

COMISIÓN N° 8 ALIMENTOS Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA

ALIMENTOS POST DIVORCIO: LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER DIVORCIADA

AUTORA: Gutiérrez, Sandra

RESUMEN: La presente ponencia considera la situación de la mujer luego de la sentencia divorcio, y advierte en la doctrina y en la jurisprudencia un debilitamiento del principio de igualdad, de solidaridad y del deber de asistencia que afecta especialmente a las mujeres. Realiza consideraciones respecto a la pérdida de derechos, al amparo de nuevas normas. Estima que los institutos creados por el Código Civil y Comercial compensación económica, alimentos y daño resultan, insuficientes para encauzar las necesidades de las mujeres post divorcio, especialmente las que teniendo sentencia dictada a su favor pierden el derecho alimentario. Propugna modificaciones de lege ferenda y de lege lata.

Vulnerabilidad en el Código Civil y Comercial

En los Aspectos Valorativos y Principios Preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial el Dr. Ricardo Lorenzetti señala valores que guían la estructura del hoy, Código Civil y Comercial. En primer lugar señala la **constitucionalización del derecho privado**, destacando que este cuerpo normativo reconstruye la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, basada en la protección de la persona a través de los derechos fundamentales, destacando en la enumeración a los derechos de la mujer.

Otro de los valores que señala el Dr. Lorenzetti es la igualdad real y afirma que contiene normas destinadas a plasmar una **verdadera ética de los vulnerables**. Sostiene que Código Civil y Comercial marca el cambio de paradigma de un derecho cuyo sujeto ha sido el hombre, para dar lugar, y **comienzan a aparecer en los textos la mujer**, el niño, las personas con capacidades diferentes que no habían tenido recepción sistemática hasta el momento.

Esta ética de los vulnerables, a la que se hace referencia como valor que guía la estructuras de normas del Código Civil, está dirigida a personas que requieren de este sistema de normas una consideración y tratamiento especial, en atención a una situación especial en la que se encuentran y en miras a que puedan salir de ella, para que puedan alcanzar una igualdad real con los otros sujetos de derechos, que están en situaciones más favorables.

Es importante en este punto del **análisis tener presente, que en el Código Civil y Comercial los vulnerables tienen un reconocimiento especial y que hay que escudriñar en sus normas para alcanzar la protección de sus derechos.-**

En este contexto de valores que subyace e impregna las normas del Código Civil y Comercial, conforme se señala en los Aspectos Valorativos, esta ponencia focaliza la situación particular de la mujer en una circunstancia determinada, la mujer divorciada a la que invocando la vigencia de nuevas normas, se la priva del derecho alimentario. Se concentra en el análisis de esta situación, porque ha sido objeto de variadas decisiones jurisprudenciales y tratamiento en la doctrina.

Vulneración de derechos a la Mujer Divorciada

Cuando se dice que el ser humano es vulnerable, se está señalando que es susceptible de sufrir todo tipo de afectación. Tanto en su persona, en sus bienes, como en sus derechos. Es vulnerable en la medida que está expuesto a perder o a ser despojado por otro igual, o por otro en una relación más ventajosa, o por otro que puede tomar decisiones que lo afecten directamente. A esta situación connatural del ser humano, se le añaden situaciones jurídicas, que hacen que la vulnerabilidad deje de ser una visicitud y se concrete en la pérdida de un derecho, se efectiviza, la vulneración de derechos.

Ante la vulneración de derechos, reconociendo las inequidades existentes, la ética de protección se propone paliarlas mediante el desarrollo de actitudes personales de amparo y programas sociales de resguardo, en procura de la equidad e igualdad entre las personas. Cuando de derechos se trata, será la adecuada interpretación de las normas (art. 2 del Código Civil y Comercial), la que conduzca a ese esquema de resguardo que evitará la cristalización de una situación de vulnerabilidad.

