

Capítulo XV

PARENTESCO - ALIMENTOS - DERECHO DE VISITAS

por SARA N. CADOCHÉ DE AZVALINSKY

| | |
|--|-----|
| I. PARENTESCO | |
| 1. Concepto | 331 |
| 2. Fuentes | 332 |
| 3. Proximidad: grados, líneas, tronco, ramas | 332 |
| 4. Cómputo | 333 |
| 5. Clases de parentesco | 336 |
| 6. Efectos del parentesco | 339 |
| II. ALIMENTOS | |
| 1. Concepto. Naturaleza. Fundamentos | 346 |
| 2. Fuentes del deber alimentario | 347 |
| 3. Caracteres | 347 |
| 4. Modo de prestación | 351 |
| 5. Condiciones generales para exigir el cumplimiento del deber alimentario | 352 |
| 6. Sujetos obligados | 352 |
| 7. Orden de prestación | 353 |
| 8. Acción de contribución | 356 |
| 9. Juicio de alimentos | 357 |
| 10. Fijación por convenio: su eficacia | 360 |
| 11. Sanciones por incumplimiento | 360 |
| 12. Cesación | 361 |
| III. DERECHO DE VISITAS | 362 |

SARA NOEMI CADOCHÉ DE AZVALINSKY

C a p í t u l o X V

PARENTESCO - ALIMENTOS - DERECHO DE VISITAS

I. PARENTESCO

1. Concepto.

Nuestro Código define al parentesco en el artículo 345 al comenzar el Título VI de la Sección 2ª del Libro I, dedicada a los derechos personales en las relaciones de familia.

Mas como ocurre en casi todos los casos en que el legislador propone definiciones —y véase la propia opinión de Vélez Sársfield en la nota al artículo 495—, ésta también adolece de defectos: el artículo 345 dice que: “El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco”, con lo cual sólo refiere a un tipo de parentesco: el consanguíneo y además pareciera que este vínculo podría cesar desde que usa el término “subsistente”.

En primer lugar, el vínculo jurídico de parentesco puede derivar de otras dos fuentes, además de la biológica: el matrimonio, que origina el parentesco por afinidad —cuyo nacimiento y efectos regula el código, a pesar de que lo olvida en su definición—, y la adopción —no reglada en el código de Vélez Sársfield—, que da lugar a la creación del parentesco adoptivo.

Por otra parte, el vínculo de parentesco no cesa: en todo caso pueden enervarse algunos de sus efectos, como en el caso de parientes declarados indignos o que fueran desheredados. Aun en el caso de la adopción plena, donde por imperio del artículo 14 de la ley 19.134 “se extingue el parentesco” del adoptado con los integrantes de su familia de sangre, y en el caso de la revocación de la adopción simple donde ocurre lo propio con la familia de

adopción (art. 27), creemos sin embargo que no se trata de una verdadera extinción del parentesco sino de sus efectos. Con la única excepción que prevén las mismas normas, porque los impedimentos matrimoniales —que subsisten en ambos casos— tienen su fuente justamente en el parentesco, el que incluso puede llegar a indagarse a través de la acción de filiación o admitirse con el reconocimiento respectivo, lo que permitirá establecer impedimentos matrimoniales derivados de la consanguinidad (art. 19 ley citada).

2. Fuentes.

De lo dicho ya, se esbozan tres fuentes principales de parentesco: a) el hecho biológico de la generación, que origina el parentesco por consanguinidad; b) el acto jurídico familiar del matrimonio, que da lugar al nacimiento del parentesco por afinidad, y c) el acto jurisdiccional: sentencia de adopción, que crea el parentesco adoptivo.

Cada una de ellas, admite, a su vez, subclasificaciones que veremos más adelante.

3. Proximidad: grados, líneas, tronco, ramas.

Los artículos 346 a 351, completando el Título VI, dan estos conceptos.

Grado es “el vínculo entre dos individuos formado por la generación”. El vínculo que “une al genitor con su descendiente inmediato”, según la feliz expresión del doctor Jorge J. Llambías en su *Código Civil anotado* (T. I, pág. 1077), lo cual conlleva la idea de generación biológica como fuente del grado de parentesco.

Línea es la “serie ininterrumpida de grados” (art. 347 in fine), que admite distintas direcciones: ascendente, descendente y colateral. Y al grado de donde parten dos o más líneas se llama tronco (art. 348).

La línea ascendente es “la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes” (art. 351); mientras que la línea descendente es “la serie de grados o gene-

raciones que unen al tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes” (art. 350).

Ambas líneas pueden subsumirse en una sola: la línea *recta*, pero interesa la clasificación en ascendente y descendente por los efectos propios de una y otra. Así, en el orden sucesorio la línea descendente legítima excluye a la ascendente; el derecho de representación se otorga en la línea descendente, etcétera.

En cuanto a la línea colateral, es la que relaciona a personas ubicadas en distintas ramas que parten de un genitor común. Del tronco común pueden originarse varias líneas, que constituyen las ramas, y quienes se hallan ubicados en diversas ramas son colaterales entre sí.

Hay primera, segunda, tercera, etcétera, líneas de colateralidad: la primera parte del ascendiente en primer grado, o sea “del padre y madre de la persona de que se trate y comprende a sus hermanos y hermanas y a su posteridad” (art. 354).

La segunda parte del ascendiente en segundo grado, “es decir, de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate, comprende al tío, primo hermano, y así los demás” (art. 355).

La tercera, parte del ascendiente en tercer grado, o sea “de los bisabuelos y bisabuelas, y comprende sus descendientes” (artículo 356). Y así sucesivamente: “De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos” (art. 356 in fine).

También interesa en la práctica la distinción entre la línea recta y la colateral. Entre otros muchos efectos podemos señalar: la línea recta excluye a la colateral en el orden sucesorio; el derecho de representación en la línea colateral se da sólo a favor de los hijos y descendientes de los hermanos y hasta el cuarto grado; el derecho a alimentos en la línea colateral se da sólo si el vínculo es legítimo y hasta el segundo grado; etcétera.

4. Cómputo.

Difiere según se trate de la línea recta o la colateral.

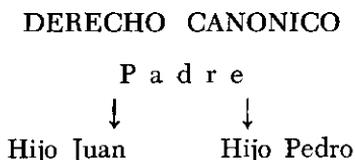
En la primera, el grado de parentesco se establece según la

distancia de generaciones entre las personas a considerar. Así, padre e hijo están en el primer grado (hay diferencia de una generación entre ellos); abuelo y nieto están en el segundo grado, etcétera. También podría enunciarse el cómputo en la línea recta como el número de personas a considerar entre quienes buscamos el grado de parentesco, a las que restamos una. De abuelo a nieto hay tres personas en grados sucesivos, y el grado de parentesco entre ellos es el segundo.

En la línea colateral, el cómputo se realiza “remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente” (art. 353). Es decir que según nuestra ley, el cómputo del parentesco colateral impone un doble recorrido: desde uno de los parientes en cuestión hasta el tronco o primer genitor común, y luego desde allí hasta el otro pariente con quien se indaga la relación, y se suman todos los grados recorridos. Ejemplo: entre hermanos hay dos grados de parentesco colateral, pues partiendo de uno de ellos hasta el primer genitor común: el padre, y buscando luego al otro hermano, hallamos dos grados de distancia. No existen, por lo tanto, colaterales en primer grado.

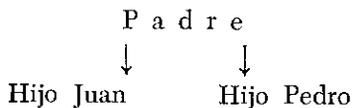
En el Derecho Canónico, en cambio, el cómputo en la línea colateral se efectúa recorriendo una sola de las ramas hasta el tronco común. Si los parientes colaterales a considerar se encuentran a distintas distancias en generaciones desde el tronco, se toma en cuenta el de grado más lejano para determinar el parentesco, y si ambos están a igual distancia, se considera el grado en que se encuentra cualquiera de ellos, pero no se cumple el doble recorrido que impone nuestra ley.

