

Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado (Dra. Flah).-

Continuando con el ciclo de mesas redondas organizado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, consideraremos en esta oportunidad los temas de Derecho de Familia y sucesiones.

Tiene la palabra la doctora Adriana Wagmaister, quien expondrá sobre el derecho-deber alimentario.

DERECHO DE FAMILIA: RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EX CÓNYUGES

Dra. Wagmaister.-

Los alimentos entre marido y mujer constituyen un derecho subjetivo familiar cuyo fundamento es el acto jurídico matrimonial que los emplaza en el estado de familia de cónyuges.

Este derecho-deber alimentario constituye una relación jurídica familiar que tiene autonomía legislativa porque se rige por normas específicas que contemplan su singularidad.

El contenido y modo de cumplimiento de la prestación alimentaria se modifican a través de las distintas vicisitudes por las que van transitando los cónyuges según convivan, estén separados de hecho, en juicio de separación o divorcio o con sentencia dictada que decrete su separación personal o divorcio vincular. A su vez, en este último caso, los alimentos que se deban dependerán del procedimiento judicial por el que tramitaron y, en su caso, la culpabilidad atribuida.

Asimismo, corresponde distinguir si los cónyuges están sólo separados personalmente o si se decretó el divorcio vincular.

En el primer caso, de la subsistencia del vínculo se deriva la obligación alimentaria que reviste la característica de asistencia a la que alude el artículo 207 del Código Civil, que señala que corresponden los alimentos amplios a favor del inocente de la separación personal, limitando la vocación alimentaria del culpable, quien sigue ostentando la calidad de cónyuge por la que debe afrontar los alimentos que se le deben reconocer al inocente.

La ley protege al titular del derecho alimentario independientemente de su voluntad, debido justamente a su carácter asistencial, no obstante, es de resaltar la variabilidad en función de la situación económica del alimentante y del alimentado.

En cambio, para el caso de que se decretara el divorcio vincular, sea por conversión o por el ejercicio de la acción autónoma, el fundamento del derecho-deber alimentario así como su naturaleza jurídica y sus caracteres se modifican sustancialmente en razón de que desaparecen no sólo la comunidad de vida sino también el vínculo conyugal generador.

Por efecto de la sentencia, ya no son cónyuges, no obstante lo cual el artículo 217 del Código Civil señala la pervivencia de los alimentos entre ellos.

Se debe entonces buscar otro origen distinto del matrimonio, porque el vínculo está disuelto. Se han dado diferentes opiniones respecto a la génesis de este derecho-deber entre los divorciados vincularmente. Desde denominarlo “consuelo para el inocente” y “pago de precio para el culpable”, hasta sostener que la fuerza aniquiladora de la causa no alcanza a las consecuencias. Hay quienes sostienen que, en realidad, corresponde pasar del campo asistencial personal del matrimonio al patrimonial resarcitorio, por el que se debe compensar por el daño injusto causado por el culpable a causa de una conducta ilícita reprochada por la ley.

Cabe señalar la diferencia con el efecto de la separación personal ya que, al subsistir el vínculo, es la culpa la que genera una reparación punitiva que recae sobre el culpable, castigándolo con la pérdida del derecho alimentario y no se exige la prueba de la necesidad alimentaria del inocente para la procedencia a su favor.

En cambio, después del divorcio se le impone al culpable la reparación indemnizatoria o resarcitoria de los daños por la disolución que sufre el inocente, que es el beneficiario, y le basta al culpable para liberarse con demostrar que no se causa perjuicio al inocente.

Respecto de los alimentos de toda necesidad a los que se refiere el artículo 209 del Código Civil, también corresponde diferenciar la separación personal del divorcio vincular.

El fundamento de la obligación alimentaria en el caso de separación personal es el deber moral de solidaridad conyugal, por el que perdura el socorro mutuo como efecto del vínculo matrimonial, con independencia del mantenimiento de la comunidad de vida. Es por esta razón que se prescinde de la conducta reprochable en que hubiere incurrido quien está en estado de necesidad.

