesta *de lege ferenda* en apoyo de la admisión legal expresa cuenta con la opinión favorable de calificada doctrina autoral.

En el Título VII, “De la patria potestad”, Cap. I, “Titularidad y ejercicio”, Sección Segunda, “Alimentos”, el Proyecto en comentario dedica a este tema los arts. 578 al 583, que reproducen los vigentes arts. 267 y ss. del Cód. Civ. con leves variantes, salvo la gran innovación del art. 583.

El propuesto art. 583 dice: “Extensión de la obligación de los padres. La obligación de los padres de proveer de recursos a los hijos subsiste hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco años en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente”. La novedad no es más que otro paso de lo que comenzó varios años atrás.

El 17 de septiembre de 1992 fue sancionada por la Cámara de Diputados una ley, que oportunamente perdió estado parlamentario, por la que se proponía agregar al art. 265 del Cód. Civ. un 2º párrafo que decía: “La obligación de los padres de pasar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el art. 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el obligado, siendo el hijo mayor de edad, acredite que éste cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

Las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993) recomendaron *de lege lata* que “mediante una interpretación armónica y amplia de los artículos 3790, 370 y 372 del Código Civil, puede entenderse que el deber alimentario de los padres para con sus hijos menores de edad continúa después

de la mayoría de edad si la asistencia económica es necesaria para su formación laboral y profesional, y siempre que no exceda las posibilidades de los obligados”. En las mismas Jornadas se propuso *de lege ferenda*, por mayoría, “incorporar al Código Civil una norma que contemple la continuación de la obligación alimentaria aun cumplida la mayoría de edad del hijo, si la asistencia fuera necesaria para su formación laboral y profesional”.

El Proyecto sancionado por la Cámara de Diputados en 1993 propuso como 2º párrafo del art. 265 el mismo texto sugerido por la reforma de 1992, que más arriba transcribimos, y como 2º párrafo del art. 268, a continuación del texto vigente, agregaba: “Cuando los hijos llegan a la mayoría de edad o se emancipan, cesa de pleno derecho la obligación alimentaria, salvo lo que se disponga para casos especiales”. Ésta es una remisión al art. 265. Cabe resaltar que en este caso no se hacía referencia a continuación de estudios ni a preparación profesional, sino que se invertía la carga de la prueba que pesaba sobre el demandado, cuando el hijo que solicitaba alimentos tenía entre 18 y 21 años de edad, a pesar de que ya era mayor de edad.

Por su parte, el Proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo en 1993 también agregaba un 2º párrafo al art. 265, que decía: “La obligación de los padres de proveer de recursos a los hijos subsiste hasta que éstos alcanzan la edad de veinticinco años y en tanto la prosecución de sus estudios les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente”. A diferencia del de Diputados, el Proyecto del Poder Ejecutivo extiende la edad límite hasta los 25 años, nada dice sobre la inversión de la carga de la prueba, pero pone como requisito de dicha ampliación la prosecución de estudios, lo que si se probara que no es así haría caer la pretensión. La nota que acompaña a este artículo del Proyecto del Poder Ejecutivo dice: “Se propone extender la obligación alimentaria de los padres hasta los veinticinco años en tanto los menores continúen sus estudios, a fin de evitar los inconvenientes que para éstos podría resultar de la anticipación de la mayoría a los dieciocho años, así como también para llenar el vacío que se produce actualmente con relación a los mayores, que no han obtenido aún la posibilidad de lograr una total independencia económica como consecuencia de no haber concluido sus estudios”. La misma nota cita jurisprudencia francesa, según la cual la mayoría del hijo no pone fin a la obligación que tienen los padres de ayudarlo pecuniariamente a proseguir sus estudios; esa obligación se aprecia según las aptitudes del hijo, los medios y las conveniencias familiares. El mantenimiento de la obligación supone que el hijo prosigue los estudios correspondientes a la profesión que desea ejercer y que no dispone de medios propios que le permitan una existencia independiente, incluso llega a decir que la obligación persiste aunque el hijo se case contra la voluntad de sus padres o viva en concubinato.

Nuestra ley vigente carece de una previsión expresa en este sentido, no obstante, *de lege lata* se podría interpretar el art. 370 del Cód. Civ. como lo ha hecho la jurisprudencia francesa, pero exigiría que el juez fijara la extensión tem-

poral de la obligación de los padres, que de otro modo cesa al llegar el hijo a la mayoría de edad.

El nuevo Proyecto prevé en el art. 518 inc. c) la posibilidad de un régimen de alimentos para los hijos menores o incapaces convenido por los padres separados por mutuo acuerdo, aplicable al divorcio por art. 527. En este mismo trabajo, en oportunidad de analizar los alimentos entre cónyuges, hicimos comentarios a esta norma propuesta que son aplicables aquí.

En el Cap. III, “Vicisitudes de la patria potestad”, el proyectado art. 603, “Consecuencias de la privación y suspensión del ejercicio”, después de reiterar en su primer párrafo lo que constituye la primera parte del vigente art. 310 del Cód. Civ., dice como novedad en el 2º párrafo: “Ni la privación de la patria potestad ni la suspensión de su ejercicio liberan a los padres de los deberes como tales que sean compatibles con las causas que hayan conducido a esa situación”.

En el Título VIII, “Del parentesco”, Cap. V, “Deberes y derechos de los parientes”, la Sección Primera, “Alimentos”, se desarrolla en cinco párrafos. Este último Proyecto en comentario inicia el tema con una clara enunciación de las concurrencias de los alimentantes, basándose, como lo expresan sus autores en los Fundamentos, en el Anteproyecto de 1954 y en el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993.

En el párrafo 1º, “Sujetos del derecho y obligación alimentaria”, el proyectado art. 615 se refiere a los parientes consanguíneos y en el inc. a), que sería el 1º del vigente art. 367, como frase final propone agregar: “Si todos ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el tribunal puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado”. De este modo, está reiterando lo que planteaba en el 2º párrafo del art. 313 la reforma de 1993: “Los parientes del mismo grado están obligados en partes iguales, pero el juez podrá determinar cuotas diferentes según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado”, y en el 2º párrafo del art. 544, el Anteproyecto de 1954.

El propuesto art. 616 se refiere a los parientes por afinidad. El 1º párrafo reitera el texto del vigente art. 368 del Cód. Civ. y el 2º párrafo dice: “Respecto de los hijos del otro cónyuge, para que exista obligación alimentaria se requiere que exista o haya existido convivencia o trato paterno-filial entre alimentante y alimentado”. Esta limitación ha sido tomada de una recomendación de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993). En cambio, en este sentido el Proyecto de 1993 proponía como 2º párrafo del art. 368: “No existe obligación alimentaria con el hijo del cónyuge, que no sea hijo propio, y que haya sido concebido después de la celebración del matrimonio”, previsión que había sido criticada porque, por una parte, podía implicar una discriminación incompatible con la reforma de la ley 23264 y, además, traía cierta complejidad su articulación con el sistema de filiación impuesto por esa misma ley.

En el párrafo 2º, “Extensión de la obligación alimentaria”, el proyectado art. 619 se refiere al “Contenido de la obligación” e incorpora a la enunciación

del vigente art. 372 del Cód. Civ. “esparcimiento y educación”, reitera “correspondientes a la condición del que la recibe”, y añade “en la medida de sus necesidades y las posibilidades económicas del alimentante”. Esta propuesta reproduce textualmente el art. 311 sugerido por la reforma de Diputados de 1993. Es interesante recordar aquí que, si bien Vélez siguió a Freitas y el *Esboço*, en el art. 1613 distingue los alimentos naturales y los civiles, al igual que el Código español en sus arts. 142 y 143 y el italiano de 1942 en sus arts. 438 y 439; el art. 372 vigente sólo acoge los naturales. El Proyecto en tratamiento ha tomado también como contenido de la obligación a los alimentos civiles, con lo cual sigue a la moderna doctrina, que amplía la consideración de éstos hasta la satisfacción de todas las necesidades que surgen más allá de lo indispensable, teniendo en cuenta las condiciones personales y sociales de los sujetos activos y pasivos, según lo ha resuelto la jurisprudencia.

El art. 620 dice: “Modo de cumplimiento. La prestación se efectúa mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, justificando motivos suficientes”. El Anteproyecto de Código Civil de 1954, en el 2º párrafo del art. 547, disponía: “La prestación se efectuará mediante el pago de una renta de dinero, pero el obligado podrá solicitar se lo autorice a solventarla de otra manera, invocando motivos suficientes”. Como vemos, se ha tomado literalmente este texto. En el derecho extranjero, el Código italiano de 1942, en su art. 443, da opción al obligado a pagar en dinero o a acoger al beneficiario en su casa, o el juez determina la forma de suministro según las circunstancias del caso; del mismo modo lo resuelve el Código español en el art. 149. En nuestra ley vigente no hay previsión expresa sobre la cuestión y se interpretó, siguiendo la línea que estamos desarrollando, que la opción podría quedar en manos del deudor, como si se tratara de una obligación alternativa regulada por el art. 637 del Cód. Civ., según el cual “corresponde al deudor la elección de la prestación de uno de los objetos comprendidos en la obligación”. No obstante, la doctrina autoral y judicial mayoritaria entiende que debería hacerse efectiva en dinero a fin de evitar dificultades prácticas en el cumplimiento.