Ejemplos.



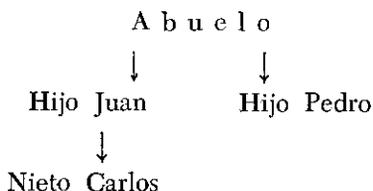
Los hermanos Pedro y Juan están en el primer grado de colateralidad. Se computa la distancia de generaciones entre cualquiera de ellos y su genitor común.

DERECHO ARGENTINO



Pedro y Juan están en el segundo grado de colateralidad: sumamos el recorrido desde Pedro hasta el tronco común —padre de ambos— y desde él hasta Juan.

DERECHO CANONICO



Entre el hijo Pedro y el nieto Carlos —tío y sobrino— hay dos grados de colateralidad: recorreremos solamente la línea más larga desde el genitor común.

DERECHO ARGENTINO

En el mismo ejemplo, tío y sobrino se hallan en el tercer grado de colateralidad: sumamos los recorridos de ambas líneas, contando todos los grados que separan al nieto de su abuelo —primer genitor común— y luego a éste de su hijo Pedro (tío de Carlos).

Y así sucesivamente: los primos hermanos en el derecho canónico se encuentran en el segundo grado de colateralidad entre sí, y en el cuarto para el derecho patrio, etcétera. Lo que muestra que los mismos parientes lo son en mayor grado de proximidad en el derecho canónico que en el nuestro, dentro de la colateralidad.

Entre los efectos, surge de inmediato que en el primer ordenamiento legal los impedimentos matrimoniales por parentesco colateral son más amplios que en el derecho argentino: el impedimento entre parientes dentro del segundo grado comprende a los tíos y sobrinos, y a los primos hermanos, caso que no ocurre en nuestro derecho donde sólo alcanza a los hermanos y medio hermanos (art. 353 C.C. y art. 9º inc. 2 ley 2393; el art. 362 C.C. perdió vigencia desde la ley 2393).

5. Clases de parentesco.

A partir de las diversas fuentes del parentesco a que ya hemos referido, la ley admite clasificaciones en cada uno de los tipos:

A) El parentesco por consanguinidad ofrece una primera clasificación general atendiendo a la calidad del vínculo que une a los antecesores.

Las personas que tienen entre sí parentesco derivado de casamiento válido o putativo de sus progenitores, son parientes consanguíneos legítimos (art. 358). A contrario sensu, quienes sólo estén vinculados por un hecho biológico no habido en unión matrimonial son parientes ilegítimos (cfr. art. 366).

“Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos. Pueden, sin embargo, adquirir algunos derechos en las relaciones de familia, en los casos que este Código determina” (art. 366). Salvo en los casos expresamente legislados, ambas familias son independientes entre sí. Y basta una sola generación habida de una unión extramatrimonial para calificar al parentesco de ilegítimo (art. 366). De manera que la homogeneidad de vínculos —todas las uniones habidas entre ambos parientes son matrimoniales o son extramatrimoniales— puede dar lugar al parentesco legítimo o ilegítimo, según el caso. Pero la heterogeneidad —algunas uniones son matrimoniales y otras no— siempre provoca la calificación del parentesco como ilegítimo o extramatrimonial.

La segunda clasificación del parentesco consanguíneo, referida específicamente a los colaterales en segundo grado, es la de los

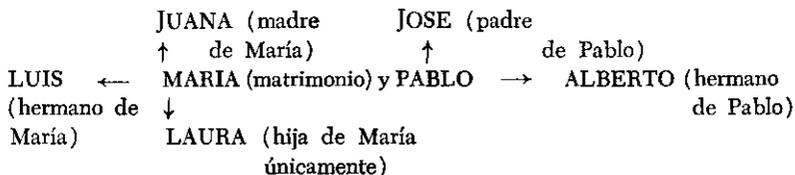
hermanos bilaterales y unilaterales, también llamados de doble vínculo, o enteros, o de padre y madre, y de vínculo simple, o medio hermanos, o de un solo lado, según tengan ambos progenitores en común o sólo uno de ellos, respectivamente. Aun puede distinguirse, terminológicamente, entre hermanos unilaterales paternos o maternos —según tengan como único progenitor común al padre o a la madre— (art. 361), llamados también hermanos consanguíneos o uterinos respectivamente (conf. Busso, Prayones), pero esta clasificación carece de interés práctico en nuestro derecho.

En cambio sí se producen efectos dispares según que los hermanos sean de vínculo doble o simple: los medio hermanos heredan la mitad de lo que les corresponde a los hermanos enteros (artículo 3586) cuando ambos concurren a la misma sucesión.

B) El parentesco por afinidad es el que nace con la celebración de un matrimonio y se establece entre cada cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

No hay parentesco por afinidad ni entre los cónyuges —los cónyuges no son parientes, son cónyuges—, ni entre los consanguíneos de uno de ellos con los consanguíneos del otro (art. 364).

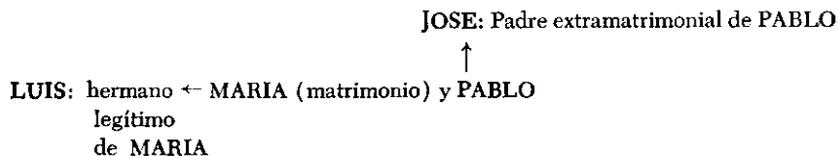
Así, en el siguiente ejemplo:



Existe parentesco por afinidad únicamente: entre María y José y María y Alberto; y entre Pablo y Juana, Pablo y Luis y Pablo y Laura.

Pero no hay parentesco ni entre Juana y José (llamados vulgarmente consuegros), ni entre Alberto y Luis (llamados vulgarmente conuñados), ni entre cualquiera de los consanguíneos de cada cónyuge del ejemplo con cualquiera de los consanguíneos del otro cónyuge.

Por otra parte, el parentesco por afinidad puede ser legítimo o ilegítimo: según sea legítimo o no el parentesco que une al otro cónyuge con sus consanguíneos. Ejemplo:



El parentesco entre María y José es afín ilegítimo y entre Pablo y Luis es legítimo por afinidad.

En cuanto al modo de computarse, el parentesco por afinidad “se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad” (art. 363). El mismo artículo da luego diversos ejemplos clarificando el concepto, al cual para no incurrir en meras transcripciones, nos remitimos.

La distinción entre afinidad legítima e ilegítima interesa en algunos efectos jurídicos dispares. Por ejemplo, la obligación alimentaria, rige únicamente entre determinados parientes afines *legítimos* (art. 368).

Por último, el parentesco por afinidad no termina con la disolución del matrimonio, y ello surge implícitamente de las normas que regulan sus efectos más allá de tal disolución. Así, en el impedimento matrimonial derivado de la afinidad en línea recta (artículo 9º, inc. 3, ley 2393), es presupuesto indispensable que el matrimonio que dio origen a la afinidad esté disuelto porque de lo contrario el impedimento será el ligamen; en la vocación hereditaria de la nuera viuda sin hijos en la sucesión de sus suegros (artículo 3576 C.C.), hay matrimonio disuelto por la muerte del marido.

C) El parentesco adoptivo es el creado por la ley como consecuencia de una sentencia de adopción, con efecto retroactivo al día “de la promoción de la acción” (art. 13, ley 19.134).