Decretado el divorcio vincular y desaparecido el vínculo conyugal, diversas opiniones pretenden justificar la solución del artículo 217 del Código Civil. Es el estado de familia de cónyuge divorciado el que otorga fundamento jurídico a la obligación alimentaria. La ley atribuye efectos jurídicos al estado de familia para que de él deriven relaciones jurídicas como la alimentaria. Son los llamados alimentos divorciales, que responden a principios diferentes de los alimentos matrimoniales.

La sentencia de divorcio constituye el título del que surge el estado de familia de divorciado; es la sentencia que extingue el estado de familia matrimonial y origina, a su vez, el de divorciado vincularmente, que es quien tiene legitimación activa, se le haya atribuido o no la culpa. Pero quien pretenda ser beneficiario deberá acreditar la necesidad y la falta de posibilidad que señala el artículo 209, que corresponde relacionar con la inexistencia de otros obligados, como parientes, así como también la disponibilidad de medios en el accionado como alimentante.

Debemos también reconocer que entre las pautas organizativas del matrimonio se formulan acuerdos, implícitos o explícitos, que el divorcio frustra, tornándose éste gravoso para uno de los cónyuges. En oportunidad de las jornadas en homenaje al doctor Bustamante Alsina, el jueves 14 de junio de 1990 publicamos un trabajo en la revista *La Ley*, titulado “La situación de divorcio como generadora de responsabilidad entre los cónyuges”, donde señalábamos que hay bienes valiosos que la mayoría de las parejas atesora durante la vida matrimonial que tienen que ver, más que con cosas, con la realización personal de los esposos; esto es, la profesión, la especialización, el perfeccionamiento laboral, el desarrollo de las potencialidades para ganar prestigio, poder y dinero.

Podemos ilustrar con ejemplos como que un cónyuge podría haber apoyado la formación profesional y el entrenamiento laboral del otro, dedicando tiempo, dinero y energía para ello, y en el camino es posible incluso que haya postergado su propia formación. Termina el matrimonio y se ve frustrada la expectativa de compartir el fruto de sus sacrificios. Es posible que uno de los consortes se haya enriquecido con el esfuerzo del otro y se produzca una situación de desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que ocasione disparidad en el momento de la ruptura matrimonial.

Fíjense que es posible que todas estas situaciones no impliquen un estado de necesidad que torne aplicable el artículo 209 del Código Civil. Por lo cual entendemos que nuestro ordenamiento jurídico necesita concretarse con alguna previsión legal que reglamente soluciones por las que se compensen diferencias inequitativas, según el caso, que preferimos se establezcan sobre bases esencialmente objetivas, es decir, sin la culpabilidad o inocencia requeridas para que éstas sean procedentes.

Estas soluciones podrían introducirse como propuestas de reforma compatibles con los diferentes efectos de la disolución del régimen patrimonial matrimonial, sea de comunidad o separación, y con el derecho-deber alimentario entre ex cónyuges.

Hago referencia a la necesidad de estas propuestas de reforma, porque al estar en discusión en este momento el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, no se ha previsto esta posibilidad de compensación, ya que el tema de los alimentos entre cónyuges está tratado de un modo muy parecido al del Código Civil vigente.

El derecho extranjero nos ofrece soluciones diversas, como el caso de la prestación compensatoria del Código Civil francés reformado en 1976, que mantiene el divorcio sanción, y la pensión compensatoria del Código Civil español reformado en 1981, que sostiene el divorcio remedio, así como también la previsión que contiene respecto de las prestaciones compensatorias la legislación alemana de 1976.