El párrafo 3º, “Reglas procesales”, está integrado por siete artículos. El primero de ellos, art. 621, se refiere al procedimiento, señalando que corresponde el más abreviado. El art. 375 del Cód. Civ. vigente indica el sumario y así también lo estableció el legislador del '93 en el art. 316, cuyo texto reiteró esta denominación.

En cuanto a la prueba del solicitante, no hay innovación en el art. 622; en cambio, el art. 623 dice: “Existencia de otros obligados. Al demandado por alimentos le corresponde probar que existe otro pariente de grado más próximo o igual grado, en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si el actor demanda a otros obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que les alcance la condena”. La primera parte de esta norma reproduce el art. 314 y la segunda, el art. 317 del Proyecto de Diputados de 1993.

El propuesto art. 625 expresa: “Retroactividad de la sentencia. Los alimen-

tos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación”. El art. 375 del Cód. Civ. vigente, al decir “desde el principio de la causa o en el curso de ella”, ha suscitado controversias acerca de la determinación de los efectos de la sentencia. La jurisprudencia mayoritaria estableció el carácter retroactivo de la sentencia de alimentos a la fecha de la interposición de la demanda. Luego, el Código Procesal de la Nación, en su art. 644, párr. 1° *in fine*, y el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, en el art. 641, consideraron que “admitida la pretensión, el juez fijará la suma que considere equitativa, y la mandará abonar por meses anticipados, desde la fecha de interposición de la demanda”. En cuanto a la posibilidad de sentencia condenatoria que pueda declarar la existencia de derecho a percibir alimentos desde la constitución en mora extrajudicial, no hay previsión alguna en nuestra ley. Las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (Mendoza, 1976) recomendaron, *de lege ferenda*, incorporar al Código un art. 375/1 que dijera: “Los alimentos, se deben desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado, siempre que se interponga demanda judicial en el término de tres meses contados desde la interpelación”. En el derecho extranjero, el Código Civil italiano de 1942 dispone en su art. 445: “Los alimentos son debidos desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado, cuando esta constitución vaya seguida, dentro de los seis meses de la demanda judicial”.

El art. 626 dispone: “Repetición. En caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros en proporción a lo que a cada uno le corresponde”. Estaría proponiendo la derogación del art. 371 del Cód. Civ., que consagra el principio de irrepeticibilidad de los alimentos pagados por un pariente obligado contra otros parientes también obligados en razón de que no se trata de una obligación solidaria; algunos autores han criticado la norma por este motivo, mientras que otros entendieron que era la mejor solución a fin de evitar que se plantearan situaciones familiares desagradables. La doctrina autoral y judicial ha considerado procedente la acción de contribución que podría ejercerse respecto al pago de cuotas futuras y así lo receptó el legislador de la ley ritual. El art. 650 del Cód. Proc. de la Nación y el art. 647 del de la Prov. de Buenos Aires disponen: “Toda petición de aumento, disminución, cesación o coparticipación en los alimentos, se substanciará por las normas de los incidentes en los procesos en que fueron solicitados”. Este trámite no interrumpirá la percepción de las cuotas ya fijadas. Los tribunales han interpretado que el demandado reintegrará una parte proporcional al alimentante pero no es él personalmente quien contrae la deuda con el alimentista; lo que no puede reclamar el alimentante son las cuotas pagadas antes de la interposición de la demanda de contribución. La propuesta del Proyecto en comentario tiene importancia práctica frente a la cuestión planteada respecto de la pretensión del pariente demandado de que se establezca la participación de otro pariente en el mismo juicio, convirtiendo a éste último en demandado aunque el acreedor no dirigió contra él la

acción, y a la solución de la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional Civil, que el 4 de marzo de 1992 resolvió que no es factible dictar condena contra el tercero obligado que fuera citado al proceso a propuesta del demandado y que constituye con éste un litisconsorcio pasivo facultativo (ED 146-473).

Por el art. 627 se aplicarían estas reglas procesales “a la obligación alimentaria entre cónyuges y a la derivada de la patria potestad”.

El párrafo 4º, “Protección del derecho alimentario”, comienza por el art. 628: “Medidas cautelares. Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes”. En esta norma se unifica lo que fuera propuesto por el proyecto de Diputados de 1993 en los arts. 327 y 329.

Las II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil (1991) hicieron recomendaciones sobre la protección del derecho alimentario, que fueron tomadas por el legislador de 1993 en los arts. 322, 324, 326 y 328, cuyas propuestas se reiteran en el Proyecto que estamos analizando, en los arts. 629, 630 y 632. El art. 629 dice: “Sanciones conminatorias. En caso de incumplimiento de la obligación alimentaria impuesta por sentencia, sea que se trate de alimentos definitivos o provisionales, procede la imposición de sanciones a fin de conminar al pago de la cuota. El tribunal puede disponer que las sanciones conminatorias rijan también para el caso de incumplimiento de las cuotas futuras”. El Proyecto de Diputados de 1993 proponía esa solución en el art. 326 y ejemplificaba una sanción concreta en el art. 328: “El juez puede disponer la prohibición de salir del país a quien ha sido condenado al pago de alimentos mientras no garantice previa y suficientemente su obligación”. La incorporación de esta medida fue propuesta por autorizada doctrina nacional especializada siguiendo las legislaciones de Uruguay, Venezuela, Ecuador y Colombia. Varios son los ejemplos de otras medidas que sugieren la doctrina autoral y judicial y el derecho extranjero. En el derecho vigente, las *astreintes* están reguladas en el art. 666 bis del Cód. Civ. y proceden ante el incumplimiento de una obligación dispuesta en sentencia judicial.

El art. 630 dispone: “Omisión de retener. Quien no cumpla la orden judicial de retener la suma correspondiente a una obligación alimentaria de su dependiente o acreedor, pagando directamente a éstos, es solidariamente responsable de la obligación hasta la concurrencia de la retención omitida”. Esta novedad, que recoge resoluciones de los tribunales ante el vacío legal, fue delineada en el art. 324 del Proyecto de Diputados de 1993, pero se omitía la extensión de la responsabilidad que señala el art. 630.

El párrafo 5º, “Cesación y reducción de alimentos”, en el art. 631 dice: “Cesación o reducción provisionales. Presentada la demanda por cesación o reducción de la cuota alimentaria, si el derecho del actor es verosímil, el tribunal puede disponer como medida precautoria la cesación o el pago de una cuota provisoria que rija durante la substanciación del proceso, respectivamente. Si la demanda es rechazada, el actor debe satisfacer los montos que debió haber pagado y sus accesorios. En caso de prosperar la demanda de cesa-

ción y haberse dispuesto el pago de una cuota provisional, las sumas pagadas en tal concepto no son repetibles”. El legislador del '93 propuso esta solución en el art. 322 y además preveía en el art. 323 que: “Cuando la demanda de alimentos fuere rechazada, los alimentos provisionales no serán restituidos si el reclamante ha actuado de buena fe. Al dictar sentencia rechazando la demanda, en todos los casos el juez calificará la buena o mala fe del reclamante”, valoración que no recogió el Proyecto en comentario.

El art. 632 reza: “Cesación. Cesa la obligación alimentaria: a) Si el alimentado comete algún acto que lo torna indigno de heredar al alimentante. b) Por la muerte del alimentante o del alimentado. c) Cuando desaparecen los presupuestos de la obligación. En el primer caso subsiste la obligación de pagar las cuotas adeudadas”. El vigente art. 373, según el texto ordenado por la ley 23264 dice: “Cesa la obligación de alimentos si los descendientes en relación a sus ascendientes, cometieren algún acto por el que puedan ser desheredados”. El proyecto de Diputados del '93 sugería no innovar respecto a este artículo pero sí planteaba introducir una nueva causal de indignidad mediante el art. 3296 ter.: “Lo es también aquella persona, que obligada por sentencia judicial a prestar alimentos al causante, no lo hubiese hecho”, y de desheredación, agregando al art. 3747: “Los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes por las causas siguientes: ...4ª. Por el incumplimiento de prestar alimentos al causante, cuando tal deber haya sido reconocido por sentencia judicial”. Con respecto a las dos últimas sanciones propuestas, corresponde hacer notar que ellas surten efecto después de la muerte del beneficiario, privando de derechos sucesorios al obligado incumplidor. El Proyecto que comentamos, en cambio, en la enumeración del propuesto art. 632 inc. a) se refiere a la indignidad con el propósito de identificar el tipo de acto que si lo llevara a cabo el alimentado le haría perder su derecho; y en cuanto a los efectos después de la muerte del beneficiario, cabe destacar que este Proyecto no prevé a la desheredación como causal de ausencia de vocación sucesoria. Acerca de la indignidad, el propuesto art. 2231 enuncia: “Causas de indignidad. Son indignos de suceder: ...e) Los parientes y el cónyuge que hayan abandonado al causante no suministrándole los alimentos debidos ...g) El padre o la madre... que no hayan prestado al hijo alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna...”