Dado que la ley actual regula dos tipos de adopción —simple y plena—, también el parentesco que crea en cada caso es diferente. En la simple sólo nace parentesco entre adoptante y adoptado

y sus descendientes, y entre los hijos adoptivos de un mismo adoptante (arts. 20 y 25 ley citada). Además, el adoptado conserva sus vínculos de parentesco con su familia de origen (o familia de sangre), con excepción de alguno de sus efectos, incompatibles con el otorgamiento de la adopción (art. 22 ley citada: la patria potestad y la administración y usufructo de los bienes del menor se transfieren al adoptante).

En la adopción plena, en cambio, se extinguen todos los efectos del parentesco con la familia de origen —salvo los impedimentos matrimoniales—, y surge un nuevo parentesco —el adoptivo— entre el adoptado y el adoptante y toda su familia (art. 14 ley especial). La adopción plena “confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen” y “éste tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo”.

6. Efectos del parentesco.

Trataremos de esquematizar algunos de los efectos más importantes del parentesco dentro de cada uno de sus tipos.

I) Por consanguinidad:

1) En materia civil:

a) En el Código Civil: el parentesco es fuente de obligación alimentaria (arts. 367, 369 y sig.); inhabilita al funcionario público para actuar en actos donde estén interesados sus parientes hasta el cuarto grado (art. 985); inhabilita para ser testigo en los actos donde el funcionario público interviniente es pariente dentro del cuarto grado (art. 990); obliga a denunciar la orfandad o vacancia de tutela bajo pena de ser privado del derecho a la tutela de ese menor (art. 378); legitima para el ejercicio de determinadas acciones tales como: promoción de procesos de insania (art. 144, inc. 2), de interdicción por sordomudez (art. 156), de inhabilitación judicial por prodigalidad (art. 152 bis, inc. 3), de reclamación o impugnación de un estado de familia (arts. 256, 258, 259, etc.), de denuncia de embarazo (art. 66); es fuente de vocación hereditaria en las sucesiones *ab intestato* (art. 3565 y sig.); otorga dere-

cho a solicitar tutela y curatela legítimas (arts. 390 y 477); legítima para ser beneficiario de un derecho de uso o habitación (art. 2953), para solicitar beneficio de competencia (art. 800, incs. 1 y 3); inhabilita en ciertos supuestos para ser testigo en testamentos (arts. 3702, 3707), o para actuar como escribano en este acto (art. 3653); o para ser beneficiario de una disposición testamentaria (art. 3665); legítima para exigir el régimen de visitas que regula el artículo 376 bis; exime de la obligación de denunciar al homicida del causante, en el supuesto del artículo 3292, etc.

b) En las leyes complementarios del Código Civil:

Ley 2393: es fuente de impedimentos matrimoniales (art. 9º, incs. 1 y 2); legítima para ejercer las acciones de: oposición (artículo 21 inc. 2 y art. 22), de nulidad de matrimonio (arts. 84, 85, incs. 2 y 86), etc.

Ley 14.394: legítima para pedir declaración de ausencia y de ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 17 y 24); para ser designado curador del ausente (art. 19); para ser beneficiario del régimen de bien de familia (art. 36).

Decreto-ley 8204/63: obliga al pariente más cercano que exista en el lugar, a solicitar la inscripción de nacimientos y defunciones (art. 30 inc. 1 y art. 54 inc. 1).

Ley 10.903: regula los derechos y deberes que corresponden a la patria potestad (art. 1º).

Ley 11.357: ídem para los padres naturales (art. 2º).

Ley 19.551 (concurso y quiebras): inhabilita para votar en la junta de acreedores a los consanguíneos del concursado hasta el 4º grado (art. 51).

2) En material penal:

a) En algunos casos es agravante del delito: homicidio (art. 80 inc. 1, Cód. Penal); lesiones (art. 92); corrupción (art. 125); abuso de armas (art. 105); violación y estupro (art. 122); abuso deshonesto (art. 127); privación ilegal de libertad (art. 142);

b) En otros es eximente de responsabilidad: hurto, defraudaciones o daño entre determinados parientes (art. 185); encubrimiento del consanguíneo hasta el cuarto grado (art. 279).

c) A veces el parentesco es integrante del tipo penal: abandono perpetrado por la mujer de su hijo recientemente nacido (artículo 107); homicidio cometido por la madre contra su hijo para ocultar su deshonra (art. 81, inc. 2); incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944, arts. 1º y 2º inc. a).

3) En materia procesal:

a) Es causal de excusación y recusación de jueces (art. 10, incs. 1º y 11, y art. 11 del C.P.C. y C. de Santa Fe: parentesco en línea recta y hasta el cuarto grado colateral; art. 50, incs. 2 y 3 y art. 51 C. P. Penal Santa Fe).

b) Es causal de exclusión de testigos, salvo excepciones (artículo 217 C.P.C.C.: parientes en línea recta o segundo grado de colateralidad; y art. 251 Código Proc. Penal de Santa Fe: ascendientes, descendientes y hermanos).

c) Es óbice para efectuar denuncia entre determinados parientes, salvo casos de excepción (art. 181 C. P. Penal de Santa Fe: ascendientes, descendientes o hermanos).

4) En materia impositiva:

En la legislación sobre impuesto a la transmisión gratuita de bienes —actualmente suspendida por imperio de la ley 21.282/76 de impuesto al Patrimonio Neto— se establecía una escala en relación inversa a la proximidad del parentesco del sucesible con el causante: al de grado más cercano correspondía pagar menor impuesto y viceversa (ley 20.632/73, art. 17 y Escalas Anexas, y las correlativas en jurisdicciones provinciales).

5) En materia de previsión social:

En este ámbito podremos agrupar diversas leyes de finalidad

tuitiva, donde las relaciones de parentesco son hábiles para exigir el goce de la protección normativa:

a) Ley de prórroga de las locaciones: 21.342/76, que permitía la invocación del régimen especial a los ascendientes y descendientes del locatario que ocupara el inmueble (art. 3º) y la continuación de la locación luego de la muerte o el abandono hecho por el locatario (art. 15).

b) Ley 14.394, en cuanto regula el régimen del bien de familia (art. 36 y sig.), y marca el núcleo familiar a proteger como beneficiario.

c) Leyes sobre otorgamiento de pensiones: a favor de hijas mujeres solteras y de hijos varones menores de edad o incapaces; a favor de padres e hijos naturales: sea en igualdad de derechos con los legítimos como en el caso de pensiones en el comercio, civiles y afines, o con el alcance de sus respectivos derechos hereditarios: pensiones de periodistas y agentes civiles de la administración, etcétera.

6) Legislación sobre accidentes de trabajo, cuando de ellos se deriva el fallecimiento del trabajador, y se reconoce un derecho a indemnización a sus derechohabientes según los vínculos de parentesco con la víctima que en cada caso se prevén (ley 9688 y disposiciones complementarias).

7) En materia laboral:

Indemnización por muerte del trabajador, a favor de los parientes enumerados en el artículo 37 del decreto-ley 18.037/69 (artículo 269 ley 20.744 y art. 206, anexo ley 21.297): hijos menores de 18 años o mayores incapaces, padres incapaces, hermanos a cargo y menores de 18 años, etcétera.