El Código Civil francés, en su art. 270, se refiere a las prestaciones compensatorias, diciendo que: “El divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el art. 212 del Código Civil, salvo que fuere pronunciado por razón de la ruptura de la vida común; pero cualquiera de los esposos puede ser obligado a satisfacer al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las vidas respectivas”. Entre las pautas para la fijación del monto compensatorio, en el art. 272 figura el patrimonio de los ex esposos. El culpable exclusivo del divorcio no tiene derecho a la prestación compensatoria, no obstante lo cual puede obtener una compensación excepcional si, considerando la duración de la vida en común y la colaboración prestada a la profesión del consorte, aparece manifiestamente inequitativo rehusarle toda compensación pecuniaria en el divorcio. La modalidad de cumplimiento de la prestación compensatoria puede serlo como renta o en forma de capital si lo permiten los medios del obligado cuya carga pasa a los herederos.

El Código Civil de la República Federal de Alemania, en su art. 1575, dice: “Derecho a alimentos durante la educación, perfeccionamiento, readaptación profesional. 1) Un cónyuge divorciado, quien antes o durante el matrimonio no había iniciado una educación escolar o profesional o la había interrumpido, podrá exigir alimentos al otro si se matriculara en una de éstas u otros tipos de formación para obtener una adecuada actividad remunerada, para asegurarse con eficacia los alimentos y sea de esperar la conclusión exitosa de la formación. El derecho subsistirá hasta el momento en que sea concluida tal formación; en ello se tendrán en cuenta los retrasos por la condición conyugal. 2) Se aplicarán análogamente si le permite al cónyuge divorciado perfeccionarse o profesionalizarse, para compensar desventajas que hubieran sobrevenido por causa del matrimonio. 3) De exigir el cónyuge divorciado alimentos, luego de finalizada la educación, perfeccionamiento o readaptación profesional, según el art. 1573, entonces en la asignación no se considerará el mayor nivel alcanzado en su formación para una adecuada actividad remunerada”.

El Código Civil español, en su art. 97, se refiere a la pensión compensatoria como pensión alimentaria para el caso de separación no vincular y de divorcio sin distinción de inocencia y culpabilidad; su hipótesis fundante es el desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un

empeoramiento en la situación –del que pretende la compensación– anterior al matrimonio, teniéndose en cuenta su dedicación anterior, el caudal y medios económicos de ambos y la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro. Asimismo, este Código prevé que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de la separación de bienes (art. 1438).

El Código de Familia de Cataluña también considera la compensación por razón del trabajo a favor de quien lo hizo en beneficio del hogar o del consorte, si por tal motivo se ha generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de uno y otro que comporte un enriquecimiento injusto. Esta compensación está caracterizada dentro del capítulo de separación de bienes y es compatible con otros derechos de carácter económico. La prestación compensatoria no debe exceder el nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni lo que pueda satisfacer el cónyuge obligado. También son pautas para la fijación la situación resultante del divorcio, la separación judicial o la anulación.

En los Estados Unidos se logró por vía jurisprudencial el reconocimiento de recompensa al cónyuge no graduado cuando la ruptura se producía al poco tiempo de la obtención del título, mientras que se lo desestimó en caso de haber transcurrido más tiempo, por entenderse que ya había quedado satisfecha la inversión realizada por el goce de estos beneficios. Nosotros hemos transcripto varios de estos casos jurisprudenciales en un trabajo publicado en *La Ley*, “La situación del divorcio como generadora de daños” (1990-C-900).

Kentucky fue el primer estado que reconoció una compensación a la esposa que sostuvo los estudios del marido, ya que se separaron al año de que él terminara la residencia hospitalaria, por lo que el tribunal valuó el costo de la carrera y reconoció a la mujer el veinte por ciento del valor que recibiría de su marido durante cinco años como adicional de la cuota alimentaria. En otro caso, de un odontólogo, se exigió al marido dar a su mujer el veinticinco por ciento de sus entradas netas anuales durante cinco años; criterio también utilizado en el caso de un veterinario.

