

Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino*

Economic Compensation in the Argentinian Civil Law

MARIEL F. MOLINA DE JUAN**

RESUMEN:

Este artículo estudia los principios constitucionales que fundamentan las compensaciones económicas, una de las más importantes incorporaciones en el derecho familiar del nuevo Código Civil y Comercial argentino. Están previstas como un efecto del divorcio o el cese de la unión convivencial, cuando la vida en común ha sido la causa de un desequilibrio económico manifiesto, que proyecta sus consecuencias luego de la ruptura. El desarrollo argumental del artículo postula que la institución se sostiene sobre tres pilares esenciales: autonomía para decidir y concretar el proyecto de vida que cada uno diseña, solidaridad familiar que implica cooperar con el otro en la concreción de un proyecto común de pareja, e igualdad real de oportunidades entre cónyuges y convivientes. La interacción dinámica entre ellos justifica el diseño normativo y la incorporación al derecho argentino de una nueva herramienta con perspectiva de género.

PALABRAS CLAVES

Compensaciones económicas. Matrimonio. Unión convivencial. Principios.

ABSTRACT

This article studies the constitutional principles that establish economic compensations, which is an important incorporation in family law (civil law) of the new Argentine Civil and Commercial Code. It is intended in case of divorce or a halt of coexistence, when living arrangements become the cause of a manifest economic imbalance, as a consequence of a marriage rupture. The development of the article postulates that the institution is based on three essential pillars: the autonomy to decide on specific the life project that each one desires; family solidarity that implies cooperating with each other in reaching a common goal as a couple; and equal opportunities among spouses and cohabitants. The dynamic interaction among them justifies the norm and the incorporation of such to Argentinian Law, allowing a gender perspective.

KEYWORDS

Economic compensation, Marriage. Coexistence, Union. Beginning.

* Artículo de reflexión. Recibido: 15 de febrero de 2017. Aceptado para su publicación: 4 de marzo de 2017

** Profesora Investigadora en la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. (marielmolina@estudiojuan.com.ar)
orcid.org/0000-0003-4018-5911

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamentos constitucionales. 1. Impacto de la autonomía personal. 2. Proyecto de vida en común y solidaridad familiar. 3. Garantía de igualdad real y perspectiva de género. 3.1. Las medidas de acción positiva en el derecho familiar. 3.2. Las compensaciones económicas como medida de acción positiva ante la ruptura de la pareja. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial argentino¹ introdujo importantes modificaciones en el derecho que regula las relaciones familiares. Junto a la reformulación de sus instituciones más clásicas (matrimonio, divorcio, alimentos, filiación) incorporó novedosas figuras entre las que se cuentan las uniones convivenciales² y el derecho a reclamar compensaciones económicas. Estas compensaciones pueden ser reconocidas a uno de los cónyuges cuando se anula o extingue el matrimonio por divorcio,³ o a un miembro de la unión convivencial en caso de cese de la convivencia por cualquier causa que sea,⁴ siempre y cuando se configuren los presupuestos legales para su procedencia.⁵

¹ Sancionado por ley 26.994. Entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

² Reguladas en el Título III del libro Segundo. Para una aproximación a su estudio, consultar el número temático sobre "*Uniones Convivenciales*", Alegria y Mosset Iturraspe (Dir.) Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Argentina, RubinzalCulzoni, 2015.

³ ARTÍCULO 441.- Compensación económica. "*El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.*"

⁴ ARTÍCULO 524.- Compensación económica. "*Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.*"

⁵ Para un estudio de los presupuestos legales de la figura en el derecho argentino, entre otros, Molina de Juan, Mariel, "Alimentos y Compensaciones económicas" en Kemelmajer de Carlucci, y Molina de Juan (DIR) *Alimentos*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2014, t1 pp. 299-345, "Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles", Rev. Anales de Legislación Argentina. Año LXXV 24. Setiembre 2015, pp. 165-174. "Las compensaciones económicas en el nuevo divorcio argentino. Autonomía personal, orden público y facultad de renuncia." *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, noviembre 2016, pp. 137-165. Ver también Pellegrini, María Victoria, "Delineamiento de la figura de la compensación económica en el marco del divorcio incausado" en Alegria, Héctor; Mosset Iturraspe, Jorge (Dir), Revista de derecho Privado y Comunitario, *Derecho de Familia II. Relaciones entre adultos*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2016, pp.177-114; Solari, Néstor E. "*Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código*" Revista Derecho de Familia y las Persona 2012 (octubre), Buenos Aires, La Ley, p. 3, Arianna, Carlos, "Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio", Rev. Derecho de Familia Nº 52 año 2011, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 45.