II) Por afinidad:

1) En materia civil:

a) Es fuente de obligaciones alimentarias entre suegro, suegra, yerno y nuera, siempre que sean legítimos (art. 368 C.C.).

b) Es fuente de vocación hereditaria únicamente en el supuesto del artículo 3576 bis: caso de la nuera viuda sin hijos que es llamada a la sucesión de los suegros para recibir la cuarta parte de lo que le hubiere correspondido a su esposo premuerto.

c) Es causa de impedimento matrimonial en la línea recta (artículo 9º, inc. 3 de la ley 2393).

d) Legítima para ejercer oposición al matrimonio de la mujer viuda en el caso del artículo 93 de la ley 2393 (art. 22 ley citada).

e) Legítima para ser beneficiario del derecho de uso y habitación si son afines que se deben alimentos (art. 2953 C.C.).

f) Legítima a la nuera del supuesto del artículo 3576 bis para pedir la declaración de simple ausencia y de ausencia con presunción de fallecimiento del suegro o suegra ausente (arts. 17 y 24, ley 14.394) y para pedir ser designada curadora de los bienes (artículo 19, inc. 5 y art. 25 ley citada).

g) Legítima para promover procesos de interdicción por insania (art. 144 inc. 2 C. C.) o por sordomudez (art. 156 C. C.), así como de inhabilitación judicial, con excepción del caso de los pródigos (art. 152 bis).

h) Legítima para exigir el régimen legal de visitas del artículo 376 bis.

i) Inhabilita para ser escribano de testamentos por acto público, del testador pariente afín en línea recta o colateral hasta el tercer grado (art. 3653).

j) Inhabilita para ser testigo de un testamento cuando hay disposiciones a su favor (art. 3702), o cuando son parientes del escribano dentro del cuarto grado (art. 3707).

k) Inhabilita para votar en la junta de acreedores (ley 19.551) hasta el segundo grado de afinidad de parentesco con el concursado (art. 51).

2) En materia penal:

a) En algunas ocasiones es agravante del tipo: violación y estupro (art. 122 del C. Penal: autor afín en línea recta); abuso des-

honesto (art. 127 C. P.: ídem); cooperación en delitos contra la honestidad (art. 133 C.P.).

b) En otras, es eximente de pena: hurtos, defraudaciones y daños causados entre afines en línea recta, o cuñados que vivan juntos (art. 185, incs. 1 y 3 del C. Penal); encubrimiento entre afines en segundo grado (art. 279 C. Penal).

3) En materia procesal:

a) Es causal de recusación y excusación de los jueces (art. 10, incs. 1º y 11 y art. 11 C. P. C. y C. de Santa Fe: el parentesco en línea recta y hasta el segundo grado de colateralidad; art. 50, incisos 2 y 3 y art. 51 C. P. Penal de Santa Fe: ídem anterior).

b) Es causal de exclusión de testigos, salvo excepciones (artículo 217 C.P.C. y C.: con igual alcance que entre parientes consanguíneos, aunque no están inhabilitados en los procesos penales, según el C. P. Penal de Santa Fe).

III) Por adopción:

Los efectos jurídicos que produce este parentesco son diversos según se trate de la adopción plena o simple.

Como en el caso de la primera la ley dispone que “el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo” (art. 14 de la ley 19.134), son aplicables a este parentesco las mismas normas que las atinentes al parentesco consanguíneo. Salvo que, además, subsisten los impedimentos matrimoniales entre el adoptado y su familia de origen (artículo citado).

En cambio, si se trata de adopción simple, el artículo 20 de la ley especial reza que “no crea vínculo de parentesco entre aquél (el adoptado) y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en esta ley”. Y además: “los derechos y deberes que resulten del vínculo de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor, que se transfieren al adoptante...” (art. 22 ley citada).

Por ende, y dentro de la adopción simple, podemos señalar entre otros los siguientes efectos:

A) En el parentesco de sangre, subsistente:*

Se mantiene la vigencia de todos los derechos y deberes propios del parentesco consanguíneo, salvo:

—la titularidad y ejercicio de la patria potestad, incluida la administración y usufructo de los bienes del menor, que se transfieren al padre adoptivo;

—la vocación hereditaria de los parientes de la familia de origen, que se restringe a los bienes que el adoptado hubiere “recibido a título gratuito de su familia de sangre” (art. 24).

B) En el parentesco por adopción, creado restrictivamente:

—el adoptado se ubica en la posición de hijo legítimo con respecto al adoptante;

—el adoptado es considerado hermano de los demás hijos *adoptivos* del mismo adoptante (art. 20).

—nacen los impedimentos matrimoniales del artículo 26 de la ley especial, que no alcanzan al adoptado con los hijos de sangre del padre adoptivo;

—el adoptante hereda *ab intestato* y es heredero forzoso del adoptado (art. 24), igual que un padre legítimo;

—el adoptante es excluido de los bienes de la herencia que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre;

—el adoptado es heredero forzoso del adoptante, y lo hereda como un hijo legítimo;

—el adoptado y sus descendientes heredan a los ascendientes del adoptante por representación, pero no son herederos forzosos (art. 25 - aplicación del art. 20); o sea que pueden ser desheredados sin justa causa, u omitidos válidamente en un testamento. No tienen legítima en esas sucesiones;

—los descendientes del adoptado heredan al adoptante por representación y son herederos forzosos (art. 25);

—adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos (artículo 28, inc. a) a contrario sensu; cfr. art. 20);

—se extinguen los efectos del parentesco en caso de revocación de la adopción, subsistiendo únicamente los impedimentos matrimoniales del artículo 26 (art. 27).

II. ALIMENTOS

1. Concepto. Naturaleza. Fundamentos.

El derecho -deber alimentario es una de las consecuencias o efectos jurídicos inmediatos derivados de la relación de parentesco.

La ley civil se ha ocupado de imponer diversas series de normas reguladoras de la obligación alimentaria. Así lo ha hecho, por ejemplo, en el ámbito del matrimonio (reglas sobre asistencia material entre cónyuges); en el juego de la patria potestad (dentro de las obligaciones fundamentales de los padres para con sus hijos menores de edad no emancipados); en el caso del donatario sin cargo, obligado a prestar alimentos al donante (art. 1837 C.C.) y en lo referente a los efectos derivados del parentesco en sus distintas clases, que es el aspecto al que nos ceñiremos en este apartado.

En cada uno de estos casos las normas aplicables presentan características propias, por lo que el estudio de las atinentes a la obligación alimentaria entre parientes no es una mera repetición de lo visto en otros capítulos (V, XI, XII de esta misma obra).

Creemos innecesario volver sobre el concepto de alimentos, que ha sido comentado (T. I, pág. 269), y el que ha sido debidamente enriquecido por la doctrina y jurisprudencia en su trabajo de análisis del artículo 372 del Código Civil.

Jean Carbonnier (*D. Civil*, T. 1, vol. II, pág. 409), ve en el parentesco la fuente de una "relación alimentaria", que se traduce en "un vínculo obligacional de origen legal", con naturaleza netamente *asistencial* (Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, T. 1, pág. 84). Razones éticas de solidaridad familiar, imponen esta obligación a los parientes de prestarse recíprocamente todo lo necesario para vivir dignamente.

2. Fuentes del deber alimentario.

En un sentido genérico, el deber alimentario puede originarse en diversas fuentes, tales como:

1) La ley: es la fuente por excelencia, por la profusión de normas reguladoras y por su aplicación en la práctica forense.

2) El testamento: bajo la forma de legado de alimentos a favor de una persona hasta la edad de 18 años o por toda su vida si estuviere imposibilitado de procurárselos (art. 3790 C.C.).

3) El contrato: cuando quienes no están obligados por ley, se comprometen al pago de una pensión alimentaria según los modos, plazos, montos, etcétera, que decidan en la contratación.

Si el convenio se limitara a regular la forma de cumplimiento de un deber nacido originariamente de la ley es ésta y no el contrato la fuente de la obligación.

Pero el deber alimentario entre parientes reconoce como fuente específica a la ley, que lo regula en los artículos 367 a 376 del Código Civil.