El Código Civil de California prescribe justamente que el límite al que hicimos referencia en estos casos se encuentra en los diez o más años desde que la inversión comenzó a reeditar. Es decir, no habría compensación cuando la ruptura se produce después de diez o más años desde que la inversión comenzó a reeditar.

Queda así planteada la posibilidad de que se introduzcan medidas que tiendan a compensar las diferencias que en la organización ha tenido una familia para evitar uno de los efectos no queridos que ha causado la equiparación del hombre y la mujer: lo que se ha dado en llamar la “feminización de la pobreza”, en razón de que se libera al hombre de sus obligaciones y se libera a la mujer de su protección.

En ocasión de otra de las mesas redondas organizadas por el Departamento de Derecho Privado, preparatorias de las Jornadas Nacionales del año 1993 celebradas en Tucumán, en las que también se trató el tema alimentos, com-

partí con ustedes una investigación hecha en los Estados Unidos en la cual se llegaba a la conclusión de que el divorcio no culpable y la igualdad del hombre y la mujer amparada por ley había producido un efecto no querido, ya que precisamente traía la pauperización de la mujer, porque en verdad –sostenía la investigadora– aquel trato igualitario que da la ley a la mujer desequilibra la protección si en los hechos, en la vida cotidiana, esa equiparación no tiene lugar. Entonces se produce el fraccionamiento de la familia y ello hace que aparezca este efecto no querido. Creemos que con una propuesta que contemplara estas cuestiones significativas al momento de la ruptura solucionaríamos la problemática en cuestión.

Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.- Muchas gracias por su exposición. A continuación, la doctora Wilde expondrá sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Dra. Wilde.-

En nuestro país, alrededor de un tercio de los matrimonios que se celebran terminan en divorcio. Si comparamos estos porcentajes con los que se obtienen en los países llamados “desarrollados”, advertiremos, para beneplácito de aquellos que piensan que mantener la comunidad intacta es lo ideal, que tenemos un promedio menor, pues en aquellos países dicho índice asciende al cincuenta por ciento. Pero aunque el índice sea menor, no deja de ser lo suficientemente importante como para repensar la temática de la relación de los ex cónyuges de una manera más integral.

El divorcio como factor traumático para la familia, en especial para los hijos, es uno de los mitos arraigados en nuestra sociedad. Tan así es que, siguiendo ese mito, hay un estudio, llevado a cabo en Estados Unidos por las psicólogas Wallerstein y Kelly, sobre las consecuencias del divorcio de sus padres en los niños y menores. Este estudio partió del supuesto de que el divorcio es una pérdida similar, considerada como factor patógeno, a la que se produce cuando acontece la muerte de uno de los padres.

La investigación se desarrolló sobre la base de sesenta familias, a partir del momento en que las parejas se estaban divorciando, para luego realizar seguimientos a los cinco, diez y quince años.

Estas investigaciones llevaron a concluir que la patología que se desarrolla en las familias, más que tener su causa en el divorcio, está relacionada con la organización disfuncional que acontece *a posteriori* del divorcio, en particular por la injerencia que se le da a los hijos en el conflicto de los padres.

La organización de la familia, en el post-divorcio, es un proceso que se desarrolla en etapas. Como en matemáticas, la familia se complica al divorciarse porque se divide en dos subconjuntos con distintas fronteras, pertenencias y lealtades.

Al separarse los esposos, la negociación de los padres debe continuar, sobre todo en lo referente a las funciones parentales. En general, se percibe la disfuncionalidad de las familias divorciadas cuando los ex esposos están insuficien-

temente divorciados desde el punto de vista emocional o funcional, o cuando están muy alejados uno de otro para desempeñar bien su función de padres.

La pregunta es: ¿por qué la función parental debe ser de los dos? ¿Por qué tiene que ser coparental?

Podríamos clasificar las funciones que cumplen los padres en dos categorías: las nutritivas, aquellas que se relacionan con el alimento, abrigo, cuidado y cariño, y las normativas, que están vinculadas con la adaptación de los hijos a la realidad.