Se trata de un derecho que persigue “compensar” un desequilibrio económico manifiesto generado por la crisis familiar y, de este modo, evitar o atenuar los perjuicios injustos causados a uno de los miembros de la pareja que se disuelve. Aunque el ordenamiento jurídico argentino ya no cuestiona la posibilidad de ponerle fin a la vida en común y organiza un sistema de divorcio incausado, no permanece neutral ante ciertos sacrificios o postergaciones personales que han tenido su origen en la vida familiar.⁶

En este artículo pretendo explicitar los valores, principios jurídicos o bases constitucionales que sustentan la nueva figura teniendo en consideración que, tal como explica Alexy, principios y valores son lo mismo, unos contemplados bajo un aspecto deontológico y otros bajo un aspecto axiológico.⁷ Entonces, resulta esencial clarificarlos pues, tal como surge directamente del art. 2 del CCyC, cumplen una función de integración y control axiológico.⁸ Son guías para el razonamiento legal que orientan y condicionan la aplicación de un conjunto normativo que por primera vez se introduce en el derecho argentino.⁹

II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

La figura en estudio responde al abordaje constitucional de un derecho familiar contemporáneo orientado al reconocimiento y la eficacia de tres principios fundamentales: (i) la autonomía para concretar el proyecto de vida que cada uno diseña, (ii) la solidaridad, que a la luz del sistema de derechos humanos se redefine como responsabilidad familiar, y (iii) la igualdad real de oportunidades entre cónyuges y convivientes.

Estos principios contenidos en los derechos fundamentales que nutren el sistema constitucional argentino (conf. art. 75 inc. 22 CN), son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Siguiendo a Alexy, son “mandatos

⁶ Un panorama del nuevo sistema de divorcio incausado en la Argentina puede verse en Duprat, Carolina, “Comentario artículo 435”, Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, (Dir.) *Tratado de derecho de familia*, cit., p. 465.

⁷ Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Trad. de Ernesto Garzón Valdés, de la versión alemana de 1986) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (primera ed. de 1993, p. 86.

⁸ Lorenzetti, Ricardo, “Comentario al artículo 2º” en Lorenzetti, Ricardo (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2014, T 1, p. 37.

⁹ El artículo 2º del Código Civil y Comercial argentino dice: “*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.*”

de optimización”¹⁰ que actúan como pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible.¹¹ Ahora bien, afirmar que en tanto derechos humanos son inviolables, inalienables e imprescriptibles, no implica sostener que se trate de facultades absolutas. Como todos los derechos detentan la nota de “relatividad” y, por ende, son susceptibles de ser reglamentados razonablemente (sin desvirtuar su naturaleza), así como también de ser objeto de restricciones legítimas, siempre que sean proporcionales al fin buscado.¹²

Resulta de fundamental importancia tener presente que los principios aquí mencionados no constituyen categorías axiológicas cerradas, estáticas o independientes, sino que interactúan entre sí. Su colisión no es una opción y, en todo caso, será necesaria su ponderación¹³ para decidir cuál tiene mayor peso.

Sucede que en el diseño del Código Civil y Comercial argentino las compensaciones económicas, a la par que reconocen y estimulan la autonomía personal, funcionan como un límite al ejercicio de las propias libertades. De modo que, frente a un derecho tan fundamental como la libertad para decidir poner fin a la vida en pareja, el sistema impone ciertas restricciones para garantizar que se respeten los acuerdos alcanzados durante la vida en común y con ello, la igualdad real de oportunidades hacia el futuro.

Mediante esta previsión legal uno de los cónyuges o convivientes puede exigir al otro un aporte material para equilibrar ciertos desajustes que la vida familiar ocasionó. Busca alcanzar un equilibrio entre la autorresponsabilidad (que exige a cada uno procurarse, en la medida de lo posible, sus propios medios de vida)¹⁴, y la debida solidaridad o colaboración con aquella persona junto a la que se ha compartido un proyecto familiar. Sin que ello signifique caer en el asistencialismo o la dependencia.