3. Caracteres.

El derecho - deber alimentario entre parientes presenta algunos caracteres importantes, a saber:

1) Es de orden público. El derecho a alimentos interesa al orden público, y lo normado sobre él no es modificable por voluntad de los particulares (arts. 374, 1453, 872, 19 y concordantes del C.C.). Así lo entienden unánimemente los autores y la jurisprudencia nacional (Llambías, Belluscio, Borda, etc.; J. A. 1981 - I. 608; J.A., 1943 - III - 952, etc.).

2) Recíproco. Particular carácter de la obligación alimentaria entre parientes es la reciprocidad (art. 367 in fine C. C.), que en este caso implica la idéntica sujeción legal entre quienes se encuentran —por su especial relación de parentesco— dentro de los supuestos que prevé el artículo 370.

Si bien la reciprocidad se presenta también dentro de los caracteres de los alimentos entre cónyuges, la obligación alimentaria entre ellos reconoce condiciones diversas según sea el marido o la mujer el llamado a cumplirla, ya que la ley de matrimonio hace pesar sobre el primero, y como regla general, el deber de alimentar a su esposa.

Los parientes, en cambio, en tanto acrediten las condiciones de necesidad, la imposibilidad de adquirir los medios por su propio trabajo, la capacidad económica del pretendido alimentante, y su relación de parentesco con él en el tipo y grado que marca la ley en cada caso, están habilitados para exigir la prestación. Siempre son las mismas condiciones, cualquiera sea el pariente que pretenda el cumplimiento de este deber, y a su vez éste está obligado en iguales circunstancias.

3) Subsidiario. Sólo ante la falta o imposibilidad de cumplimiento del pariente más cercano, surge la obligación exigible en la persona de otro más lejano. Así lo entiende la mayoría de la doctrina nacional (Lafaille, Rébora, Borda), apoyada en los artículos 367, 369, 371 del Código Civil.

4) Dinámico o Variable. El modo de cumplimiento, y hasta la obligación misma, reconoce la posibilidad de asiduos cambios, ya que las condiciones de hecho de ambos parientes de la relación pueden ir variando y conllevando así a la permanente adecuación del deber. Los vaivenes de las posibilidades del alimentante o de las necesidades del alimentado provocan consecuentemente la revisión del modo y amplitud del cumplimiento de esta obligación.

5) Dado que el derecho-deber alimentario es una consecuencia de un determinado estado de familia, presenta notas que son propias de éste, y como además tiende al cumplimiento de un fin extrapatrimonial cual es la conservación de la vida humana (Cfr. Zannoni), ofrece los siguientes caracteres:

a) Inherencia personal: El derecho y el deber alimentario no se transmiten a los herederos del alimentante ni del alimentado (ar-

tículos 374, 498), no pudiéndose reclamar tampoco por la vía subrogatoria (art. 1196).

La única excepción a esta regla es la norma del artículo 331 del Código Civil en cuanto extiende a los “herederos de los padres” de hijos naturales (léase extramatrimoniales a partir de la reforma introducida por la ley 14.367), la obligación alimentaria hacia éstos. La doctrina ha tratado de explicar tan excepcional disposición, sea buceando en los antecedentes o fuentes tenidos en cuenta por Vélez Sársfield y así, por ejemplo, se ha observado que autores como Durantón y Zachariæ —consultados por el codificador— reconocen la transmisibilidad del deber alimentario siempre y no limitado al caso de los hijos naturales; o bien suponiendo que la ley buscó paliar la desigualdad hereditaria de estos hijos con los legítimos asegurándoles los alimentos necesarios a los primeros mientras dure su minoridad. A partir de esta idea, muchos son los que sostienen que si los hijos naturales reciben bienes suficientes en la herencia de sus padres, como para ver cubierta esta necesidad, debe cesar la obligación alimentaria en cabeza de los herederos de éstos (Borda, Belluscio, Llambías y jurisprudencia aplicable) porque no habría razón legal para exigirla.

b) Inalienabilidad: Este carácter se traduce en:

—la imposibilidad de ceder el derecho a alimentos (art. 374): no puede “transferirse por acto entre vivos”; art. 1453: “No puede cederse el derecho a alimentos futuros”;

—la imposibilidad de “constituir a terceros, derecho alguno sobre la suma que se destina a los alimentos” (art. 374) y en

—la imposibilidad de que ésta sea “embargada por deuda alguna” (art. citado).

c) Imprescriptibilidad: el derecho a alimentos es imprescriptible, por lo mismo que es inherente a la persona. Pero a veces la prolongada inactividad procesal tendiente al reclamo alimentario ha llevado a decidir que se habría operado una caducidad del derecho. Así, el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital, publicado en L. L. 75-737 decidió que “la inactividad procesal del

alimentario crea la presunción judicial, sujeta a prueba en contrario, de su falta de necesidad, y determina por lo tanto la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas". Determinar el "plazo de caducidad", es tarea "eminente casuística librada a los jueces, que deberán hacerlo teniendo en cuenta la existencia de circunstancias de hecho atendibles que hayan obstado al ejercicio de su derecho por los reclamantes" (Llambías, *Código Civil anotado* - art. 374).

Por otra parte, la acción es imprescriptible para el reclamo de alimentos futuros.

e) Incompensabilidad: "no son compensables las deudas de alimentos" (art. 825); "la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna" (art. 374).

f) Irrenunciabilidad: el orden público comprometido, y la inherencia personal del derecho alimentario, explican que sea lógico corolario su carácter irrenunciable (art. 374 CC). Toda renuncia a futuros alimentos está viciada de insanable nulidad, y por tanto puede igualmente reclamarse el alimento que corresponda (art. 18 CC).

Respecto a todos los caracteres enunciados en este punto 5) debe hacerse una distinción básica fundamental entre el *derecho* a los alimentos y las *cuotas* de alimentos ya devengadas. El primero goza de todas las notas que hemos marcado desde a) hasta f). Y cualquier acto contrario que pretenda efectuarse está viciado de nulidad (art. 18, 19 y ctes. del C.C.). Así, si se renunciara a reclamar alimentos para el futuro, si se hiciera cesión del derecho, etcétera, estos actos serían nulos de nulidad absoluta.

Pero, en cambio, las cuotas devengadas integran ya el patrimonio del alimentado, y sí pueden válidamente transferirse, renunciarse, etcétera, e incluso ser alcanzadas por la prescripción liberatoria. En relación a esto último, resulta de aplicación específica el artículo 4027, inciso 1, que impone la prescripción de cada una de las cuotas vencidas a los cinco años contados desde su exigibilidad.

En cuanto a la incompensabilidad, la doctrina y jurisprudencia son contradictorias: hay quienes entienden que aun las cuotas vencidas gozan de este carácter (Llambías, Borda Mazzinghi, E.D., 63-234, etc.), por interpretación amplia del artículo 825 del Código Civil; y quienes en cambio aplican aquí el mismo criterio que en lo referente al resto de las notas distintivas enunciadas: el derecho a alimentos es incompensable, pero sí lo son las cuotas vencidas (Belluscio, Segovia, Busso, Llerena, E.D. 56-258; 35-383; 51-447, etc.). Creemos que los mismos motivos válidos para la consideración diferenciada en este tema al tratar el resto de los caracteres enunciados, son aplicables también al de la incompensabilidad, por lo que nos inclinamos a admitir la posibilidad de compensación de las cuotas de alimentos vencidas.

4. Modo de prestación.

Evidentemente, hay dos formas posibles de cumplir con la obligación alimentaria: mediante el pago de una suma de dinero (como una pensión) o dando alojamiento al alimentado y prestándole asistencia en especie (pago "in natura").