Las primeras pueden ser cumplidas por cualquiera de los padres. En relación con las segundas, se torna necesario que ambos puedan llegar a acuerdos mínimos para actuar en consonancia; si no, esa función normativa no va a ser efectiva ni eficaz.

Las normativas están vinculadas con el no, con los límites, y son más difíciles de instrumentar que las nutritivas, porque son más frustrantes e impolíticas: cuando uno dice que no, no es simpático. Comparativamente con el ejercicio de las otras funciones, requieren de más amor de los padres.

Si los papás fracasan en llegar a acuerdos mínimos básicos, no sólo cuando están divorciados, incluso mientras están casados, aparece el sabotaje y la búsqueda de alianzas con los hijos.

Estas alianzas debilitan y llegan a quebrar la estructura jerárquica de la familia, con la pérdida de los mecanismos de control familiar.

El régimen introducido por la ley 23264 en el artículo 264, inciso 1), del Código Civil, comienza poniendo en cabeza de ambos padres la patria potestad, como “conjunto de deberes y derechos que corresponden a aquéllos sobre las personas y bienes de sus hijos”. Ello implica un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres.

Si esa protección y formación integral de los hijos, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, es el objetivo buscado por la ley, no puede olvidarse que ése es el norte que tiene la norma.

Tal objetivo puede concretarse a través de distintos medios, algunos más adecuados que otros. No cabe duda de que si la ley reconoce a ambos padres la titularidad y ejercicio de la patria potestad, ha privilegiado una tríada, no un vínculo diádico. En consecuencia, no existe medio más bondadoso que el ejercicio de ella en forma conjunta, sin perjuicio de que en algunos supuestos se trata de obtener una debida adecuación a las particularidades de cada caso.

Sin embargo, en los supuestos de padres separados, esto es, al mediar separación personal, de hecho, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, se ha interpretado la ley en el sentido de que el ejercicio de la patria potestad se concentra en aquel padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, según lo dispone el artículo 264, inciso 2), del Código Civil, con las modificaciones introducidas por las leyes 23264 y 23515.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio continúa este lineamiento. Mas, a poco que se piense, han transcurrido más de trece años desde la sanción de la citada ley y, en este lap-

so, nuestra Constitución Nacional ha consagrado en la cúspide de la pirámide los convenios y tratados internacionales, al considerarlos complementarios de las disposiciones de la ley fundamental (artículo 74, inciso 22). Entre ellos está la Convención de los Derechos del Niño.

Aunque sea una norma de mínima –como lo ha sostenido parte de nuestra doctrina–, porque no agotó la enumeración de los derechos de los niños ni englobó a todos, ni permite suponer que no existan otros, igual ha significado cambiar el enfoque.

No es más el criterio de pensar la institución de la patria potestad exclusivamente desde el ángulo de los padres; hay que agregarle el ángulo del niño, lo que posibilita verla desde distintos planos. Diría que tiene tres patas; no se puede ver sólo desde los papás, ya que a todo niño le conviene tener un buen acceso a ambos padres.

El principio debe ser incluyente, no excluyente; es decir, mediante la coordinación de funciones. Lo que sí tiene que quedar excluido es la perversión, la violencia, el abuso.

El inciso b) del artículo 570 del Proyecto repite el régimen vigente en cuanto al ejercicio de la patria potestad en el supuesto de separación de hecho, separación judicial, divorcio o anulación del matrimonio. Dice: “el padre o la madre que ejerce legalmente la guarda, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación”. Si a esta disposición se le suma que entre quienes tienen derecho de visita se incluye a los padres (artículo 634), parecería que lo dispuesto no tiene la amplitud suficiente para resguardar ese tercer ángulo, que es el del niño.