En el caso de la mujer divorciada con derecho alimentario, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, se advierte una corriente de decisiones jurisdiccionales, que haciendo caso omiso a la ética de los vulnerables y a las reglas de interpretación explicitadas en el Código Civil y Comercial, ha llegado a privar de derechos a la mujer, que le fueran conferidos bajo las normas anteriores a agosto del 2015, vulnerando sus derechos.

Es necesario aproximarse a la persona sujeto de derecho, objeto de este estudio, indagando en sus características para poder formar un perfil generalizado de las mismas, que sirva de referencia a fin de inferir sus necesidades y sus derechos. Para ello, cabe señalar que, en rasgos generales, se trata de mujeres entre 40 y 80 años, en el que en una franja de casi treinta años, conformaron sus familias, en un contexto social muy distinto al actual. Siguiendo las pautas sociales de la época, se casaron jóvenes, sin preparación laboral, los hombres eran los principales proveedores del hogar, ellas se dedicaron especialmente al cuidado del hogar y de los hijos. Luego de la disolución del vínculo matrimonial, resultaron ser beneficiarias de cuota alimentaria. Si en la sociedad conyugal hubieron bienes, tendrá algunos bienes y sino solo la prestación alimentaria mensual. Ellas han ejercido el derecho alimentario a cargo de sus ex esposos, y ante el cambio de legislación, son privadas

de un derecho.

Si bien es cierto que pese que en treinta años, bajo la vigencia de las normas introducidas por la ley 23.515, muchas son las mujeres que están en esta situación, son reducidos los pedidos de cese de la cuota alimentaria, pese al favor con el que ha sido atendida esta pretensión en la jurisprudencia.

Análisis jurisprudencial de los alimentos para la mujer divorciada con derecho alimentario

Sentencias que reconocen el derecho a mantener los alimentos a favor del cónyuge inocente:

Juzgado Nacional Civil N°92 14/9/15

“Cuando la sentencia reconoce a favor del cónyuge (inocente o no) un derecho alimentario, este derecho por su especial naturaleza, forma parte del plexo de derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina.”

Principios de derecho ponderados en la sentencia

- “El derecho alimentario se funda en especial en el llamado principio de solidaridad familiar”
- “La aplicación del principio pro homine es otra de las razones que justifican la decisión, principio que indica la necesidad de amparar a la persona más débil o vulnerable de la relación jurídica que en principio y a falta de prueba en contrario debe presumirse que es la alimentada”
- “...en el marco de un estado constitucional y convencional de derecho, corresponde aplicar como vector hermenéutico el principio pro homine –y su sucedáneo, el favor debilis- que conduce a la prevalencia de la norma que provea "la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos, y al sistema de derechos en sentido

institucional" (BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, tomo I-A Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 389).”

- El derecho alimentario reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, al menos desde la perspectiva formal, integra el derecho de propiedad, reconocido en el texto constitucional (art. 17, CN), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. IX; X y XIII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21), y la CEDAW (art. 16).

Derecho transitorio:

- “El Código Civil y Comercial no puede aplicarse en el sentido de hacer cesar ipso iure el derecho alimentario del cónyuge inocente reconocido por sentencia firme, pues si bien la obligación alimentaria constituye un supuesto de las denominadas obligaciones periódicas, que son aquellas que naciendo de una causa o antecedente único, brotan o germinan por el transcurso del tiempo, importando así cada una de las cuotas una deuda distinta, son las cuotas devengadas mes a mes las que importan cada una de ellas una deuda distinta, no el derecho alimentario en sí mismo, aunque éste se actualice día a día.”
- El efecto inmediato de la ley y la retroactividad, encuentran un límite en el propio art. 7 del CC y C, cual es la no afección de derechos amparados por garantías constitucionales.
- Las cuotas de alimentos que se devengan mes a mes, importan cada una de ellas una deuda distinta que no se confunde con el derecho alimentario en sí mismo, aunque se actualice día a día. El derecho se consolidó al amparo de la ley vigente al momento de la constitución, a cada cuota alimentaria que se vaya devengando (consecuencia de la relación jurídica) se le aplicará el derecho vigente al momento de devengarse.

Sentencias que decretan el cese de la cuota alimentaria a la cónyuge inocente.

Cámara Civil Sala I 1/12/15

Principios de derecho ponderados en la sentencia:

- Principio pro homine es una pauta hermenéutica para juzgar a la ley sino según la ley.
- La Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, insuceptibles de razonable argumentación.
- Si estuvieran comprometidos los derechos humanos se debería declarar la inconstitucionalidad del régimen jurídico del Código Civil y Comercial en materia alimentaria post divorcio.

Derecho Transitorio:

- El derecho alimentario es un derecho adquirido, incorporado al patrimonio de quien ha obtenido una sentencia que reconoció el derecho de alimentos, no pudiendo el obligado alimentario pretender el reintegro de lo pagado en cumplimiento de tal manda.
- Los efectos de la nueva ley son a futuro, no hay un derecho adquirido por la actora respecto de los alimentos no devengados, lo que explica que la nueva ley pueda modificar o dejar sin efecto para el futuro el derecho alimentario, no obstante estar reconocido en una sentencia, sin que ello implique afectar la mentada garantía constitucional de la propiedad.
- La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, constituye, en todo caso, una situación jurídica y que, por tanto, de acuerdo a la pauta señalada por el art. 7 del Código Civil y Comercial, sus consecuencias-entre ellas el derecho alimentario-se encuentran afectadas por la nueva ley hacia el futuro.

Derecho alimentario de la cónyuge inocente en la doctrina. Argumentos para la

privación

Uno de los argumentos a los que más se ha dedicado la doctrina es al sistema transitorio, diferenciando tres reglas; el efecto inmediato de la nueva ley; el efecto no retroactivo y los supuestos específicos de efecto diferido.

En base a estas reglas se distinguen la constitución o extinción de la relación jurídica (a esta se le aplica la ley vigente al tiempo en que sucedieron) y los efectos o consecuencias de esa relación a la que se les aplica la ley posterior vigente al tiempo en que sucedan, entienden que los alimentos con una consecuencia de la situación jurídica de disolución del matrimonio.

Asimismo, afirman que el derecho alimentario derivado de la inocencia, entienden no es constitutiva de la relación sino sólo una consecuencia.

Otro de los argumentos a favor de eliminar de derecho alimentario post divorcio enseña la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, que en el régimen anterior los alimentos dependían de la calificación de cónyuge inocente o culpable. Como esa calificación se ha eliminado al terminar con el divorcio contencioso, los alimentos que se deben los esposos después del divorcio ya no se fundan en esa culpabilidad, se fundan en el deber de asistencia. Para esta autora los alimentos que se fundan o responden al principio de solidaridad familiar son los consagrados en el art. 434 del Código Civil y Comercial.

Otro de los argumentos es que las sentencias de alimento, carecen de fuerza de cosa juzgada material, sino que su estabilidad es meramente transitoria, lo que impide hablar de derecho adquirido o derechos amparados constitucionales.

Finalmente, es interesante indagar en la consideración que la coautora del Código Civil y Comercial, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci hace de la mujer beneficiaria de alimentos de su ex cónyuge. La misma se refiere, a la situación de la mujer beneficiaria de alimentos, con estas expresiones “ *No solamente porque me divorcié, ahora tengo derecho, solamente porque fui buena, a quedarme panza arriba tirada, en la playa, a seguir siendo mantenida por el resto de mis días en el mismo nivel económico que tuve mientras estuve casada con este hombre rico a quien todos los días le preparaba el desayuno, le lavaba la ropa, etc.*”

Estas referencias no engloban la realidad de todas las mujeres que se encuentran en esta situación. Basta inferir por el tiempo de vigencia de la ley, las edades de los ex-cónyuges, las connotaciones del vínculo matrimonial, la valoración social del matrimonio, el deber de mantener a la ex esposa en el mismo nivel de vida del que gozó durante la vigencia del vínculo, siempre fue una pauta guía, casi de imposible cumplimiento. La realidad indica que mantener dos casas, no es lo mismo que mantener una. El parámetro legal para establecer el quantum de la obligación alimentaria, daba cuenta de la responsabilidad del alimentante era evitar el despojo

ante la disolución del vínculo.

Derecho alimentario de la cónyuge inocente en la doctrina. Argumentos para el reconocimiento.

Al respecto señala Zannoni, “negar a los ex cónyuges el derecho a continuar percibiendo las asignaciones a las que tuvieron derecho hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial implicaría colocarlos en una situación de desigualdad ante la ley, pues para ellos no existe la posibilidad de acordar el convenio regulador previsto por los arts. 439 y siguientes para quienes se divorcian por la ley vigente, convenio que, entre otras cosas, prevé las pautas relativas al derecho alimentario. Corresponde interpretar, desde nuestro punto de vista, que el derecho a percibir alimentos no es una situación jurídica existente en los términos del art.7 del Código Civil y Comercial sino un derecho adquirido, inherente a la cosa juzgada, al que no puede aplicársele la nueva ley con retroactividad sin grave lesión al derecho de propiedad”.

En el mismo sentido señala Guiglielmino, “La razón de la fijación de alimentos es la culpa de uno de los cónyuges, y la sanción es la indemnización mediante una prestación periódica. Si el pago hubiese sido único no estaríamos aquí realizando un análisis ya que una prestación única hubiese ingresado en el patrimonio de la cónyuge inocente y nadie discutiría si la sentencia que lo otorgó es removable por aplicación del nuevo código.

“La culpa por la que se le impuso al apelante la indemnización por el daño causado, -con la forma de una renta alimentaria- sigue indemne, y desde el momento en que la sentencia de divorcio primero y de alimentos después quedaron firmes, la percepción en razón de tal supuesto factico, ingresó en la propiedad de la cónyuge inocente siendo éste un derecho amparado por la Constitución. Fulminar ese derecho otorgado mediante sentencia firme con autoridad de Cosa Juzgada atenta contra la seguridad jurídica.”

La situación de la mujer con derecho alimentario reconocido por la ley anterior, su situación ante el Código Civil y Comercial vigente.

Tres instituciones contiene el Código Civil y Comercial vigente para “asistir” al ex cónyuge los alimentos previstos en el art. 434, la compensación económica que regula el art. 442. Ninguno de esos institutos le son aplicables, a la mujer con sentencia de divorcio que se le reconoce alimentos al amparo de la ley 23.515. No tiene alimentos porque es factible que haya gozado de alimentos por más del tiempo de duración del matrimonio, o porque padece de una enfermedad adquirida con

posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial. La acción de compensación económica ha caducado para ella. Tendría solamente la posibilidad de accionar por daños y perjuicios, lo cual por su edad, por el tiempo transcurrido de la producción de los hechos dañosos, sería toda una aventura jurídica. Es por eso, que se reafirma la vulneración a los derechos respecto de la mujer con sentencia de divorcio y con derecho de alimentos con expresión o no de culpabilidad.

Conclusiones

El derecho alimentario cualquiera sea su naturaleza asistencial o sancionatoria, integra el patrimonio de la persona, y tiene rango de derecho humano.

De lege lata:

1) Se pronuncien por la inconstitucionalidad de la retroactividad de la ley para privar de derecho alimentario a la cónyuge en sintonía con lo dispuesto por los Tratados Internacionales sobre Derechos humanos de jerarquía constitucional.

De lege ferenda:

1) Que estas XXVI JNDC recomienden la reforma del artículo 434 del Código Civil y Comercial incorporándose ***“En los casos de alimentos reconocidos por sentencias dictadas bajo la vigencia de la legislación anterior, mantienen vigencia y se rijen las mismas causales de cese.”***

«No es admisible que el derecho [...] imponga desde afuera y desde arriba sus propias leyes a una vida separada de sí misma: es la vida, en su composición al mismo tiempo corpórea e inmaterial, la que debe hacer de sus propias normas la referencia constante de un derecho cada vez más ajustado a las necesidades de todos y cada uno»