A quién corresponde la elección es un tema no resuelto expresamente por nuestro Código, lo cual ha dado lugar a distintas interpretaciones:

a) Para algunos autores, se trata de una obligación alternativa, y por lo tanto resulta aplicable el artículo 637 del Código Civil correspondiendo al deudor elegir el modo de cumplimiento (cfr. Busso, Belluscio. Cód. Civil italiano, C. C. Español, etc.).

b) Para otros, debe permitirse la decisión al acreedor —alimentario— para no lesionar su libertad personal (Prayones) con la imposición de un pago en especie contra su voluntad.

En realidad, pensamos que debe atenderse fundamentalmente a cada situación planteada, pues donde hayan surgido fricciones entre las partes será preferible fijar el pago en una suma de dinero para evitar mayores dificultades con la convivencia que general-

mente implica un pago “in natura”, y para facilitar el control judicial de su cumplimiento (cfr. Zannoni, Borda, Proyecto de 1936, Anteproyecto C.C. 1954, etc.).

5. Condiciones generales para exigir el cumplimiento del deber alimentario.

1) Legitimación activa para reclamarlos: quien pretende el cumplimiento de la obligación debe ser pariente del demandado en calidad y grado amparados por la ley (infra-6-). Esta es una condición de carácter permanente: el estado de familia que, al decir de Rébora, “contiene en potencia el vínculo obligatorio”.

2) Estado de indigencia del reclamante: el alimentario debe hallarse carente de “los medios para alimentarse” (art. 370); o sea sin los recursos propios suficientes para atender a sus necesidades, lo que debe manifestarse en la falta de ingresos y de bienes del demandante.

3) Imposibilidad de adquirirlos con su trabajo (art. 370): puede ser por inaptitud física o psíquica, y aun por razones sociales generales de desempleo o desocupación (cfr. Llambías).

4) Posibilidad económica del pretendido alimentante: la cual deberá apreciarse una vez comprobado que éste tiene medios suficientes para atender a su propio alimento y el de su núcleo familiar; “cubiertas las necesidades absolutas y relativas del contribuyente, porque la caridad bien ordenada comienza por sí mismo” (García Goyena).

5) Irrelevancia del motivo por el cual el pariente reclamante llegó al estado de necesidad: “sea cual fuere la causa que lo hubiere reducido a tal estado” (art. 370). El interés público comprometido en la conservación de la persona humana, y superiores razones de solidaridad familiar inspiran esta solución.

6. Sujetos obligados.

1) En el parentesco legítimo:

“Los parientes legítimos por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta

de padre y madre, o cuando a éstos no les fuese posible prestarlo, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí” (art. 367). La disposición citada obliga por lo tanto:

a) A los parientes en línea recta, desde el grado más próximo hacia el más remoto.

A pesar de que el artículo comentado sólo refiere a los “demás ascendientes”, es unánime la doctrina y jurisprudencia en el sentido de que también están incluidos los “demás descendientes”, siendo por otra parte y en todos los casos, aplicable el principio de subsidiariedad (cfr. Llambías, Belluscio, etc., J.A. 1964-II-113; E.D. 10-30; J.A. 1956-II-68; Juris 9-25 etc.). O sea que sólo procede el reclamo contra el pariente (ascendiente o descendiente) más lejano si es imposible el cumplimiento por quien se halla en grado más próximo.

b) A los hermanos, sean de vínculo doble o simple (J.A. 66-233), dado que el artículo no hace la distinción.

Pero la precisión de la norma impide extender la obligación a otros colaterales más allá del segundo grado (cfr. L.L. 87-650: “el tío carece de título para solicitar alimentos a sus sobrinos”; íd. L.L., 71-201 en caso inverso, etc.).

No está determinado, en cambio, el lugar que ocupan los hermanos como sujetos pasivos de la obligación, en relación con el grupo formado por los ascendientes y descendientes. Borda opina que sólo puede reclamarse a los hermanos a falta de ascendientes y descendientes legítimos o extramatrimoniales; Zannoni, dice que los hermanos están en el tercer término de los parientes legítimos, y que habiendo parientes de las dos calidades (legítimos y extramatrimoniales) debe atenderse preferentemente al reclamo contra el de grado más próximo.

Pensamos que habiendo padre, madre o hijos —cualquiera sea la clase de parentesco que los una al peticionante— los hermanos legítimos están llamados luego de ellos pero antes que los nietos, abuelos, etcétera, con lo cual a pesar de hallarse en el segundo

grado de parentesco (igual que un nieto o un abuelo) serían los sujetos pasivos preferibles para el juzgador.

2) En el parentesco ilegítimo:

“Entre los parientes ilegítimos se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes, y a falta de padre y madre, o cuando éstos no pueden prestarlos, el abuelo o la abuela y sus nietos o nietas” (art. 369 del Código Civil).

De ello se colige que:

a) Se deben alimentos padres, hijos, abuelos/as y nietos/as. De manera que corresponde dentro de la línea recta y hasta el segundo grado.

El doctor Llambías, en su *Código Civil anotado*, comentando este artículo, opina que este derecho-deber se extiende a todos los parientes ilegítimos en línea recta, a pesar de que el resto de la doctrina entiende que no es admisible más allá de los nombrados expresamente por la ley (Mazzinghi, Zannoni, Belluscio, etc.).

b) No se deben alimentos los hermanos extramatrimoniales.

También aquí podemos marcar una disidencia que ha sido formulada por el doctor Llerena, quien a partir de la redacción del artículo 369 “el padre, la madre y *sus* descendientes”, los abuelos “y *sus* nietos o nietas” interpreta que se trata de otros descendientes de los padres (hermanos del reclamante). Pero es unánime el resto de la doctrina nacional en el sentido de que la norma alude a los descendientes del alimentado.

Como bien lo señala Belluscio, de otra manera extenderíamos el derecho incluso entre los primos hermanos (otros nietos de los abuelos), con lo que crearíamos un mayor vínculo obligacional entre los parientes extramatrimoniales que entre los legítimos, lo que es a todas luces extraño al espíritu del legislador. Nos parece claro que en ambas ocasiones, cuando el artículo usa el vocablo “*sus*” se refiere a los descendientes y a los nietos, y nietas, del alimentado, con lo cual se conserva así una línea lógica, aunque debemos reconocer que la redacción de la norma no es feliz.

c) No se deben alimentos los demás parientes colaterales extramatrimoniales entre sí.

Sin embargo, y por aplicación del artículo 331 del Código Civil, un hijo extramatrimonial podría exigir alimentos a un tío natural si éste hubiera heredado al padre natural del reclamante (cfr. J.A. 11-793).

3) En el parentesco por afinidad:

“Entre los parientes legítimos por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra y el yerno y la nuera” (artículo 368 C.C.).

Para que haya derecho-deber alimentario entre parientes afines deben reunirse dos condiciones:

a) Que se trate de afinidad *legítima*.

b) Que sea dentro de las cuatro personas nombradas en el artículo 368: “*únicamente*” suegro, suegra, yerno y nuera.

En este caso la ley es clara y taxativa.

4) En el parentesco por adopción:

Debe distinguirse siempre según el tipo de adopción de que se trate:

a) Adopción plena: es aplicable la norma del artículo 367, para las relaciones entre el adoptado y la familia del adoptante (art. 14, ley 19.134).

Por imperio del artículo citado de la ley especial, no hay obligación alimentaria con la familia de origen.

b) Adopción simple: sólo hay deber alimentario entre adoptado y adoptante, entre hermanos adoptivos, y entre adoptante y descendientes del adoptado (cfr. arts. 20, 24 y 25, ley 19.134).

Por otra parte, subsiste la obligación alimentaria entre el adoptado y los miembros de su familia de sangre (art. 22 ley especial).