Resulta duro, durísimo, para un niño que hasta ayer vivía todos los días con su papá, empezar a ser visitado por él. ¿Por qué el papá va a ser una visita? ¿Por qué va a quedar excluido del ámbito íntimo y cotidiano de la convivencia? Por otro lado, parecería que es otorgar todo o casi todo el poder a la mamá, que es la que generalmente tiene la guarda, y poco, muy poco, al otro, que es el que visita.

Fíjense que supervisar significa, según el diccionario, controlar, examinar, verificar, fiscalizar, observar, inspeccionar lo que ya está hecho, y no participar de la decisión, ni cooperar, ni coordinar, ni negociar.

Hasta hace poco tiempo, las tradiciones sociales y legales han tenido por efecto divorciar, en ciertos casos, al niño del progenitor no guardián. En los hechos, me estoy refiriendo al padre. Ello ha creado una situación insostenible tanto para las mamás como para los papás. Las primeras son presas de un grave peso producido por la tenencia exclusiva o casi exclusiva del niño y una cuota alimentaria a veces mal pagada o incluso no pagada, además de un exceso de responsabilidad a partir de papás poco presentes o inconstantes en el ejercicio del derecho de visita a su hijo.

En mi modesta opinión –que es la de muchos papás que se acercan a los tribunales–, la separación y el divorcio se inscriben en el interior de un proceso; es un ciclo a través del cual los hijos y los padres deben pasar por diversas etapas. En ese proceso los niños también pueden pasar de una tenencia exclu-

siva a una conjunta o viceversa, en la medida en que resulte más conveniente para su desarrollo o crecimiento, con flexibilidad acorde con lo que va ocurriendo. Me parece que el proyecto de compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo es un tema mucho más importante que la elección del lugar de residencia del niño.

Después del divorcio, los padres necesariamente se encuentran redefiniendo los conceptos tradicionales en lo tocante a la familia y a sus roles, reorganizándose para el futuro. Creo que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor debe ser definida más en términos vinculares o relacionales que en términos geográficos o temporales. En ese sentido, me gustaría recordar que cuando se cambió el ejercicio de la patria potestad y éste se dio conjuntamente a padre y madre por la ley 24264, gran parte de la doctrina dijo que eso iba a ser un semillero de conflictos; sin embargo, no lo fue.

Quiero mencionar otro índice positivo para confiar en que los padres pueden negociar en la mayor parte de los casos. Las estadísticas confeccionadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil demuestran que en el 82,5 por ciento de los casos los esposos se divorcian por el mecanismo no contencioso que otorga la ley –artículos 214, segundo párrafo, y 215–, es decir, por presentación conjunta o por una causal objetiva. Del restante porcentaje que indiqué, habiéndose iniciado el litigio, la mitad se convierte en no contradictorio. Quiere decir que sólo en un 11 por ciento de los casos los esposos se divorcian por un procedimiento contencioso en el cual puede atribuirse la culpabilidad a uno o a ambos cónyuges. Esto muestra algo positivo: la posibilidad de negociar entre los esposos. Entonces, mi propuesta es por qué no mantener como principio rector, también para los casos de separación, divorcio y anulación del matrimonio, el principio del ejercicio de la patria potestad conjunta de los padres.

Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.- Muchas gracias por su disertación. Ha sido muy importante determinar, como lo hizo la doctora Wilde, qué pasa después de la separación o divorcio entre los cónyuges y con respecto a los hijos, la cuota alimentaria y el derecho de visita.

SUCESIONES: COLACIÓN Y REDUCCIÓN

Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.- Ahora vamos a pasar al tema sucesiones, del que se van a ocupar los doctores Ugarte y Pitrau. El tema de las jornadas a realizarse el año próximo se refiere a las acciones de reducción y colación. Tiene la palabra el doctor Ugarte.

Dr. Ugarte.-

En primer lugar, quiero agradecer a la dirección del Departamento de Derecho Privado por la invitación que me enviaran para participar en esta mesa redonda preparatoria de las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil.