

## Alimentos Entre Conyuges Obligacion Alimentaria Extincion Nuevo Codigo Civil Y Comercial Aplicacion Inmediata De La Ley Cosa Juzgada

### JURISPRUDENCIA

Alimentos entre cónyuges. Obligación alimentaria. Extinción. Nuevo

Código Civil y Comercial. Aplicación inmediata de la ley. Cosa juzgada Se desestima la revocatoria planteada contra la providencia que intimó al demandado al pago de la cuota alimentaria fijada a favor del cónyuge declarado inocente (con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial), en tanto el derecho alimentario reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada integra el derecho de propiedad reconocido en el texto constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Buenos Aires, 15 de septiembre de 2015.- AUTOS Y VISTOS: La revocatoria interpuesta a fs. 289/291 contra la providencia de fs. 287 que intima al demandado al pago de la cuota alimentaria fijada a favor de su cónyuge en los términos previstos por el art. 648 del CPCC, cuyo traslado fue contestado a fs. 293/295; Y CONSIDERANDO:

I) El apoderado del alimentante plantea revocatoria contra la providencia de fs. 287 argumentando ?en lo esencial- que tras la sanción de la ley 26.994 y la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, que eliminó el divorcio por causales subjetivas y, en consecuencia, el derecho alimentario del cónyuge inocente, ha cesado la obligación alimentaria que pesaba sobre su mandante. Señala que la intimación cursada a fs. 287 carece de fundamentación y ha ignorado lo normado por el art. 7 del nuevo Código, sin previa declaración de la inconstitucionalidad de la norma, resolviendo en contra de lo expresamente previsto por el art. 432 del mismo ordenamiento. Con cita de profusa doctrina, en particular la opinión sentada al respecto por Kemelmajer de Carlucci, concluye que no existe derecho adquirido alguno sobre alimentos futuros. II) Los argumentos expuestos por el presentante no logran conmover los tenidos en cuenta por la suscripta al proveer la intimación de pago de fs. 287. Ello por las razones que seguidamente expondré.

Es sabido que el derecho transitorio o efectos de la ley con relación al tiempo es una de las cuestiones complejas que debe resolverse a partir de la entrada en vigor de un nuevo orden jurídico. Para dar respuesta a esta cuestión, el Código Civil y Comercial argentino ha reproducido (con un mínimo agregado) el art. 3° del Código Civil derogado. Así, el art. 7° del nuevo ordenamiento, bajo el título ?Eficacia temporal?, dispone que ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?. Como regla general, comparto las observaciones del recurrente en cuanto al principio de aplicación inmediata de la ley, así como las enseñanzas de Kemelmajer de Carlucci, quien ha desarrollado con claridad la cuestión que aquí se trata. La citada jurista recuerda que el art. 3° del Código Civil tuvo su origen en una ponencia presentada por Guillermo Borda en el III Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1961, con la única variante referida a las normas supletorias, que no figura en la recomendación pero sí en el texto aprobado por la ley 17.711. Borda se inspiró en las enseñanzas del jurista francés Paul Roubier, cuya obra es conocida como la más importante sobre la materia (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 16).

La primera frase del art. 7° citado dice ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes?. Las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas. La palabra ?consecuencias? empleada por la ley se refiere a derivaciones fácticas y no a efectos jurídicos que la nueva ley puede atribuir a hechos pasados (conf. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 4ta. ed., Perrot, Bs. As., 1970, t. I, p. 147). Roubier sostuvo que toda situación jurídica pasa por dos fases: una fase dinámica, que corresponde al momento de su constitución y su existencia, y una fase estática, que se abre cuando esa situación produce sus efectos. No existen problemas de aplicación ni de interpretación si la constitución o la extinción tienen un único momento. Si no es así, al momento de la entrada en vigor de la nueva ley la situación se puede encontrar: a) constituida; b) extinguida; o c) en curso. Siendo así, el citado autor esboza el siguiente esquema para sintetizar la aplicación de la ley con relación al tiempo, a saber: a) hechos cumplidos y b) hechos en curso. En la primera categoría, distingue entre las leyes que gobiernan la constitución y extinción de la situación, y aquéllas que regulan el contenido y los efectos. Las leyes que gobiernan la constitución o extinción de la situación no pueden afectar, sin retroactividad, a los hechos ya acaecidos que han implicado la adquisición o la extinción. Por su parte, si las leyes gobiernan el contenido y los efectos de la situación o relación, los que ya han sucedido también deben ser considerados hechos cumplidos y por lo tanto no pueden ser afectados por la nueva ley. En la segunda categoría, hechos en curso, caben las mismas distinciones. Para la constitución o extinción de la situación, debe diferenciarse entre

situaciones jurídicas de formación continua (por ejemplo, la prescripción adquisitiva) y situaciones jurídicas de situación sucesiva, o sea, en escalones o etapas de su formación (por ejemplo, una venta que exige autorización judicial). En el caso de estas últimas, cuando se trata de actos entre vivos, los hechos que no han determinado la constitución o la extinción de una situación jurídica según la ley en vigor no pueden, por una ley nueva, ser considerados como que han producido esta constitución o extinción, sin que la ley declare la retroactividad. Es decir, la ley tiene efectos inmediatos sobre los actos en curso de formación. Por su parte, si las leyes gobiernan el contenido o los efectos, cabe distinguir entre situaciones legales y convencionales. En este sentido, no se discute la aplicación inmediata de la ley para los efectos que se produzcan en situaciones que tienen origen legal; en cambio, si las relaciones o situaciones tienen origen en actos particulares o convencionales, la regla es que los rige la ley vigente al momento de su constitución (Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial?*, cit., ps. 27; 32 a 34). Siguiendo estas enseñanzas, Medina sintetiza que "Hay relaciones que se extinguen inmediatamente después de producidos los efectos. Pero otras relaciones jurídicas producen sus efectos durante un cierto período de tiempo (arrendamiento, préstamo, en general los contratos de duración). La doctrina de la relación jurídica establece criterios especialmente útiles para estas relaciones de larga duración, distinguiendo su constitución, sus efectos; y su extinción: (a) En cuanto a su constitución: las relaciones jurídicas constituidas bajo una ley persisten bajo la ley nueva aunque ésta fije nuevas condiciones para dicha constitución; (b) En cuanto a los efectos, se rigen por la ley vigente al momento en que estos efectos se producen, de modo que los efectos pasados se rigen por la ley antigua y los futuros por la ley nueva; (c) En cuanto a la extinción, se rige por la ley vigente al momento en que ésta ocurre? (Medina, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código?", LL 2012-E-1302 y DFyP 2013 (marzo) , p. 3). En definitiva, cuando el Código prevé que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes se desprende como regla general que las leyes se aplican en forma inmediata "es decir, prontamente en el presente- frente a tres tipos de situaciones: a) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; b) aquellas relaciones o situaciones existentes en cuanto no estén agotadas; y c) a las consecuencias que no hayan operado todavía. Es decir, la ley toma la relación o situación jurídica ya constituida (por ejemplo, el matrimonio), en el estado en que se encontraba al tiempo que la nueva ley es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial?*, cit., p. 29). Ahora bien, esta la regla genérica que impone el efecto inmediato de la ley, al igual que la excepción de retroactividad, encuentran un límite en el propio art. 7 del CCyC, cual es la no afcción de derechos amparados por garantías constitucionales. En el mismo tenor que la ley 17.711, y pese a la resistencia que se advierte en cierta doctrina y jurisprudencia, el Código deja de lado la categoría de "derechos adquiridos" recogida por Vélez Sarsfield, y la sustituye por la de "derechos amparados por garantías constitucionales". De cualquier modo, conforme lo normado por el citado art. 7, la nueva ley no puede modificar o alterar los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y las recomendaciones generales y particulares y sentencias de los organismos internacionales y regionales de protección de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y convencionalidad. El límite impuesto por el art. 7 del CCyC no es más que una proyección de los principios genéricos emergentes de los arts. 1º y 2º del mismo ordenamiento. El primero, en cuanto determina que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". El segundo, en tanto prevé que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento?". Las disposiciones citadas se insertan en el marco de un estado constitucional y convencional de derecho (conf., CSJN, 20/09/2005, "Casal, Matías E. y otro?", Fallos 328: 3399) que se construye en torno de la supremacía o imperativo constitucional y convencional, y se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo y retroalimentación "en lo que respecta a la textualidad de cada fuente y la interpretación que realiza de ellas cada órgano con competencia para hacerlo- entre la Constitución y la Convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho. La constitucionalidad y convencionalidad, como elemento sustancial, están compuestas por los derechos fundamentales y los derechos humanos y, en este paradigma, los jueces también cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antinomias y lagunas que existen entre la Constitución, sumada a la Convención y a la ley cuando deben resolver un caso concreto (conf. Gil Domínguez, Andrés, *El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Bs. As., ps. 27/30. Ver también Gil Domínguez, Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 86/87; Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos

económicos, sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo?, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx); Bidart Campos, Germán- Albanese, Susana, 'El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?', JA, 1999-II-357; etc.). De este modo, cuando el art. 1° del CCyC enuncia que 'los casos' deben ser resueltos según las leyes, la Constitución y los tratados internacionales se refiere a dos aspectos. En primer lugar, que la ley se mueve dentro de un marco constitucional y se presume constitucional, pero la argumentación jurídica racional no termina en la ley sino en la interpretación, que se configura como centro de gravedad del Derecho de un sistema dinámico, alimentado por la argumentación racional. En segundo lugar, que existe una aplicación operativa y directa del sistema de fuentes del estado constitucional y convencional de derecho argentino (conf. Gil Domínguez, Andrés, 'El estado constitucional y convencional de derecho?', cit., p. 54). En este escenario, debe recordarse que la propia Corte IDH se ha referido en numerosas oportunidades al imperativo de ejercicio de control de convencionalidad estatal, a partir del caso 'Almonacid Arellano y otros?', del 26/09/2006. Allí sostuvo que dicho control debía ser ejercido de oficio por los jueces nacionales conjuntamente con el control de constitucionalidad, en constante interacción y con el objeto de proteger a la persona humana (ver acápite 128, punto 2) del voto de García Ramírez y punto 3 del voto de Cañado Trindade) (En el mismo sentido ver Corte IDH, 24/11/2006, 'Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú?'; 23/11/2009, 'Radilla Pacheco?'; 29/11/2006, 'La Cantuta?'; 24/11/2007, 'Boyce vs. Barbados?'; 'Fermín Ramírez y Raxacó Reyes?'; 12/08/2008, 'Heliodoro Portugal?'; 26/05/2010, 'Manuel Cepeda Vargas?'; 4/08/2010; 'Comunidad Indígena Xámok Kásek?'; 30/08/2010, 'Fernández Ortega?'; 31/08/2010; 'Rosendo Cantú?'; 1/09/2010, 'Ibsen Cárdenas y otro?'; 23/11/2010, 'Vélez Loor?'; 26/11/2010, 'Cabrera García?'; 24/02/2011, 'Gelman?'; etc.). Así también lo ha resuelto la CSJN a partir del caso 'Simón, Julio H. y otros?', del 14/07/2005, donde el magistrado Lorenzetti recuerda: 'Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos?' (Fallos: 328:2056). En definitiva, como bien señala Kemelmajer de Carlucci, la expresión contenida en el art. 7 se vincula al ámbito de los derechos fundamentales, las libertades públicas y la protección de la persona misma (conf. Kemelmajer de Carlucci, 'La aplicación?', cit., p. 59). En estos términos, y aún bajo la derogado expresión de 'derechos adquiridos?', nuestro Máximo Tribunal sostuvo reiteradamente que si bien es cierto que el principio de no retroactividad de las leyes establecido por el art. 3° del Código Civil no tiene jerarquía constitucional y, por tanto, no obliga al legislador, no lo es menos que la facultad de legislar sobre hechos pasados no es ilimitada ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional. Dentro de tal marco, la proyección de un nuevo ordenamiento normativo hacia el pasado, no resulta posible si por tal vía se altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal con grave afectación de los derechos adquiridos (Ver, entre otros, Fallos: 305:899; 315: 2999; 314: 481; 320: 378; etc.). III) Esbozadas las reglas hermenéuticas genéricas sobre los alcances de la regla y limitaciones derivadas del art. 7 del CCyC, corresponde que me expida acerca de la compleja cuestión debatida en autos. Previo a ello, debo recordar que en el caso las partes contrajeron matrimonio el 08/09/1982 y se divorciaron el 03/05/2011, divorcio que se decretó por culpa exclusiva del marido demandado (ver autos conexos n° 68.478/2009). Con fecha 14/08/2013 se fijó la suma de \$... mensuales en concepto de alimentos a favor de la esposa (ver fs. 126/128), suma que fue confirmada por el Superior mediante sentencia del 18/03/2014 (ver fs. 155/157). Dicha obligación alimentaria fue cumplida por el demandado hasta el mes de agosto del corriente. El planteo del recurrente se funda en las enseñanzas de Kemelmajer de Carlucci, quien desarrolla el tema en la obra citada en los siguientes términos. En principio, la distinguida autora afirma que las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada dictadas en juicios contenciosos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.994 quedan firmes y no son alteradas por la nueva ley, que por no tener efectos retroactivos no puede dejar de lado la declaración de culpabilidad de uno o ambos cónyuges. Por lo tanto, 'no queda privada de eficacia, sin más, la sentencia dictada antes de agosto de 2015 que: -Hizo lugar a los daños y perjuicios? -Fijó alimentos a favor del cónyuge inocente. ?Atribuyó la vivienda o la guarda de los hijos, aunque haya tenido en consideración la calidad de cónyuge inocente?. La pregunta que se formula Kemelmajer de Carlucci es si el nuevo Código 'puede afectar las consecuencias futuras de la sentencia, o sea, las que aún no se han devengado o producido?. Y es en este punto en el que advierte la complejidad de la respuesta en relación con la prestación alimentaria. Explica que la cuestión fue prevista por Roubier, quien enmarcó este tipo de casos como un supuesto de situación jurídica plural, por ser los alimentos dependientes de otra situación principal, cual es 'en el caso- el matrimonio. En opinión de este autor, si la nueva ley suprime un caso de obligación alimentaria, ella se extinguirá de modo inmediato para el futuro: 'es inútil sostener que la constitución y la extinción están regidas por la vieja ley porque, en realidad se trata de consecuencias de la primera relación y es así haya o no una decisión judicial? (Roubier, *Le droit transitoire?*, cit., citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, 'La aplicación?', cit., ps. 137 y 138). Siguiendo esta línea doctrinaria, Kemelmajer de Carlucci afirma que la cuestión no puede