7. Orden de prestación.

A falta de una norma expresa que disponga cuál es el orden en que están obligados los diversos parientes al cumplimiento de la obligación alimentaria, la doctrina ha elaborado algunas reglas tales como:

1) Los parientes afines sólo están obligados a falta de consanguíneos en condiciones de prestarla.

2) Dentro de los parientes por consanguinidad, los más próximos están obligados antes que los de grado más lejano, sin importar la calidad del vínculo.

3) En caso de que existan dos parientes consanguíneos en el mismo grado con respecto al reclamante, y siendo de distinto vínculo (uno matrimonial y el otro extramatrimonial), hay opiniones diversas:

a) Debería exigirse la prestación primero al pariente legítimo, salvo el caso que se tratara de hijos, donde podría efectuarse el reclamo indistintamente a cualquiera de ellos (Borda, Llambías).

b) Podría exigirse en todos los casos en forma indistinta a cualquiera de ellos (Zannoni).

c) Idem, pero tratándose de hijos, el ilegítimo podría exigir que se obligue a contribuir al hijo matrimonial “en una proporción mayor... dado que los legítimos tienen un tratamiento privilegiado al que es equitativo adecuar sus responsabilidades” (Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de Familia*, T. 3, pág. 547).

4) Si hubiere parientes por adopción llamados a cumplir la prestación alimentaria, se ubican en el lugar de los parientes legítimos a los fines de determinar un orden de prestación.

8. Acción de contribución.

El artículo 371 del Código Civil permite al alimentante solicitar la contribución de los demás parientes del alimentario que se hallen en “el mismo grado y condición que él”, para el pago de

las cuotas *futuras*. Si en cambio hubiere parientes de grado preferente, el alimentante podría liberarse de la obligación por aplicación del principio de subsidiariedad.

Mas en ningún caso se admiten pedidos de contribución sobre lo ya abonado, sino únicamente para las cuotas futuras. Esta solución, que trata de evitar conflictivas situaciones familiares, resulta injusta si se trata de alimentante condenado a prestar los alimentos por sentencia, pues mientras ésta no sea dictada carece del derecho de pedir la colaboración en el pago a los demás parientes obligados por la ley (cfr. Borda).

Distinta es en cambio la situación del alimentante que no sea pariente, pues además de no encuadrar en la norma del artículo 371 (el "*pariente* que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él"), se ve amparado por las reglas del gestor de negocios ajenos (artículo 727), o del pago por subrogación (art. 768, inc. 3), o del enriquecimiento sin causa (art. 728), pudiendo en todos los casos repetir lo pagado contra quien resulte ser el pariente obligado por la ley.

9. Juicio de alimentos.

El Código Civil regula sobre los lineamientos generales del aspecto procedimental en esta figura. De sus normas surge que:

1) El juicio de alimentos debe seguir un trámite sumario (artículo 375). Un grado de conocimiento intermedio ha sido considerado el más adecuado, que al mismo tiempo contemple la urgencia de las necesidades del reclamante y la posibilidad de acreditar los extremos legales exigibles en cada caso.

El Código, lógicamente por ser ley de fondo, sólo impone un tipo de trámite —el sumario—, quedando la regulación estrictamente procesal (modo de proponer la demanda, plazos, etc.) a las disposiciones provinciales en sus respectivos Códigos de Forma.

En nuestra provincia de Santa Fe, la ley 5531 en sus artículos 541 y 542 otorga competencia especial para la tramitación de los juicios de alimentos a los Tribunales Colegiados de instancia única, los que deberán ajustarse además al tipo de proceso verbal y actuado que reglan los artículos 545 y siguientes de la ley citada, que imponen el ofrecimiento de toda la prueba junto con la demanda, luego su recepción y debate en una audiencia de vista de causa y finalmente el pronunciamiento de la sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días posteriores. Además, son de aplicación específica los artículos 531 a 533, 469 inciso 2 y 294 de este código local.

2) El juez puede fijar “desde el principio de la causa” o “en el curso de ella” —pero antes de dictar sentencia— una prestación provisoria de alimentos a cargo del demandado cuando creyere que hay mérito suficiente para ello (art. 375 C.C.), y “también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo” (art. citado).

En Santa Fe, el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, dispone que ninguna de estas dos decisiones causan estado, y que la cuota provisoria es recurrible ante el mismo Tribunal con efecto devolutivo.

3) La sentencia sólo puede imponer el pago a partir de la interposición de la demanda.

El artículo 375 así lo dispone para la fijación de alimentos provisorios, y no hay otra norma sobre el tema. Pero dado que el juez decide a partir de la demostración de hechos existentes al tiempo del reclamo, sería preferible que sus efectos pudieran retrotraerse al tiempo de la constitución en mora —extrajudicial— si se demostrara que ya entonces era legítimo el pedido.

Es la solución propuesta de *lege ferenda* en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (año 1976), mediante la incorporación del siguiente texto como artículo 375/1 del Código Civil: “Los alimentos se deben desde el día de la demanda 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”.

4) La sentencia sólo tiene efecto de cosa juzgada formal.

Es esencialmente revisable, permitiendo su posterior modificación en cuanto al monto, modo de cumplimiento, y hasta en su misma condena si se demuestran circunstancias posteriores que justifiquen su readecuación (ej.: si disminuye o aumenta la capacidad económica del alimentante; si obtiene el alimentado medios propios para subsistir, etc.).

Las cuestiones sobre aumento o disminución de cuota tramitan por la vía incidental.

Pero la sentencia que condena al pago de la prestación alimentaria es apelable sólo con efecto devolutivo (art. 376 C.C.): “no se admitirá recurso alguno con efecto suspensivo”.

5) Lo pagado por el alimentante obligado es irrepetible: “el que recibe los alimentos, (no) podrá ser obligado a prestar fianza o caución alguna de volver lo recibido, si la sentencia fuera revocada” (art. 376 C.C.).

Por otra parte, y si el condenado ejerciera acción de contribución contra otros parientes, tampoco puede reclamar por lo ya abonado (art. 371).

6) Las cuotas vencidas y no abonadas en término devengan intereses.

Así lo ha dispuesto un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 14/7/76. (L.L. 1976-C.174).

Pero el problema no resuelto allí es cómo exigir intereses por montos aun no fijados (o sea sobre las cuotas devengadas antes de la sentencia que establece el *quantum* de la obligación). El plenario pretende aplicar las reglas de las obligaciones en general con lo cual admitiría aun la mora extrajudicial, en contra de lo que hemos afirmado en el punto 3 de este ítem...

Como bien observa Zannoni, la mora se produce desde “la reclamación judicial de los alimentos (cfr. art. 509 C.C.)” (ob. cit.

pág. 103), y como se condena al pago de mensualidades, se produce la mora —y los intereses respectivos— desde el vencimiento para el pago de cada mes (cfr. art. 532 C. P. C. y C. de Santa Fe).

10. Fijación por convenio: su eficacia.

El convenio entre las partes interesadas puede constituir una fuente autónoma de la obligación alimentaria, o puede ser solamente una manera de regular un deber legal.

En el primer caso, no es necesario que los contratantes sean parientes o que el alimentario sea indigente. El contrato es la razón suficiente para la exigibilidad del alimento convenido.

En el segundo, es sólo un acuerdo sobre el monto, forma, periodicidad, etcétera, en suma sobre el modo de dar cumplimiento a una obligación legal (es celebrado entre parientes comprendidos dentro de los considerados en los artículos 367 a 369 del Código Civil y dándose los presupuestos del artículo 370). Por lo tanto, puede ser objeto de revisión judicial si las circunstancias de hecho aconsejan su modificación, en atención al orden público comprometido. Aquí la verdadera fuente de la obligación es la ley, y el contrato sólo una manera —recurrible— de regular su modo de ejecución.