El art. 633 dice: “Procedimiento. La pretensión de cesación, aumento o reducción de los alimentos debe tramitar por el procedimiento abreviado que prevea la ley local”. En la ley vigente el procedimiento se lleva a cabo por incidente, por aplicación del art. 650 del Código Procesal de la Nación y del art. 647 del de la Provincia de Buenos Aires.

El Título IX, “De la adopción”, Cap. VII, “Efectos de la adopción”, formula novedades respecto del tema que nos ocupa. El art. 658 dispone: “Adopción plena. La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia anterior y se extingue el parentesco con sus integrantes y sus efectos jurídicos, con la excepción de los impedimentos matrimoniales y de los derechos alimentarios y sucesorios del

adoptado. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y deberes que el hijo biológico. La adopción del hijo del cónyuge deja subsistir la filiación de origen respecto de éste y de su familia, emplazando al adoptado como hijo matrimonial de ambos. Después de concedida la adopción plena, se admite el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación contra éstos, con las consecuencias legales en materia de impedimentos matrimoniales, derecho alimentario y sucesorio del adoptado, sin modificar ninguno de los efectos de la adopción. En los Fundamentos del Proyecto sus autores afirman: “La determinación del estado de sangre del adoptado es siempre procedente, con las consecuencias legales en materia de impedimentos, alimentos y derechos sucesorios, sin alterar las propias de la adopción. La adopción plena no extingue los derechos alimentario y sucesorio con respecto a la familia biológica, porque se piensa que la adopción no puede ser fuente de perjuicios para el adoptado”. Se proponen cambios respecto de la legislación vigente, ya que la ley 24779 de 1997, que derogó la ley 19134 e incorporó la regulación de la adopción al Código Civil, mantuvo las mismas disposiciones en el sentido de que, después de la adopción plena, sólo subsisten los impedimentos matrimoniales con la familia de sangre; además, reiteró la improcedencia del reconocimiento del adoptado y del ejercicio por su parte de la acción de reclamación de estado. El art. 323 del Cód. Civ. dice: “La adopción plena... extingue el parentesco... con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales...”, y el art. 327 del Cód. Civ. expresa: “Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323”. Estas normas coinciden con los arts. 14 y 19 de la derogada ley 19134. La crítica que se hace al sistema vigente se basa en la colisión que podría darse respecto de contenidos expresos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En el derecho extranjero, la ley chilena 16346, art. 5º, inc. 2º, da posibilidad de que el legitimado adoptivo mantenga el derecho alimentario que pudiera corresponderle en su familia de sangre. (*Aplausos*).

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.— Agradecemos a la doctora Wagmaister su interesante aporte y le concedemos la palabra a la doctora Medina.

Dra. Medina

La reforma más importante del Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de familia es la introducción de una serie de normas, comunes a todos los regímenes patrimoniales matrimoniales, que son de orden público e inderogables por la voluntad de las partes.

Decimos que éstas constituyen la novedad más trascendente porque en la actualidad se carece de este tipo de reglas, obligatorias cualquiera sea el régimen a aplicar. Podría pensarse que esta omisión del sistema vigente se debe a

que tales reglas carecen de sentido por existir un régimen patrimonial matrimonial único, legal y forzoso. Pero tal razonamiento es erróneo porque en el ordenamiento jurídico coexisten dos regímenes patrimoniales matrimoniales, que son el de comunidad y el de separación de bienes, y para el segundo no existe norma alguna de tuición de la vivienda familiar o de contribución por las necesidades básicas del hogar, disposiciones que sí existen en el régimen proyectado.

Podría afirmarse que el tema más significativo en el ámbito familiar propuesto por el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 es la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales. Pensamos que la posibilidad de la opción implica un gran cambio en la legislación argentina pero, en orden de importancia para la institución familiar, el conjunto de normas comunes a todos los regímenes, que se ha dado en llamar “régimen primario”, es sin lugar a dudas la propuesta de mayor trascendencia porque busca tutelar los pilares patrimoniales básicos de la familia, cuales son los derechos a la vivienda familiar y los muebles que la integran así como la atención de las necesidades ordinarias del hogar y de los hijos.

Nos parece importante destacar que el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, que ha sido tachado por algún sector de la doctrina como anti solidario y contrario al interés familiar por conceder la posibilidad de opción de regímenes patrimoniales matrimoniales, es superlativamente más tuitivo de la familia que el régimen vigente, al incorporar un conjunto de reglas de orden público que establecen pautas proteccionistas de los derechos a la vivienda familiar, de los muebles que en ellas están incluidos y de las necesidades básicas de los cónyuges y sus descendientes, de las que hoy se carece o se tiene en un grado reducido.

Con el fin de realizar un primer análisis de este tema, nos proponemos dar el concepto de “régimen primario básico”, explicar el por qué de la terminología, enumerar los caracteres y establecer su contenido; luego, establecer el objeto, la forma y la extensión de las cargas familiares, para finalmente abocarnos a precisar la protección pensada para la vivienda familiar y los muebles que componen el ajuar doméstico.

Trataremos de realizar un estudio comparativo de los institutos vigentes con los proyectados en aquellos casos en que el régimen contenga normas similares a las propuestas, pero anticipamos que las reglas proyectadas son innovadoras en nuestra legislación y, en muchos casos, no tienen similitud con el sistema actual, mucho menos tuitivo de la familia y de la vivienda familiar que el propuesto por la Comisión de reforma en el régimen primario básico.

Con el nombre de “régimen primario” se reconoce al conjunto de normas referidas a la economía del matrimonio que se aplican de forma imperativa a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal.

El régimen económico matrimonial primario ha sido definido por Simón Santonja como “reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes, sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de

interdependencia y satisfacer las necesidades del hogar y la independencia, en especial de la mujer casada”.

El régimen primario también es conocido como “estatuto patrimonial de base”, “estatuto fundamental”, “régimen patrimonial primario” o “régimen primario imperativo”.

La denominación “régimen primario” tiene su origen, en el derecho continental, en la reforma del Código Civil francés de 1965 y surge de la distinción entre normas “primarias”, aquéllas inderogables que nacen como consecuencia del matrimonio, y normas “secundarias”, que derivan de la voluntad de las partes al elegir el régimen de bienes del matrimonio o de la aplicación supletoria de la ley.

A través del régimen primario el legislador hace prevalecer la concepción filosófica imperante en la sociedad, en un lugar y en una época determinados, sobre la institución matrimonial, en su dimensión patrimonial.

En la actualidad, la institución matrimonial requiere en lo patrimonial de normas solidaristas que protejan la vivienda familiar y los muebles que la componen, así como también, de reglas claras, relativas a la responsabilidad de los cónyuges en materia asistencial.

El régimen del Código Civil vigente carece de un estatuto patrimonial familiar básico, en gran medida porque rige en forma obligatoria el régimen de comunidad de bienes. No obstante lo cual, es necesaria la existencia de un régimen primario, ya que el sistema actual permite la vigencia del régimen de separación de bienes en situaciones especiales. Para estos supuestos no hay normas relativas a las cargas comunes de los cónyuges ni tampoco preceptos que protejan el hogar conyugal.

El Proyecto de Reforma del Código Civil redactado por la Comisión designada por decreto 685/95, que fue elevado al Presidente de la Nación el 18 de diciembre de 1998 y remitido por éste al Honorable Congreso de la Nación Argentina el 30 de junio de 1999, admite la posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio antes de su celebración y de modificarlo durante su vigencia.

Aceptada la posibilidad de elección del régimen patrimonial, es necesaria la regulación de un régimen primario imperativo; éste es contemplado en el Libro Tercero, “De las Relaciones Familiares”, Título II, “Del régimen patrimonial del matrimonio”, Capítulo I, Sección tercera, “Disposiciones comunes a todos los regímenes”, artículos 446 a 455.

De la coordinación de estas normas con la totalidad del ordenamiento propuesto surge que las disposiciones comunes a todos los regímenes tienen los siguientes caracteres: son imperativas, inderogables, permanentes y de orden público.

El régimen patrimonial primario se ocupa fundamentalmente de: determinar cómo deben contribuir los cónyuges a solventar las necesidades del hogar; establecer los caracteres de responsabilidad de los cónyuges frente a los acreedores; fijar normas de protección de la vivienda familiar y de los bienes que la componen; disponer la necesidad del asentimiento para los actos relativos a la

disposición de la vivienda en común y de los bienes que la componen; prever la forma en que se suplirá la falta de asentimiento conyugal, por ausencia, impedimento o negativa injustificada; determinar la ineficacia de los actos realizados sin el asentimiento conyugal; otorgar medidas precautorias para impedir que se defraude el régimen primario.

El deber de contribución está establecido en el artículo 447, que dice:

“Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos incapaces de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

“El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”.

Ambos cónyuges deben contribuir a las necesidades del hogar, de los hijos comunes y de los hijos del otro cónyuge que conviven con ambos.

El *hogar* al que hace alusión la norma es la sede de la familia, que no necesariamente debe ser una vivienda propia, ni siquiera debe tratarse de un inmueble, ya que puede tratarse de una habitación en un hotel, de una pensión así como también de un circo ambulante o de una caravana.