ser resuelta mediante el argumento de la cosa juzgada porque ¿Está fuera de discusión? que el CCyC no tiene efectos retroactivos y, por lo tanto, no puede afectar las prestaciones alimentarias ya devengadas. El tema es si puede afectar las que se devengan a partir de su entrada en vigencia. Tengo claro que las causas de extinción se rigen por la ley vigente al momento en que acaecen, por lo que si, por ejemplo, el deudor viene cumpliendo esta obligación por más años de los que duró el matrimonio, puede invocar con éxito la causa de extinción prevista en el CCyC. Puede discutirse si la calidad de inocente declarada en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada integra o no la relación: sin embargo, parece que hay que seguir a Roubier y entender que se trata, en todo caso, de una consecuencia afectada por la nueva ley hacia el futuro, sin perjuicio, claro está, que se consoliden los alimentos previstos en el artículo 434, inciso b. La cosa juzgada no es razón suficiente para continuar en el futuro con una prestación alimentaria que obliga al deudor a mantener al otro cónyuge en el nivel económico del que gozaron durante la convivencia porque la cosa juzgada relativa a prestaciones alimentarias es siempre débil? (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación?, cit., p. 138). En esta oportunidad, no comparto la opinión sentada por la prestigiosa jurista. Coincido ¿claro está- en que la cuestión es compleja, y por ende esbozaré seguidamente las razones que me llevan a dar al caso una solución diferente a la propuesta. Es cierto -como señala el recurrente citando profusa doctrina que 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 (conf. Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, Bs. As., 1999, p. 478). Pero precisamente son las cuotas devengadas mes a mes las que importan cada una de ellas una deuda distinta (como consecuencia de lo cual las cuotas devengadas y no percibidas pueden renunciarse, transarse, están sujetas a caducidad y prescripción, etc.), no el derecho alimentario en sí mismo, aunque éste se actualice día a día. Cuando ¿como en el caso de autos- 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. En tal sentido, el contenido del derecho alimentario se nutre de sendos derechos fundamentales tales como el derecho a gozar de un nivel de vida adecuado, el derecho al desarrollo y al bienestar, y en definitiva, el derecho a la dignidad humana. Así se desprende del art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando reconoce que ¿Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios??. En idéntico sentido se expide el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esta misma línea, el art. X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre enuncia el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, estipulando que ¿Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica??. y la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla en el art. 26 del derecho al desarrollo progresivo. Entre los miembros de la familia, el derecho alimentario se funda en especial en el llamado principio de solidaridad familiar. Tal como afirman Lloveras y Salomón, ¿la solidaridad familiar es un presupuesto que sirve de apoyo de las diversas formas familiares, demarcando las bases para obtener a través del derecho reglamentario el resguardo o amparo de determinados aspectos que rodean a las familias, a la vez que se erige como un límite claro al ejercicio irrestricto de la autonomía de la voluntad? La solidaridad implica un compromiso y un deber hacia los restantes integrantes de la forma familiar que como personas protagonizan, enlazándose el proyecto de vida autorreferencial con la interacción que el mismo tiene respecto a los otros proyectos de vida autorreferenciales, de los integrantes de esa forma familiar?. En estos términos, la solidaridad familiar se alza como uno de los fundamentos constitucionales de la protección y el resguardo de los institutos trascendentales del derecho de familia (conf. Lloveras, Nora-Salomón, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 115/116). Este principio de solidaridad familiar y los múltiples derechos humanos que involucra el derecho alimentario han sido implícitamente recogidos por la normativa civil (tanto la derogada como la vigente) para justificar el reclamo alimentario entre los distintos miembros de la familia. Tan es así aún frente a los reclamos de alimentos a favor del cónyuge inocente, la doctrina y la jurisprudencia han descartado la aplicación automática del art. 207 del derogado ordenamiento, y condicionado la fijación de alimentos al criterio de necesidad del alimentado (como de hecho surge de la sentencia dictada en autos). En este entendimiento, se ha subrayado que ¿en la actualidad surge como notoria la pérdida de protagonismo de la culpa en materia de alimentos entre cónyuges; tendencia que se ha profundizado notablemente en los últimos tiempos? (conf. Mizrahi, Mauricio L., ¿Los alimentos entre cónyuges divorciados por causales objetivas. Desdoblamiento interpretativo del art. 209, CCiv.?, LL, 2009-B-1104). De ello dan cuenta los múltiples precedentes que han desestimado la fijación de alimentos a favor del cónyuge inocente por advertir una paridad en la situación patrimonial de ambos esposos o que han limitado su quantum a lo indispensable para la subsistencia del reclamante, quien debía probar que no tenía recursos propios suficientes ni posibilidad de procurárselos. En tal sentido se advirtió que ¿la ley no otorga al cónyuge inocente un derecho para vivir a costa del culpable, cuando el que no dio causa a la ruptura matrimonial tiene