Lo dicho hasta aquí anticipa que, en la base de la figura estudiada, existe un complejo entramado de relaciones que se trazan entre los principios constitucionales sobre los que se articula el nuevo derecho familiar argentino. La interacción dinámica entre unos y otros, y las tensiones que presentan, condicionan y, en definitiva, justifican el texto vigente.

¹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86

¹¹ Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, (Traducción Díez Picazo), Madrid, SL Civitas ediciones, 1985, p. 32.

¹² Para un análisis más profundo sobre el principio de proporcionalidad, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*; Madrid, 3ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹³ Betti, Emilio, "Interpretación de la ley y los actos jurídicos", *Revista de derecho privado*, Madrid, Edersa, 1975, p. 238.

¹⁴ En el Código Civil y Comercial argentino, los alimentos pos-divorcio son absolutamente excepcionales (art. 434)

1. Impacto de la autonomía personal.

El derecho de familia clásico regulado en el código civil derogado, dejaba muy poco espacio para la autonomía personal dado que la mayoría de sus normas eran de orden público y estaban orientadas a asegurar el bien común y el interés de la familia como organismo social por sobre el de sus miembros.¹⁵ El Código Civil y Comercial, en cambio, exalta la centralidad de la persona humana¹⁶ como titular de un derecho a vivir en familia¹⁷ y potencia la esfera de su libertad. En el entendimiento que la familia ha de concebirse al servicio de sus componentes, y no a la inversa,¹⁸ se constituye en el principal garante del derecho de hombres y mujeres a vivir en familia.¹⁹

Los cambios sociales transitados durante las últimas décadas, sumados al abandono de las funciones políticas y económicas esenciales de las familias, produjeron un desplazamiento del orden público que dejó de justificarse en muchas de sus instituciones. La cuestión se entiende en tanto se advierte que en este siglo, el núcleo duro de valores, sólido, perdurable y “no negociable” para la convivencia democrática pacífica y equilibrada, está centrado exclusivamente en la protección y promoción de los derechos humanos.

De este modo, en el Código Civil y Comercial argentino ya no existe justificación axiológica, sociológica ni jurídica para mantener una rigurosidad tal que impida a cónyuges o convivientes adoptar libremente un sinnúmero de decisiones que solo atañen al interés particular de la pareja. Resolver casarse o simplemente convivir con el otro, organizar ciertas consecuencias patrimoniales de su matrimonio, pactar los efectos de la unión convivencial, divorciarse o ponerle fin a la convivencia, pertenecen sin mayores cuestionamientos a la esfera de la autonomía privada. Y el Estado está obligado a promover las condiciones para que esa libertad sea real y efectiva.²⁰

¹⁵ Díaz de Guijarro, Enrique “El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de familia”; JA 1952- II 435. Ver también Zannoni, Eduardo. *Derecho Civil. Derecho de familia* T I; Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 64.

¹⁶ Lloveras, Nora, “Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”, en Lloveras, Nora (Dir.) *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Córdoba, Alveroni, 2010, p. 23.

¹⁷ Para ampliar Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Capítulo introductorio”, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 29.

¹⁸ Conf. Roca Trias, Encarna, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)* Madrid, Aranzadi, 1999.

¹⁹ Conf. Carbonnier, Jean, *A cada uno su familia y a cada uno su derecho en Ensayo sobre las leyes*. Trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998, p. 144.

²⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Capítulo introductorio”, cit., p. 40.

Como premisa, el ejercicio de esta libertad de intimidad (“*Right of privacy*”)²¹ necesita que el derecho reconozca una zona de reserva personal y al margen de intrusiones ajenas.²² En Artavia Murillo, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha sostenido que “*El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar; prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, por lo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.*”²³ Los fundamentos del Anteproyecto de la reforma recogen idéntico paradigma: “*El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. El anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio.*”

Ahora bien, esta especial consideración por la autonomía personal despierta la alerta del legislador que debe ofrecer una propuesta equilibrada para no desatender ese núcleo de valores esenciales de la comunidad.

El Código Civil y Comercial recoge esta premisa en diversas instancias.