El hogar puede ser el normal o el transitorio, es decir que la norma comprende las necesidades de una familia que transitoriamente, por motivos de estudio o de enfermedad, se haya trasladado a un lugar que no es su residencia habitual.

Dentro de las necesidades del hogar, en la legislación extranjera se acepta que ambos cónyuges se encuentran obligados por el pago del canon locativo, lo que es lógico, porque el hogar conyugal puede no estar en un inmueble propio.

Ambos cónyuges deben contribuir a satisfacer las necesidades de los *hijos*, tanto comunes como incapaces de uno de los cónyuges que convivan con ellos. Tal contribución no es exactamente igual porque, en el caso de los hijos comunes, la obligación se extiende, aun cuando no convivan con los padres: durante la menor edad, es decir hasta los 18 años; durante la incapacidad, en caso de interdictos; hasta los 25 años, mientras estudien (art. 583). Siempre que les falten medios para alimentarse y que no sea posible adquirirlos con su trabajo (art. 622).

Mientras que para el supuesto de hijos de uno solo de los cónyuges, para que exista el deber de contribución deben convivir en el hogar común y ser incapaces. No se extiende al supuesto en que no convivan en el hogar conyugal. Tampoco comprende a los mayores de 18 años y menores de 25, estudiantes.

La letra de la norma no incluye dentro del deber de contribución la manutención de los *familiares* a cargo de uno de los cónyuges, pero en el supuesto de que transitoriamente se encuentren en el hogar común, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar. Así se predica en la doctrina española al señalarse que no son parte del deber de contribución “las atenciones de cualesquiera parientes de uno de los cónyuges, ni tampoco las de cualquiera de las personas que conviven en el hogar como un huésped

o invitado por uno de los cónyuges, respecto del cual sólo serán gastos domésticos los propios del alojamiento y manutención (no como norma habitual el vestido)... También la alimentación de las personas empleadas en el hogar o el alojamiento de las que conviven en él, son gastos familiares”.

Los *alimentos* comprenden las incumbencias de alimentación, cuidado corporal, vestido, educación, menaje, entretenimiento, transporte, suministros corrientes, servicio doméstico, reparaciones ordinarias. En general, todos los bienes y servicios que componen la razonable cobertura de las necesidades vitales de la familia.

Cada uno de los cónyuges está obligado a contribuir con las necesidades primarias de la familia en proporción a sus recursos, con todo su patrimonio, cualquiera haya sido el origen de la deuda o el cónyuge contratante.

En ello radica fundamentalmente la diferencia con el sistema actual previsto para el régimen de comunidad, reglamentado en los artículos 5 y 6 de la ley 11357, en el cual los cónyuges responden con todo su patrimonio por las deudas por ellos contraídas. Mientras que por las deudas comunes, que son las relativas a la conservación de los bienes comunes, de la educación de los hijos y del mantenimiento del hogar, el cónyuge que no contrajo la deuda responde con los frutos de los bienes propios y los frutos de los gananciales que él administra.

La desaparición de la desigualdad entre los esposos conlleva que ambos deban contribuir a los gastos del hogar conyugal y al mantenimiento de los hijos sin tener en cuenta quién contrata. La manera en que lo deben realizar está relacionada con sus posibilidades, ya que cada uno está obligado en la medida de sus recursos.

En este aspecto cobra relevancia que el trabajo en el hogar tiene un valor económico, aunque éste resulta difícil de cuantificar, mientras que el trabajo fuera del hogar es fácilmente cuantificable a fin de determinar los recursos de cada cónyuge.

Resulta importante, por lo novedoso del ordenamiento, tener en cuenta la forma de la contribución a los gastos del mantenimiento familiar previstos en el artículo 5 del Código de Familia de Cataluña, que dice:

“1. En la forma que pacten, los cónyuges contribuyen a los gastos del mantenimiento familiar con la aportación propia al trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios.

“2. Los hijos, mientras conviven con la familia, contribuyen proporcionalmente a estos gastos en la forma prevista en el artículo 146.

“3. Los demás parientes que conviven con la familia contribuyen a ello, en su caso, en la medida de sus posibilidades y de acuerdo con los gastos que generan”.

Advertimos que, a diferencia del catalán, el Proyecto argentino se ocupa só-

lo de la contribución de los cónyuges, no de la contribución de los hijos o demás familiares.

En cuanto a la extensión de la contribución, el tema consiste en determinar hasta dónde responden los dos cónyuges solidariamente con todo su patrimonio; ello es de una gran importancia frente a los acreedores, ya que para los terceros es fundamental poder precisar si el patrimonio que servirá de prenda común a sus acreencias es el de ambos cónyuges o el de uno solo de ellos.

Lamentablemente, la respuesta en este tema no es unívoca porque dependerá de: el fin del gasto; la razonabilidad del gasto; que se trate de necesidades ordinarias; que sean gastos usuales; estándar de vida de la familia.

Las soluciones en el Derecho Comparado son orientativas pero no uniformes; así, en Alemania se considera como integrantes del poder doméstico el arrendamiento de una vivienda, la contratación de un viaje o un apartamento de vacaciones, o la compra de objetos de regalo para parientes o amigos, mientras que en España el arrendamiento de una vivienda de vacaciones es considerado, en general, un acto de administración extraordinaria, ajeno al deber de contribución de ambos cónyuges.

En Alemania, la compra de un automóvil, si no tiene preponderantemente finalidad negocial o deportiva, se incluye en la esfera de gastos a los que están obligados a contribuir ambos cónyuges, mas en España excede de los límites legales que representa la satisfacción de una necesidad ordinaria.

El Código francés establece en el artículo 220 que la solidaridad de los esposos frente a los contratos que tengan por objeto los gastos del hogar no tiene lugar cuando los gastos fueran excesivos frente al tren de vida de los esposos o la utilidad o inutilidad de la operación, o la mala o buena fe de los terceros contratantes.

Pero, en definitiva, el legislador no da en ningún país una definición exacta de la obligación de contribución. Por lo que para su determinación cobran gran importancia los principios enumerados al comienzo de este título y las decisiones jurisprudenciales, que en el Derecho Comparado siempre han considerado que ambos cónyuges deben contribuir a los gastos de vestimenta, domésticos, médicos, quirúrgicos y farmacéuticos. Y han estimado que no están comprendidos en el deber de contribución las operaciones de bolsa, los contratos realizados para colaborar con un hijo mayor de edad, la compra de decenas de libros de lujo.

El deber de contribución puede ser analizado desde dos órbitas diferentes: una, referida a los cónyuges entre sí (relaciones internas al matrimonio) y otra, a los terceros (relaciones externas).

En las relaciones conyugales resulta importante definir cómo puede un cónyuge obligar a otro a cumplir con su deber de contribución y con qué medios cuenta para evitar que el otro ponga en peligro a la familia por incumplimiento de sus deberes.

En el aspecto interno entre los esposos, el Proyecto prevé que el cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmen-

te por el otro para que lo haga. Y además establece medidas precautorias a fin de asegurar el cumplimiento de los deberes patrimoniales matrimoniales (artículo 454 del Proyecto).

En el régimen propuesto por la Comisión de reforma, el deber de contribución por las deudas comunes es solidario y no existe subsidiariedad alguna, es decir que ambos cónyuges responden frente a los acreedores por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes y no comunes que convivan con el matrimonio. Creemos que la solidaridad familiar se encuentra más protegida en el régimen propuesto que en el que establece que el cónyuge que no contrató sólo responde subsidiariamente.

Una de las novedades más radicales contenidas en la reforma es la protección de la vivienda familiar, contemplada en el artículo 448, que resulta mucho más tuitiva que la otorgada en la actualidad por el bien de familia y por el artículo 1277 del Código Civil.

Resulta fundamental para interpretar la norma proyectada señalar que la garantía constitucional de protección a la vivienda familiar ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda de que gozan legítimamente quienes no lo son.

Esta nueva visión se funda en la distinción entre “el derecho a la vivienda y sobre ella”. El derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre, nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho personal o real de disfrute. Ahora bien, la importancia social que la familia impone, a veces hace prevalecer el derecho a la vivienda por encima del derecho sobre la vivienda.

Por vivienda común se entiende: la vivienda propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal; el inmueble de propiedad común de ambos cónyuges; el inmueble alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo; el mueble o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente.

En definitiva, para la protección es indiferente el título por el cual la familia ocupe el inmueble destinado a ser sede del hogar conyugal, es decir que no importa que se trate de una propiedad o de una locación, ni tampoco quien sea el propietario o el locatario, ello no transforma sin más al cónyuge no propietario en propietario de la vivienda ni en locatario de ella. La singularidad de la protección no reside en que forzosamente los cónyuges hayan de ser cotitulares del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos arrendaticios de un esposo por voluntad unilateral, de modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo, cederlo en los casos en que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etcétera. Si bien un esposo dispuesto a dejar el arriendo tiene, cuando el arrendado también lo quiere así, el refugio de incurrir en una causa de desahucio, ésta, siempre que no vaya acompañada de un acuerdo fraudulento con el arrendador, dará lugar cuando éste lo haga valer, a la extinción del arriendo.

Creemos que la protección no alcanza a la segunda vivienda, o residencia alternativa o secundaria, como podría ser la casa de fin de semana o de vacaciones.

El concepto de vivienda en común no sólo rige para los inmuebles, también es aplicable a las viviendas familiares que se constituyan en casas rodantes, *trailers*, barcos, siempre que sean registrales.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci señala que en la *Family Home Protection* irlandesa del 12-7-76 el término “vivienda” incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil –o parte de ellos– utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etcétera unidos a la vivienda y usados habitualmente con ella.

El art. 1277 del Cód. Civil establece que para disponer del inmueble en que está radicado el hogar conyugal se requiere del asentimiento de ambos cónyuges. La legislación proyectada propone una norma más amplia porque habla de disponer de los derechos sobre la vivienda.

La fórmula “derecho sobre la vivienda” es más amplia que “actos de disposición” y comprende todos los actos de disposición de contenido real, es decir, la venta, permuta, usufructo, uso y habitación, y también los actos de disposición de tipo personal como la locación y el comodato.

En definitiva, los actos que requieren asentimiento son todos aquellos que impiden o restringen el uso de la vivienda por los cónyuges.

Resulta discutible si uno de los cónyuges puede vender el inmueble con reserva de usufructo. Un sector de la doctrina española entiende que sí, porque no puede compararse la estabilidad del dominio con la del derecho de usufructo. Por nuestra parte, pensamos que no es necesario tal asentimiento porque, si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien.

La norma en análisis se refiere a los muebles indispensables del hogar. Dentro de éstos deben considerarse comprendidos los elementos mínimos para el desarrollo de la vida conyugal, para cuya determinación tendrá importancia toda la jurisprudencia relativa a la embargabilidad de bienes. El mobiliario, al igual que la vivienda, debe tener un uso familiar, no sólo de la familia en su conjunto sino de cualquiera de sus miembros.

El fundamento del precepto parece claro: se trata de salvar “el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: dueño o arrendatario; es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle, o en una casa sin amueblar, ni aunque sea el dueño de la habitación o el mobiliario”.

El art. 1277 del Cód. Civil dispone que si hubiera hijos menores o incapaces, será necesario el asentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble en que está radicado el hogar conyugal.

La legislación proyectada no contiene el requisito de la existencia de hijos; la protección a la vivienda común se otorga desde el nacimiento del matrimonio aun cuando no existieran descendientes. Basta para otorgarla que en el hábitat convivan los cónyuges, independientemente de la existencia de hijos.

Se limita la posibilidad de ejecución de la vivienda común por los acreedores de uno solo de los cónyuges, a fin de evitar que mediante el endeudamiento el propietario de la vivienda comprometa a ésta sin intervención del otro cónyuge.

La vivienda en común puede ser embargada por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por las que hayan sido adquiridas conjuntamente por ambos esposos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

El problema se plantea con las deudas que derivan de tasas de contribuciones que gravan al inmueble, así como también de los servicios como el telefónico, de las expensas comunes y de reformas o construcciones realizadas en la vivienda; entendemos que, en tales casos, el inmueble puede ser ejecutado porque: los cónyuges han contraído la deuda de forma conjunta, ya que indiscutiblemente ambos han otorgado su asentimiento a la prestación del servicio o a la realización de la mejora, o se han beneficiado con el objeto de la tasa o contribución; se trata de deudas relativas al sostenimiento del hogar conyugal, por el que ambos cónyuges responden solidariamente con todo su patrimonio; por analogía, debe otorgarse igual protección a la dada para la vivienda en general en el artículo 239 del Proyecto de reforma.

Respecto del asentimiento conyugal, el art. 449 establece: “En todos los casos en que requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”. Y el art. 450 dispone: “Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo”.

Estas disposiciones dejan de lado la utilización del término “consentimiento”, empleado en el art. 1277 del Cód. Civil y criticado unánimemente por la doctrina; en su lugar, correctamente, se dice: “requiere el asentimiento”, esto es, la declaración o conformidad del cónyuge no titular de la gestión del bien: declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno, es decir, concluido por otro.

La norma proyectada requiere el asentimiento no sólo al acto en sí sino también a sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etc.). En caso de negativa a prestar el asentimiento, se puede solicitar la venia judicial supletoria.

La autorización judicial sólo puede ser dada para que el cónyuge titular realice el acto de asentimiento, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición, es decir, el juez no puede obligar al dueño de la vivienda a realizar un acto a pedido de su cónyuge, debe limitarse a dar su autorización cuando el otro la niegue y no esté comprometido el interés familiar.

En nuestros tribunales, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de perfilar qué debe entenderse por interés familiar y ha coincidido en que cuando el acto priva al cónyuge o a sus hijos de la habitación, contraría el interés familiar.

En tal caso, la autorización sólo debe proceder si se les otorga otro hogar de comodidad suficiente, de acuerdo con el estándar de vida familiar.

Al establecerse que el asentimiento debe darse sobre los elementos constitutivos, se busca evitar el asentimiento general anticipado, tan discutido en nuestra doctrina por tratarse de una manera de desnaturalizar la necesidad de brindar el asentimiento.

Para la protección de la vivienda en común es indiferente el título por el que se ocupa la habitación. Si bien los más frecuentes son el de propiedad y el de locación, puede ser cualquier otro.

En el caso del arrendamiento, la protección de la vivienda impide que el cónyuge arrendatario pueda, por su sola voluntad, rescindir el contrato, tras pasarlo o cederlo en contra del interés familiar.

En el régimen vigente se discute si para la realización de un boleto de compraventa se requiere el asentimiento del cónyuge. En general, la doctrina se inclina por considerarlo innecesario, porque el boleto de compraventa no encierra un acto de disposición, que es el tipo de acto para el cual el artículo 1276 requiere asentimiento.

En el régimen proyectado se regla sobre el contrato preliminar en el artículo 934 y sobre la promesa de contratar en el artículo 935, que establecen:

“ARTÍCULO 934.- Disposiciones generales. Los contratos preliminares previstos en esta Sección generan obligaciones de hacer si el futuro contrato no es de formalidad solemne absoluta.

“Deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen un futuro contrato.

“El plazo de vigencia de la promesa de contratar, y el plazo para ejercer la opción de contratar, son de un (1) año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlos a su vencimiento”.

“ARTÍCULO 935.- Promesa de contratar. La promesa de contratar obliga a las partes a celebrar un futuro contrato”.

Interpretamos que como el boleto de compraventa implica una forma de disponer de un derecho sobre la vivienda en común, el boleto de compraventa requiere del asentimiento del otro cónyuge.

En síntesis, podemos enunciar las siguientes conclusiones:

1. Como hemos dicho, el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, al posibilitar la opción de regímenes patrimoniales matrimoniales, es mucho más tuitivo de la familia que el sistema vigente, ya que mediante un conjunto de reglas de orden público, comunes a todos los regímenes, establece o amplía pautas de protección de los derechos sobre la vivienda familiar, de los muebles incluidos en ella y de las necesidades básicas de los cónyuges y sus hijos.

2. El conjunto de normas referidas al aspecto patrimonial del matrimonio que se aplican de forma imperativa a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, recibe el nombre de “régimen patrimonial primario”.

3. El régimen patrimonial primario se ocupa fundamentalmente de: determinar cómo deben contribuir los cónyuges a solventar las necesidades del hogar; establecer los caracteres de responsabilidad de los cónyuges frente a los

acreedores; fijar normas de protección de la vivienda familiar y de los bienes que la componen; disponer la necesidad del asentimiento para los actos relativos a la disposición de la vivienda en común y de los bienes que la componen, prever la forma en que se suplirá la falta de asentimiento conyugal, por ausencia, impedimento o negativa injustificada; determinar la ineficacia de los actos realizados sin el asentimiento conyugal; otorgar medidas precautorias para impedir que se defraude el régimen primario.

4. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento y al de las necesidades ordinarias del hogar y de los hijos, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos incapaces de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga.

5. Para determinar si el gasto entra dentro del deber de contribución de ambos cónyuges, hay que tener en cuenta: el fin del gasto; la razonabilidad del gasto; que se trate de necesidades ordinarias; que sean gastos usuales; el estándar de vida de la familia.

6. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos.

7. La garantía constitucional de protección a la vivienda familiar ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda de que gozan legítimamente quienes no lo son.

8. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda común, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de un (1) año de haberlo conocido, pero no más allá de un (1) año de la extinción del régimen matrimonial.

9. La vivienda común no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del matrimonio, salvo que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro, o se trate de impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble, expensas comunes u obligaciones adquiridas en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda.

10. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos y debe ser brindado tanto para los contratos, como para los contratos preliminares y para la promesa de contrato.

11. El Proyecto de Reforma al Código Civil argentino en materia de familia logra un adecuado equilibrio entre la autonomía de la voluntad en materia de régimen patrimonial del matrimonio y la solidaridad familiar, posibilitando la elección del régimen patrimonial matrimonial y otorgando una amplia protección a los derechos sobre la vivienda familiar y los bienes que la componen, conjuntamente con un sistema de responsabilidad solidaria de ambos

cónyuges respecto a las necesidades del hogar y al sostenimiento de los hijos. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.— Agradecemos a la doctora Medina por su valioso aporte y le concedemos la palabra a la profesora consulta, doctora Nelly Minyersky.