11. Sanciones por incumplimiento.

Aplicables a la obligación alimentaria entre parientes, resultan entre otras las siguientes sanciones por incumplimiento:

1) Desde la constitución en mora a través de la demanda judicial, se aplican intereses sobre cada cuota atrasada en el pago.

2) Por aplicación de los principios generales, el patrimonio del obligado puede verse afectado por medidas cautelares y de ejecución que aseguren y efectivicen el derecho alimentario.

3) En el orden penal, la ley 13.944/50 impone sanciones de prisión o multa a determinados parientes que no den cumplimiento a los “deberes de asistencia familiar”. El delito consiste en “subs-

traerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia” del pariente acreedor. Se comete por la simple omisión, sin necesidad de que ocurra ningún resultado para que se configure. Es uno de los llamados también delito “de peligro”.

4) En la filiación adoptiva simple, la negativa injustificada de prestarse alimentos adoptado y adoptante, recíprocamente, es causal de revocación de la adopción (art. 28, inc. a) ley 19.134).

5) En el orden sucesorio, es lamentable que no haya sanción de indignidad ni causa de desheredación para el pariente que negó injustificadamente alimentos al difunto.

Dado que las causales de exclusión hereditaria son expresas y taxativas, es imposible pretender imponer otra por más ajustada a lo ético que resulte, aunque sea evidente que repugna a toda moral que un pariente que ha incurrido en semejante conducta esté luego habilitado para heredar a la misma persona a quien negó su ayuda pudiendo dársela. El único supuesto que podría recepcionar de alguna manera lo propuesto por nosotros es el del artículo 3295 que sanciona con la indignidad sucesoria al “pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo”, aunque de todos modos es una norma mezquina porque: a) exige la reunión de ambos requisitos en el difunto: demencia y abandono; y b) permite no incurrir en la sanción con simplemente “hacerlo recoger en establecimiento público” (artículo citado, in fine).

12. Cesación.

Cesa la obligación de alimentos entre *parientes* por causas naturales o a título de sanción:

1) Por razones naturales:

a) por la muerte del alimentado o del alimentante (art. 374 C.C.).

Con la única excepción del artículo 331 del Código Civil antes analizado (supra II-3-5-a);

b) por desaparecer la situación de indigencia del alimentado o la posibilidad económica del alimentante;

c) por la demostración de que existen otros parientes de grado más próximo en condiciones de cumplir con la prestación (carácter subsidiario de la obligación).

2) Como sanción: por haber incurrido “los descendientes en relación a sus ascendientes, o los ascendientes en relación a sus descendientes”, en alguna causal de desheredación sucesoria (artículo 373 C.C.).

Nótese que basta con que por ella “*puedan ser desheredados*”, sin que sea condición que el alimentante (por hipótesis vivo, pues de lo contrario se hubiera extinguido el deber por su muerte), haya testado desheredando al alimentado.

El resto de las causales de cesación establecidas en los artículos 373 y concordantes de la ley civil (art. 53 L.M.C.; art. 1837 C.C., etc.) no es tema de análisis en este capítulo de alimentos entre parientes, y a las respectivas secciones nos remitimos.

III. DERECHO DE VISITAS

En múltiples ocasiones con anterioridad a la vigencia de la ley 21.040 de 1975 se planteaban en los estrados judiciales enojosas cuestiones donde se debatían pedidos de parientes cercanos de visitar a otros que estaban bajo el cuidado de terceras personas, quienes se resistían al reclamo amparándose en las normas de representación legal, muchas veces en exagerado ejercicio de las mismas.

La mayoría de los casos registrados eran de pedidos de los abuelos de poder visitar a sus nietos, a quienes los padres de los menores se los negaban aduciendo facultades emergentes del ejercicio de la patria potestad (así los fallos publicados en L.L. 52-54; J.A. 1942-I-1973; L.L. 67-427, etc.). Los jueces trataban de moderar las pretensiones negativas de los padres, llevando a términos

razonables el ejercicio de su derecho, y fundamentalmente teniendo en cuenta en cada caso el interés de los menores, que naturalmente requiere el trato familiar con sus abuelos.

Pero es recién a partir de la reforma introducida al Código Civil en 1975 bajo la redacción del artículo 376 bis, que éstas y otras situaciones similares encuentran un cauce más definido para su dilucidación.

A diferencia de lo propuesto originariamente por la Cámara de Diputados, donde sólo se consideraba el problema de las visitas entre abuelos y nietos, la ley definitiva amplió el supuesto a las visitas de “los parientes que se deben recíprocamente alimentos”, estableciendo:

1) Que los “padres, tutores o curadores de los menores incapaces” *deben* permitir la visita a sus representados por quienes sean parientes de los mismos dentro del grado en que legalmente estén obligados a prestarse alimentos.

2) Que lo mismo *deben* hacer “quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas”, que no sean precisamente incapaces.

3) Que el *derecho* compete a todos “los parientes” que se deben alimentos con quienes estén bajo tutela, curatela, patria potestad o guarda, según las disposiciones del presente capítulo.

En cuanto al alcance de la legitimación activa para reclamar el derecho de visitas y a pesar de la redacción del artículo comentado, hay discrepancias doctrinarias. Autores como Llambías, por ejemplo, opinan que sólo los parientes sobre quienes pesa la obligación alimentaria pueden exigirlo al representante del menor o incapaz o a quien tiene a su cuidado al enfermo o imposibilitado (interpretación restrictiva). Otros, en cambio, entienden que la protección también comprende a otros parientes con suficiente vínculo afectivo que la justifique; por ejemplo: al tío y sobrino (así Zannoni, Mazzinghi, etc.). Incluso se ha hecho la distinción entre parientes “con derecho subjetivo” a visitar (que serían los titulares del derecho alimentario entre sí) y otros, que tienen “in-

terés legítimo” en hacerlo (aunque estén fuera del grupo de los primeros). Es la tesis del doctor Elías P. Guastavino, en su trabajo *Régimen de visitas en el derecho de familia*, publicado en J.A. 1976-I (Nº IV - 14 y sig.) y a ambos tipos de parientes les reconoce derecho a exigir la visita.

Creemos que, además, dado que la disposición del artículo 36 bis apunta a la protección de los intereses de los incapacitados, lógicamente también ellos pueden ser quienes reclamen el derecho de visitas con sus parientes, que aquí se regula.

4) Que si la persona que tiene bajo su cuidado al pariente menor, incapaz, etcétera, se opusiere al ejercicio del derecho de visitas pretendido, *debe fundarse* para ello en “posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados”.

De ello se concluye:

a) Los primeros en cuyo interés se ha legislado es el de los pretendidos visitados; y

b) sólo la posibilidad de perjuicio a la salud de éstos es motivo válido para oponerse a la visita de sus parientes.

5) Que es el juez el llamado a decidir si se encuentra comprometida la salud del menor, incapaz, enfermo o imposibilitado en cada caso, o si en cambio es de su interés que se efectivice la visita del reclamante.

6) Que el trámite a seguir en estos casos es el del procedimiento sumario, debiendo fijarse finalmente el régimen de visitas más conveniente para el interesado.

Con la sanción de la ley comentada se ha introducido un elemento morigerador en el ejercicio de las funciones propias de los padres, tutores, curadores y guardadores, afirmando la defensa de los intereses de las personas que tienen a su cuidado, y el desarrollo normal de sus relaciones familiares, que debe verse limitado sólo por razones de su propia salud —física o psíquica— y no por los ocasionales caprichos de sus representantes o encargados. Lo que dice por sí solo de la bondad de la reforma de 1975.