posibilidades efectivas y dignas de mantenerse?, de modo que corresponde rechazar la solicitud alimentaria cuando quien los pide no acredita la imposibilidad autoabastecerse (conf. CNCiv., sala J, 06/10/2011, ?H., L.D.C. v./ B., E. s/alimentos?, sumario 21438; ídem, sala C, 12/03/2012, ?G., M. v. S., C. D.?, [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com); etc.). En estos términos, considero que 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, sin perjuicio de que como bien señala Kemelmajer de Carlucci, las causas de extinción de este derecho se rigen por la nueva ley vigente, de modo que el cónyuge obligado podrá entablar la acción pertinente alegando la modificación de las circunstancias o contexto fáctico ?no meramente jurídico- que ha determinado la fijación de la cuota alimentaria con independencia de la responsabilidad del alimentante en la ruptura, del mismo modo en que podría haberlo hecho en el marco de la legislación derogada. Ésta es, a mi entender, la interpretación del art. 7 del CCyC que mejor se ajusta a la solución del caso, conforme los principios emergentes del sistema constitucional y convencional de derechos, de aplicación obligada a tenor de lo prescripto por el citado art. 1º del mismo ordenamiento. Desde otra perspectiva, y como segundo argumento para justificar la decisión que aquí se adopta, si bien es cierto que la cosa juzgada en materia de alimentos es relativa o débil (a tenor de la tradicional distinción entre cosa juzgada formal y material), no lo es menos que la sentencia que reconoce el derecho alimentario hace cosa juzgada, aunque más no sea en el aspecto formal, y sólo puede ser revisada ?reitero- si se modificaron las circunstancias fácticas tenidas en cuenta al momento de sentenciar o se arriman nuevos elementos probatorios no considerados por el juzgador (conf. Bossert, Gustavo A., Régimen Jurídico de los Alimentos?, cit., p. 557). En este sentido, Medina afirma que ?La cuestión del mantenimiento o no de los alimentos fijados a favor del cónyuge inocente de la separación o divorcio no es fácil de responder. Podría pensarse que éstos constituyen un derecho adquirido y que en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación forman parte del derecho constitucional de propiedad, por ende no podrían ser afectados por la entrada en vigencia del nuevo Código. Porque los derechos amparados por garantías constitucionales constituyen una excepción a la aplicación inmediata de la ley. En el supuesto cabe señalar que el hecho constitutivo de la relación jurídica que genera el deber de prestar alimentos es la inocencia del cónyuge, y la circunstancia que en el nuevo sistema la inocencia y la culpabilidad no generen consecuencias, no puede influir en las relaciones que se concluyeron bajo el amparo de la anterior ley, salvo que se hiciera una aplicación retroactiva de la misma, lo que resultaría en la afectación de garantías constitucionales: en el caso la de la propiedad, pues tanto el derecho a percibir los alimentos cuanto la cosa juzgada integran la noción constitucional de propiedad (art. 17 CN). Así si existe una sentencia que determina la inocencia de un cónyuge en la separación o divorcio, no puede ser modificada por la entrada en vigencia de un Código que no sanciona la culpabilidad ni el dolo en materia matrimonial, porque los alimentos del inocente integran su derecho de propiedad constitucional que no puede ser alterado por una ley posterior? (Medina, Graciela, ?Efectos de la ley??, cit.). A tenor de lo expuesto, podría sostenerse que 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). Sabido es que desde la perspectiva del derecho constitucional, el término ?propiedad? engloba un concepto que excede al propio del derecho civil: ?Propiedad en sentido constitucional es más ?y mucho más- que propiedad y dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno de los derechos reales? (Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino..., cit., t. 1-B, p. 355). Así lo ha resaltado desde antaño nuestra Corte Suprema al afirmar que el derecho a la propiedad comprende ?todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad? (Ver, entre muchos otros, CSJN, 16/12/1925, ?Bourdié c/ Municipalidad de la Capital?, Fallos, 145:307). Así también lo ha considerado la Corte IDH en sendos precedentes, entre los cuales merece destacarse por su cercanía en el tiempo el caso ?Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela?, del 22/06/2015, donde se recordó que ?la propiedad es un concepto amplio que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Adicionalmente, la Corte ha considerado protegidos a los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas? (acápites 335). En el marco de este concepto amplio, dentro de los contenidos del derecho a la propiedad encontramos aquéllos relativos al proceso, entre los cuales se ubica la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada. Y ello en tanto los derechos y obligaciones emergentes de la sentencia se incorporan al patrimonio, aunque en sí mismos carezcan de contenido patrimonial. Para terminar, y como tercer argumento fundante de la presente resolución, no puedo dejar de expresar mi preocupación por el resultado disvalioso de la solución propuesta por el alimentante, y recordar que frente a los conflictos no resueltos expresamente por la norma, 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). Como bien señala Pinto, con relación a la regla de proporcionalidad que impone cualquier restricción a un derecho fundamental, la aplicación del principio pro homine implica que ¿aun las restricciones legítimas deben interpretarse lo más restrictiva o limitadamente?. En caso de colisión de derechos, ¿se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía?, de modo que como sostiene la Corte IDH, ¿entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo? (Pinto, Mónica, ¿El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos?, en Abregú, Martín- Courtis, Christian (comp.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 164 y ss.). En esta misma línea de razonamiento, comentando el art. 7 del CCyC, Gil Domínguez se pregunta: ¿Si por imperio del art. 7 los jueces deben aplicar las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo en los contratos en curso de ejecución, ¿por qué van a estar inhibidos de aplicar la norma que mayor tutela constitucional y convencional otorgue a la persona respecto de las normas de transición?? (Gil Domínguez, Andrés, El estado constitucional y convencional de derecho?, cit., ps. 75/76 y, del mismo autor, ¿El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite: una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional?, RCCyC 2015 (julio), 16, Cita Online: AR/DOC/1952/2015). En definitiva, la aplicación del principio pro homine es otra de las razones que justifican la decisión de este caso, principio que indica también 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 ¿que como dije, deberá ofrecerse en las actuaciones respectivas- debe presumirse que es la alimentada. A tenor de todo lo expuesto, RESUELVO: Desestimar la revocatoria planteada contra la providencia de fs. 287 y conceder el recurso de apelación interpuesto en subsidio, el que se tiene por fundado. En consecuencia, elévense los autos al Superior en la forma de estilo. MARIA VICTORIA FAMÁ

Correlaciones: Código Civil y Comercial de la Nación - Título Preliminar - Capítulo II - Ley (arts. 4 a 8) Nota:

(\*) Nota de la redacción: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 003705E