Dra. Minyersky

El Proyecto de Reforma del Código Civil en estudio revela un profundo y serio deseo de rever nuestra legislación civil en los distintos ámbitos que ella abarca.

Por distintos motivos que no es posible analizar en esta intervención, las reformas legislativas en general en nuestro país no han sido acompañadas de estudios y debates en el ámbito jurídico; tampoco se ha promovido una previa investigación socio-jurídica que ayudaría a lograr la efectividad y eficacia que son debidas a una norma.

A ello debería sumársele un debate abierto en el seno de toda la sociedad, ya que a ella va dirigida.

Es dable observar que en esta oportunidad no se abrió un debate previo a la presentación del Proyecto, pero sus autores lo han promovido en forma intensa. El reiterado pedido de opiniones es un hecho auspicioso que permitirá enriquecer el Proyecto tanto en aquello que la consulta ratifique como en lo que se incorpore o modifique. El fructífero intercambio promovido por los autores en congresos y cursos enriquecerá aún más el serio trabajo emprendido.

En lo atinente a las normas de Derecho de Familia, se ha avanzado y ello es encomiable en instituciones de tal importancia como la filiación, la capacidad, el derecho alimentario y el régimen patrimonial del matrimonio.

Atento el breve tiempo que tenemos para desarrollar nuestra exposición, nos limitaremos a señalar algunas características de las modificaciones propuestas.

La actual redacción del Código Civil dispone en su art.126 que: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”.

El Proyecto del Código Civil, en su art. 20, establece acerca de la mayoría de edad que: “Son menores las personas que no tienen la edad de dieciocho años. Su incapacidad cesa el día en que cumplen esa edad”.

Se acompaña así el criterio adoptado por la tendencia universal en el Derecho Comparado.

Cabe destacar que la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1º, nos dice que: “para los efectos de la presente Convención se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; puede así quedar implícito que a partir de ese momento la persona adquiere una maduración tal que en la mayoría de las legislaciones implica capacidad plena. En la reserva que efectuó nuestro país no se objetó el límite de edad allí dispuesto.

Asimismo, la realidad de mercado y comercio internacional que deviene

con la creación de mercados comunes, tal como el caso del Mercosur, conforme es mencionado por los autores en sus Fundamentos, y sus nuevas pautas legislativas, imponen la necesidad de asegurar la libertad de desplazamiento entre los países miembros y la posibilidad del libre establecimiento de las personas.

Como también se expresa en los Fundamentos de la norma citada, dichos fines serán más accesibles “con un régimen uniforme de adquisición de la plena capacidad de ejercicio”.

Desde hace tiempo se ha intentado introducir en nuestro plexo legal la disminución en la mayoría de edad en virtud de la vertiginosa evolución social y el creciente protagonismo de las nuevas generaciones. Asimismo, los diferentes proyectos presentados que abogaban por fijar la mayoría de edad a los dieciocho años acompañaban la tendencia mundial. Desde hace más de cuarenta años se viene imponiendo, y ninguno de los países que la han aplicado han tenido que volver sobre sus pasos aumentando el límite de edad.

Igualmente, una importante cantidad de derechos y obligaciones que sólo se hallaban en manos de los mayores de 21 años se han ido trasladando a los mayores de 18 años, incluso a los de 16 y 17, tales como la donación de órganos, el voto, la licencia de conductor y en su tiempo, la conscripción militar obligatoria.

El cambio de pautas culturales y la crisis económica han determinado la necesidad de que los jóvenes se inserten en el mercado laboral dotados de plena capacidad legal. Las estadísticas demuestran que es mayor la proporción de jóvenes integrados al campo del trabajo a los 18 años que a los 19.

Consecuentemente con la fijación de la mayoría de edad a los 18 años, los autores han dispuesto en el art. 583 la extensión de la obligación alimentaria de los padres en los siguientes términos: “La obligación de los padres de proveer de recursos a los hijos subsiste hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco (25) años en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse”.

Lo novedoso en esta propuesta es que se incluye la preparación profesional, lo que amplía el espectro a aquellos jóvenes que, si bien no continúan estudiando, se encuentran realizando pasantías, cursos, etcétera.

La subsistencia de la obligación alimentaria no es un tema nuevo. Se ha discutido si la obligación alimentaria cesa o no con la mayoría de edad.

En el Derecho Comparado podemos observar que la mayoría de los países ha receptado esta cuestión en sus leyes o a través de su jurisprudencia. Así, la legislación francesa reconoce la obligación de mantenimiento, sustento y educación, denominada *entretien*.

La legislación civil alemana comprende dentro de la manutención de la persona a los gastos de educación y preparación profesional, de acuerdo con las posibilidades de sus padres y la capacidad del hijo para proseguir sus estudios.

A ello le han introducido limitaciones lógicas, tales como el costo de los es-

tudios escogidos y que sean desarrollados sin interrupciones. Los doctorados han quedado fuera de la obligación alimentaria de los padres.

En el Código Civil suizo, los alimentos al hijo se deben hasta la mayoría de edad, sin embargo, si hasta los 25 años continúa estudiando debe ser asistido por sus padres, siempre dentro de las circunstancias en que se encuentren los progenitores. Del mismo modo, si el menor de edad trabaja y se halla en condiciones de cubrir sus necesidades, la obligación alimentaria puede cesar antes de la mayoría de edad.

En el capítulo de filiación se proyectan algunas innovaciones positivas. Consideramos que dentro de estos avances deben destacarse el art. 558, sobre la acción del Ministerio Público, el art. 561 y aquellos que se refieren a los casos de fecundación asistida de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero.

Recordemos que actualmente el art. 255 nos indica que, en todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de un padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público, que procurará la determinación de la paternidad y el consiguiente reconocimiento. Si así no lo lograre podrá promover la acción judicial, siempre que medie conformidad expresa de la madre para hacerlo. La modificación de este artículo fue propuesta en numerosas jornadas, ya que se consideró que el derecho a la identidad es propio del niño y que la investigación de la paternidad no puede depender de la mera voluntad de la madre.

En el buen sentido, el art. 558 del Proyecto no exige el consentimiento de la madre, señalando sólo que el Ministerio Público de Menores debe procurar la determinación de la paternidad y, en su caso, promover la acción judicial correspondiente.

De igual modo queremos destacar, entre las normas en estudio, aquellas que contemplan la posibilidad de la demostración de paternidad o maternidad en un juicio de alimentos, al solo efecto de la prestación de alimentos provisionales, posición esta ya reconocida por la jurisprudencia, en algunos casos, y el derecho comparado.

El art. 561 del Proyecto dice que: “al solo efecto de la prestación de alimentos provisionales, procede la demostración de la paternidad o maternidad en el proceso sumario de alimentos”. Se recoge así la posición asumida, como ya dijimos, por la doctrina y la jurisprudencia. Conforme lo ha expresado el Dr. Jorge L. Kielmanovich, refiriéndose a las medidas cautelares en el proceso de familia, se ha aceptado la fijación de cuotas “provisionales” de alimentos mientras dura la tramitación del juicio, cuando el título invocado para su reclamo sólo se acreditó “superficialmente”. Esto es, cuando el derecho en tal contexto aparece “verosímil”, o sea, a favor de la titulada hija del demandado sin sentencia que admitiera aún su filiación (CNCiv., Sala E, 13/6/83, *La Ley*, 1984-A, 463; Sala D, 15/11/78, *La Ley*, 1979-A, 362; Sala A, 17/12/84, *La Ley*, 1986-B, 621, f. 37.247 y 27/10/88, *La Ley*, 1989-B, 127; Sala E, 19/12/88, *La Ley*, 1989-C, 384).

Asimismo, debe destacarse el art. 555, que corrige y mejora el art. 4 de la

ley 23511, al señalar que en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluida expresamente la biológica.

Estas pruebas pueden ser decretadas por petición de parte y aun de oficio, al tiempo que se señala que la negativa injustificada del accionado a someterse a exámenes y análisis constituye presunción en su contra.

Recordemos que el art. 4° de la ley 23511 daba a la negativa el valor de un indicio. Y recordemos también la diferencia entre presunción e indicio.

El indicio como medio probatorio tiene relevante importancia en aquellas causas en las cuales, por la naturaleza de los hechos que se sustancian, resulta sumamente difícil la prueba directa.

Las circunstancias de la procreación hacen que, por el ámbito de la intimidad que le es debido, se haya dificultado en grado sumo la posibilidad de obtener pruebas directas. A esto se suma el comportamiento “observado por las partes durante el curso del proceso el cual en sí mismo puede ser considerado como una rica fuente de prueba indiciaria”, tal como sostiene el Dr. Jorge Kielmanovich en su libro *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*.

Se ha dicho que la presunción es producto de una doble operación mental: inductiva, en cuanto a partir del hecho establece un principio general, y deductiva, en cuanto aplica esta directiva común a los hechos en particular, en virtud de que en circunstancias iguales se producen los mismos comportamientos.

Alsina ha definido al indicio como “todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido”; es a partir del indicio que puede inferirse la presunción.

Consideramos que el haber sustituido la palabra “indicio” de la ley 23511 por la de “presunción”, categoriza en forma diferente la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, lo que constituye un avance en la búsqueda de la verdad.

También, como ya expresáramos, consideramos positiva la introducción en el art. 563, con relación a la impugnación a la paternidad matrimonial, de la no admisibilidad de esta acción si el marido consintió la inseminación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito. Cabe señalar que no se expresa de manera específica la forma en que debe asumirse la prestación efectiva del consentimiento.

Esta norma vendría a proteger a todos aquellos niños nacidos a través de las técnicas de fecundación asistida, cuando ella es realizada con semen de donante.

Si bien los proyectos de ley existentes no admitían en su mayoría la fecundación heteróloga, es sabido que estas técnicas se practican en forma permanente en nuestro país y que existe gran cantidad de niños nacidos en esta circunstancia. En todos estos supuestos, quien aparece como padre podría, de acuerdo con la legislación vigente, impugnar la paternidad.

Esta posibilidad de impugnación, con la consiguiente inseguridad que acarrea, quedaría suprimida de aprobarse el Proyecto tal como está planteado.

El Proyecto también se pronuncia respecto de la maternidad por subrogación, a la que no admite. Establece que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita.

Dentro del Título de filiación, es recomendable la supresión del art. 567, sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, y/o su modificación en el sentido que se indicará más adelante. Al referirse a este artículo, se mantiene la acción en cabeza del hijo y, lógicamente, también en la del marido. Respecto a la madre, se le otorga legitimación solamente para el supuesto en que se haya disuelto el matrimonio y contraído nuevas nupcias con el verdadero padre. En efecto, el art. 567, si bien nos habla de contestación de la maternidad, dice que aunque el marido no haya desconocido la paternidad del hijo, la madre puede contestarla si después de la disolución del matrimonio contrae nuevas nupcias con el verdadero padre. Este artículo no se compadece con todo el sistema de filiación que surge del Proyecto y, en especial, con la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales establecida en el art. 539.

La equiparación de derechos, principio esencial de no discriminación de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional de 1994), hace totalmente inconducente y extraño a nuestra normativa lo preceptuado en el artículo de referencia. Incluso sería contrario a principios generales de nuestra legislación el someter un derecho a una condición no válida, como la de casarse o no casarse. En la legislación comparada encontramos una norma similar en el Código Civil francés. En el Capítulo II, cuando se habla de la filiación legítima, el art. 318 dice: “También en la acción de desconocimiento la madre podrá contestar la paternidad del marido, pero solamente a los fines de la legitimación, cuando ella después de la disolución del matrimonio haya contraído matrimonio con el verdadero padre del niño”.

De los arts. 318-1 y 318-2 surge claramente que la acción está unida a una demanda de legitimación que deben realizar la madre y el padre biológicos conjuntamente.

Cabe recordar que en el Código Civil francés todavía existen diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Es evidente que el artículo cuya eliminación solicitamos tiene su origen en un sistema jurídico totalmente distinto del de nuestro país, sin que en la actualidad existan necesidad alguna, fundamentos éticos o jurídicos o la protección de un derecho que justifiquen su inclusión.

En todo caso, de incorporarse la legitimación de la madre, ello debe ser sin condicionamientos en mérito del valor que se le otorga a la realidad biológica y su aprehensión por la normativa.

En materia de filiación, consideramos que se han perfeccionado los avances que oportunamente introdujo la ley 23264.

Por último, es menester señalar que el artículo 551 del Proyecto establece

en su segundo párrafo que: “Los daños causados al hijo por no haberlo reconocido son indemnizables conforme al artículo 1686”.

La incorporación de este artículo supone un importante avance, si bien la jurisprudencia ya ha acogido favorablemente acciones tendientes a indemnizar los daños ocasionados por el no reconocimiento. Sólo resta esperar, no sin cierto temor, que no se termine por restringir la reparación en cuestión, en virtud de lo establecido en las normas mencionadas, que analizaremos más adelante.

En relación con el matrimonio y el divorcio, el Proyecto mantiene la separación personal y el divorcio vincular, así como las causales subjetivas y las objetivas. En ambos supuestos se introducen reformas a las que es importante analizar en profundidad. Pasaremos a estudiar, en primer término, aunque fuere brevemente, las modificaciones introducidas en el tema de causales subjetivas de la separación y el divorcio.

El Proyecto abandona la enunciación taxativa que hace el art. 202 de los hechos que son causa de separación personal, tales como adulterio, abandono voluntario y malicioso, injurias graves, etc., y los sustituye por una enunciación genérica de las conductas que pueden dar lugar a un pedido de separación judicial y/o divorcio.

Nos parece atinada la fórmula omnicomprendiva que establece el art. 514, al estipular que debe entenderse por causas que implican culpa y traen como consecuencia la separación judicial, “los hechos de uno de los cónyuges que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común”.

Si relacionamos el art. 514 con el art. 435 y el 436, “Derechos y deberes de los cónyuges”, podemos apreciar que se ha mantenido la misma fórmula existente en la legislación actual. El art. 198 nos dice que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. En tanto que el art. 436 nos refiere a la cohabitación. En principio, solamente la violación de estos deberes podría considerarse como causal de separación o divorcio, lo que da lugar a interpretaciones restrictivas en cuanto a la existencia de causales para la separación judicial o el divorcio. Por ello, nos parece importante incluir, además de la terminología genérica utilizada, una fórmula que se refiera a toda conducta injuriosa que lesione los derechos de los cónyuges.

Como se observa, al haber dejado de lado la enunciación detallada y taxativa de causales, sustituyéndola por una enunciación general, se ha seguido al Código francés, que en su art. 242 sostiene que el divorcio puede ser demandado por un esposo por faltas imputables, cuando estas faltas constituyan una violación grave reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio o hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común.

Se ha eliminado totalmente la referencia a hechos y/o causas determinadas, aun con relación a la quiebra del matrimonio y/o la imposibilidad de la vida en común.

En Inglaterra y Gales, la *Matrimonial Causes Act* del año 1973 establece como causa exclusiva la “irreparable destrucción del matrimonio”, destrucción

que debe estar relacionada con algunos de los supuestos que la misma Acta describe y que sólo pueden ser invocados por el cónyuge no culpable.

Tesitura similar a la adoptada por el Proyecto siguió el Código Civil de Portugal.

Es interesante recordar, entonces, las leyes suecas y alemanas que, si bien se apoyan en cláusulas generales como determinantes del divorcio, eliminan el concepto de culpa privilegiando el desquicio matrimonial como fundamento y su exteriorización a través de la no convivencia.

En realidad, se han subsumido las anteriores conductas incriminadas dentro del incumplimiento de los deberes emergentes del matrimonio; si bien es cierto que el incumplimiento debe ser grave o reiterado, ello no es suficiente si no torna imposible la vida en común.

La gravedad de las conductas nos recuerda nuestra actual legislación, ya que al referirse a las injurias requiere que éstas sean graves. La reiteración de hechos de menor entidad podrá ser considerada igualmente violatoria de derechos conyugales, circunstancia ya receptada por la jurisprudencia.

El nuevo concepto a acuñar será el de las circunstancias que hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común. Concepto éste, en cierto modo, similar al que utiliza nuestra actual legislación, paradójicamente, al hablarnos en los arts. 203 y 205 (causales objetivas) de “trastornos de conducta que impiden la vida en común y/o causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”.

En cuanto a las causales subjetivas, es relevante la recepción de un principio acuñado por la jurisprudencia con relación a la compensación de culpas. El art. 515 establece que los hechos culpables del cónyuge que ha demandado la separación no impiden examinar la procedencia de su demanda. Sin embargo, puede quitar a aquello que reprocha el accionado el carácter grave que los contesta, transformándose así en causal de separación.

Esos hechos también pueden ser invocados por el demandado y, ante la procedencia de los términos de la reconvenición y la demanda, la separación se decreta por culpa de ambos.

Si bien la redacción no ha sido totalmente feliz, creemos oportuna su formulación legal en cuanto a analizar las conductas de una de las partes con relación a la otra. Se debe señalar que ello no asegura ni permite la compensación de culpas sino que puede ser invocado como un elemento de graduación de ésta.

Al referirse específicamente a los daños, el Proyecto establece en su artículo 525: “Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación”.

La norma comentada dispone que los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables, dejando expresamente establecido que: “En todos los casos se aplica el artículo 1686”.

En cuanto a su aplicación, el mencionado artículo reza: “Sin perjuicio de

disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave:

a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia”.

Por su lado, el art. 1589 enumera las circunstancias en las que el daño estaría justificado y así, en su inciso d), al referirse expresamente al ámbito de las relaciones de familia, establece que ello ocurre “si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial”.

Las citadas disposiciones constituyen una especie de cerco que delimita y constriñe las posibilidades del reclamo.

El daño justificado aparece en su redacción como la figura de la posibilidad eximente; los arts. 1588 y 1589 se refieren a ello.

En el texto del mencionado artículo 525 corresponde distinguir dos situaciones: aquellas que se refieren a los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación y aquellas que provienen del hecho de la separación.

En el primer supuesto es de fácil comprensión la exigencia del dolo o culpa grave, así como del reclamo simultáneo con la interposición de la demanda. Es el otro supuesto el que nos preocupa.

Los daños derivados de la separación, en algunos casos, pueden lindar con el daño aleatorio y, en otros, ser imposibles de prever en el acto de interponer la demanda.

En el Derecho Comparado apareció una clara tendencia hacia la eliminación de la culpa en el divorcio.

El desplazamiento del divorcio-sanción al divorcio-remedio se tradujo en la recepción de las causales objetivas en las distintas legislaciones. Los Estados, ante la evidencia de que el divorcio-sanción no constituía un medio de evitar el quiebre familiar, pusieron todos sus esfuerzos en legislar buscando paliativos para los efectos. Se trató con ello de cuidar y mejor proteger a los integrantes del núcleo familiar de las consecuencias del divorcio, generando sistemas de contención y apoyo.

El derecho francés, previendo el cese del deber de asistencia, estipula proveer de un fondo de reserva al cónyuge al cual el divorcio le provoca una situación de disparidad. En efecto, el art. 270 del Código Civil dispone que uno de los esposos puede ser obligado a entregar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio creó en sus respectivas condiciones de vida.

En principio, se aplica a todo tipo de divorcio, tanto al que se lleva a cabo por culpa o por demanda aceptada como al denominado “amigable”.

En este último prevalece la convención de las partes.

En el de demanda aceptada el juez resolverá la pertenencia y no será reconocida al esposo/a por cuya exclusiva culpa se pronunció el divorcio.

Atento al principio de necesidad, base de la prestación compensatoria, el le-

gislador podría haber excluido cualquier criterio ligado a la culpa en el divorcio para otorgar la compensación. A pesar de ello, si bien en forma restringida, incorpora el concepto en el art. 280/1, al decir que los esposos por cuya culpa exclusiva se pronunció el divorcio no tienen derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo, podrían obtener una indemnización a título personal teniéndose en cuenta la duración de la vida en común y la colaboración aportada a la profesión del otro esposo. Se considera que resulta contrario a la equidad rechazar toda compensación pecuniaria luego del divorcio.

En Alemania, la exclusión de toda referencia a la culpabilidad ha sido, en principio, la solución en el otorgamiento de prestaciones alimentarias. Es el principio de la necesidad el que se aplica a través del derecho alimentario. No se admite la posibilidad de daños e intereses.

Mas no es tan simple, ya que permite la supresión de la disminución del derecho a alimentos en el caso de que exista un motivo particularmente grave.

¿Es posible suprimir totalmente la culpa?

¿Es posible hacer desaparecer toda traza de ella?

¿La culpa en el divorcio tiene los mismos parámetros que los que se requiere en otros ilícitos?

Si bien los ilícitos pueden tener su correlato en la reparación del daño que se provoque, cualquiera sea el ámbito, las particularidades de las relaciones de familia nos exigen ser sumamente cuidadosos al analizar los “hechos” que pueden dar causa a una separación judicial o divorcio.

Consideramos positiva la reforma en cuanto establece el resarcimiento por los hechos ilícitos que dieron causa al divorcio; no así cuando se refiere a los derivados de la separación en sí misma. También es plausible la limitación que se impone a través de la exigencia de culpa grave o dolo en la conducta incriminada, así como la no existencia de daño justificado.

La cláusula establecida en el art. 516 dispone que la petición de separación judicial o divorcio, al haber estado los cónyuges separados de hecho por un período igual o mayor de dos años, puede ser denegada si se comprueba que ello acarrea para el demandado consecuencias materiales o morales de excepcional dureza.

El texto de la norma continúa disponiendo otra “cláusula de dureza” al expresar que uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en el caso de que el otro padezca alteraciones mentales graves permanentes, alcoholismo o drogadicción que hagan imposible la vida en común y se hayan mantenido por el plazo de dos años sin que quepa esperar razonablemente su cese. Aquí también la presentación puede ser rechazada si la separación provoca el riesgo de producir consecuencias graves sobre el cónyuge enfermo.

El artículo inserto en el Proyecto en análisis preceptúa, en su último párrafo, que sobre la cabeza del cónyuge que requirió la separación recae la atribución de culpa, quedando éste en idéntica situación a la dispuesta en el art. 514 por causas “que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes de-

rivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común”.

Como vemos, se introduce un cambio sustancial en la consideración de la separación de hecho como causal objetiva de la separación judicial y/o divorcio. El “divorcio-remedio” establecido en los arts. 204 y 214 de la legislación vigente se convertiría, a través de las reformas propuestas, en “divorcio-sanción”.

Si bien en el Derecho Comparado, las legislaciones alemana, inglesa, francesa, como más adelante se explicitará, incorporan estas normas sancionatorias a quien solicita la separación judicial y/o el divorcio por separación de hecho, debemos recordar el momento histórico en el cual fueron incorporadas y las numerosas críticas que ello suscitó. Asimismo, cabe señalar que, según datos estadísticos, en los países mencionados los jueces rara vez aplican la cláusula de dureza. De todas maneras, es interesante recordar las legislaciones referidas porque dan cuenta de diferencias sustanciales de todo un sistema jurídico que las hacen inaplicables a nuestras costumbres y a nuestra historia.

La ley francesa, por ejemplo, es de 1975; nuestra ley 23515 de matrimonio y divorcio es del año 1985, o sea que han transcurrido catorce años sin que su vigencia y aplicación hayan suscitado alteraciones en la estabilidad familiar.

En el Derecho Comparado, observamos que en el Código Civil alemán la “cláusula de dureza” se establece en los casos en que en el mantenimiento del matrimonio estén interesados los hijos menores o cuando el sostenimiento económico se encuentra de modo considerable en las manos del peticionante, de modo que el demandado se vería seriamente perjudicado.

En el Código francés, el plazo que se determina es de más de seis (6) años en la separación y dispone que si el otro esposo demuestra que para él, en virtud de su edad o de la duración del matrimonio, o para los hijos acarrea consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechazará la demanda.

Igualmente mantiene el plazo de seis (6) años para la causal de alteraciones mentales graves; en tales casos el juez puede disponer de oficio la “cláusula de dureza”, debiendo fundar tal decisión en la condición de que la ruptura del vínculo provocaría perjuicios demasiado graves en la enfermedad del cónyuge.

En el *Divorce Reform Act* del derecho inglés la “cláusula de dureza” requiere una separación de cinco (5) años y se destaca expresamente que la separación ocasionaría un grave daño financiero o de otro tipo, por lo cual no sería justo disolver el matrimonio en esas circunstancias.

Corresponde destacar, en primer término, que los plazos en la legislación europea no son menores de cinco (5) años, en tanto que el Proyecto argentino dispone dos (2) años de separación solamente.

El Proyecto instituye la “cláusula de dureza” redactada de modo tal que termina por no fijar límite alguno al eventual arbitrio del juez, dejando a la subjetividad de éste la instrumentación de la norma.

Por otro lado, se establece un instrumento de sujeción de la voluntad que

deja al cónyuge accionante librado al capricho del demandado o a lo que el juez entienda como “excesiva dureza” en el caso en particular.

Asimismo, y en lo que concierne a las “consecuencias materiales”, la redacción de la norma pareciera indicar que no se ha pretendido ahondar en la conceptualización, por lo que debiera ser analizado por el juzgador con un criterio sumamente restrictivo, dejando nuevamente en manos del juez la apreciación de un corolario financiero, que bien podría haber sido justamente la causa de la acción.

Consideramos un retroceso en nuestro derecho establecer la restricción a la autonomía de la voluntad en que deviene la cláusula de dureza. Un análisis pormenorizado de las curvas de matrimonialidad y de divorcialidad en la Ciudad de Buenos Aires nos permiten sostener que no existe un incremento de los divorcios, en especial de aquellos en los cuales se invocan los arts. 204, 214, realizados generalmente con la presentación conjunta de ambas partes. Existe, entonces, un consenso, una elección libre y voluntaria, que implica necesariamente atenuar los alcances del conflicto en el interés de las partes.

Como corolario, es menester destacar que en ninguna de ambas posibilidades se hace mención al interés de los hijos, a pesar de lo expresado en la Convención Internacional sobre los derechos del niño.

En este ítem, la modificación implicaría privar a los justiciables de una posibilidad de mejor dirimir sus conflictos de pareja.

Es imposible en el tiempo que se nos ha conferido hacer un análisis exhaustivo y detallado de todo el Proyecto. Modestamente, hemos querido destacar algunas de las reformas positivas y realizar algunas sugerencias en aquellos puntos que nos parecen perfectibles. Agradecemos en especial a los autores esta posibilidad de transmitir nuestras ideas y esperamos que el Proyecto tenga el debido andamiaje legal, luego del amplio debate que ellos han impulsado. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.— Agradecemos a la profesora Minyersky por su esclarecedora exposición, que cierra la mesa redonda de hoy.

Proponemos a los asistentes que formulen preguntas a los panelistas. Al no haber ningún pedido de aclaración, damos por finalizada la mesa redonda de Derecho de Familia y los convocamos para la próxima, destinada al Derecho Sucesorio, el día 28 de septiembre.

— *Con lo que terminó el acto.*