Como primera medida, respeta la decisión de cada persona con relación a la forma de organizar su vida afectiva y familiar. Ello es así porque la figura está prevista con un alcance similar en el derecho matrimonial y en el régimen de las uniones convivenciales, y puede ser reclamada tanto por el excónyuge como por el exconviviente.

Asegura que sean respetados los acuerdos formales o informales que los miembros de la pareja pueden haber alcanzado para distribuir sus roles y asignar las cargas familiares (quien queda al cuidado de los hijos, bajo qué

²¹ CSJN; 11/12/84; “Ponzetti de Balbín, Indalia y ot c/ Ed Atlántida SA”; JA 1985 - I - 313; ED 112-242.

²² Conf. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de derecho constitucional Argentino. Nueva edición ampliada y actualizada 2000 - 2001*, Buenos Aires, Ediar, 2001, T 1-B, p. 51. Ver también Sisinni, Julio Nicolás, “El valor autonomía personal: privacidad e intimidad en la Constitución Nacional” en Bidart Campos, Germán, Gil Domínguez, Andrés; *Los valores en la constitución argentina*; Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 237 y ss.

²³ Corte IDH 28-11-2012, “Artavia Murillo vs. Costa Rica.”

condiciones, por cuánto tiempo, quien asume los gastos, qué responsabilidades tiene cada uno, etc.).

Por otra parte, estimula la autosuficiencia luego del divorcio o cese de la unión. En tanto proporciona herramientas para la inserción o reinserción laboral, facilita que cada uno pueda diseñar y concretar su proyecto hacia el futuro en forma independiente.

Por último, invita a los involucrados a acordar sobre diferentes aspectos (procedencia o no, monto, plazo, forma de cumplimiento, etc.). Se ha sostenido insistentemente el gran valor de estos acuerdos pues quienes están más cerca de los problemas muchas veces son los más aptos para encontrar las mejores soluciones. Convenios de este tipo no solo se anticipan al litigio judicial (con frecuencia evitándolo), sino que además impactan positivamente en la conducta del obligado. La práctica cotidiana revela que existe una mayor disposición al cumplimiento de lo acordado entre las partes que a lo resuelto por un juez²⁴.

Ahora bien, este espacio de libertad personal que implica el poder de autorregularse adoptando en cada momento la decisión que considera más conveniente entre las alternativas de que dispone,²⁵ también exige asumir las consecuencias de esas decisiones. Como se ha anticipado, el derecho a la vida privada no es absoluto y admite límites, siempre que sean proporcionales al fin buscado.

De igual modo que en el resto de los derechos, un límite infranqueable está dado por la prohibición de provocar un daño injustificado a los demás, o de enriquecerse a costa del otro. Es que el hecho de integrar una misma familia no autoriza a desconocer estos principios esenciales.²⁶ La vida familiar no supone la pérdida ni disminución de ningún derecho; al contrario, los refuerza y enaltece.

2. Proyecto de vida en común y solidaridad familiar

La razón primigenia del derecho a percibir compensaciones económicas está dada por la existencia de un proyecto de vida en común trazado por los cónyuges o convivientes, que concluye por el divorcio o el cese de la unión. El artículo 431 CCyC -que determina los derechos y deberes de los cónyuges- deja en claro que más allá de todo requerimiento formal, la esencia del matri-

²⁴ Sobre los beneficios de los acuerdos entre cónyuges, compulsar Diez- Picazo, Luis, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas SA; 1984, p. 89 y Diez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civi IV* 8º ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 137.

²⁵ Herrendorf y Bidart Campos *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1990, p. 537.

²⁶ Conf. Parellada, Carlos, *Daños en las relaciones de familia*. La Ley 2015-E,981

monio radica en el compromiso de los esposos de llevar adelante un proyecto de vida en común. De igual modo, el art. 509 CCyC lo coloca en la base de la unión convivencial. Así concebidos, matrimonios y uniones son entidades comunitarias en el sentido de que los lazos afectivos que unen a sus miembros se proyectan en la puesta en marcha de aspiraciones compartidas que exigen la confluencia material de ambos para su concreción.

La fórmula legal “proyecto común” implica alejarse de las viejas estructuras familiares de corte patriarcal fundadas en relaciones de subordinación, que son sustituidas por modelos más democráticos en los que participan dos protagonistas, cada cual con sus propias necesidades y derechos.

Esta concepción responde a una idea de cooperación²⁷, esto es, la colaboración de ambos integrantes de la pareja para alcanzar no solo los fines comunes, sino también los personales²⁸. Se pone en marcha al momento de organizar la dinámica familiar, de distribuir los roles que exige la atención y educación de los hijos, y de concretar las metas de desarrollo personal y profesional de cada uno de los adultos que la integran. Sin dudas responde a los profundos cambios vividos en las configuraciones familiares, con afluencia de parejas del mismo sexo, familias ensambladas, uniones convivenciales, etc., que proponen formas de interacción afectiva y organizacional mucho más democráticas que las de antaño. También presupone un posicionamiento igualitario de sus miembros frente a las responsabilidades, auspiciado por las transformaciones en el rol de la mujer de los últimos cincuenta años. Esta perspectiva no se contenta solo con “proteger” a la mujer – miembro tradicionalmente vulnerable– sino que significa un posicionamiento orientado al cambio de los roles tradicionales dentro y fuera de la familia.²⁹

Lógicamente, cooperar exige tolerar y respetar las necesidades y proyectos de los otros; aquí se pone en juego el valor solidaridad como un rasgo constitutivo de la condición humana que da sentido a la comunión del grupo, en especial, la familia. Esta solidaridad trae consigo la distribución de los esfuerzos y el reparto de las cargas que a cada uno le tocan, al tiempo que permite a los más débiles verse fortalecidos por los que pueden llevar el mayor peso.³⁰

²⁷ Según la primera acepción del diccionario de la RAE, la voz *cooperar* significa “obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin” Consultado el 7 de febrero de 2017 Disponible en: www.rae.es

²⁸ En el derecho comparado matrimonial se observan experiencias que delinean los alcances de esta cooperación entre los cónyuge (entre otros, art. 39 del Código de Familia de la República de El Salvador).

²⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Capítulo introductorio”, cit. p. 37.

³⁰ Para ampliar sobre el valor solidariad, Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, “Los derechos humanos en las relaciones

El reconocimiento de la solidaridad como integrante de los principios jurídicos que sostienen el derecho familiar no es nuevo; ha sido el postulado fundamental sobre el cual se organizaron sus instituciones más tradicionales. Sin embargo, ahora se presenta refundado y revitalizado en tanto impone un deber de obrar en forma responsable con aquellos que integran la propia familia. Quizás haya pasado a ser la nota definitoria de esta forma de organización humana, cuya principal misión en la sociedad contemporánea, más allá de ser el reducto de la intimidad y los afectos, parece ser la protección y ayuda a sus miembros más vulnerables.³¹

Pero no siempre el reparto de roles entre los miembros de una familia es equilibrado. Con frecuencia algunos de sus integrantes realizan sacrificios, o postergan sus aspiraciones o su desarrollo personal en pos del proyecto familiar, sin contrapartida. Aunque en principio estas contribuciones reflejen ese compromiso solidario, en ocasiones lo exceden. Y entonces se hace imperiosa la intervención del derecho para impedir que ciertos desequilibrios manifiestos se perpetúen y culminen provocando un daño injusto.

Uno de los primeros mecanismos de intervención legal que crea el Código Civil y Comercial está dado por la obligación de contribuir a las cargas para el sostenimiento del hogar. Propia del plano interno de las relaciones económicas de la pareja, los condiciona a asumir los gastos que genera la vida en común. En el matrimonio es norma de aplicación obligatoria cualquiera sea el régimen económico vigente, separación de bienes o comunidad de ganancias (conf. art. 455 CCyC). De igual modo se encuentra regulado como una disposición inderogable en las uniones convivenciales (art. 520 CCyC).

El concepto “cargas del hogar” se refiere al sostenimiento recíproco de los miembros de la pareja mientras se mantiene la convivencia. Comprende los gastos necesarios para el desarrollo pleno del grupo familiar, aunque su composición y extensión sea dinámica³² y dependa del nivel de vida de la familia. Incluye todo lo que insume la crianza y educación de los hijos comunes, cuestión que tiene estrecha relación con el deber alimentario derivado de la responsabilidad parental (art. 658 CCyC) y de los hijos no comunes siempre que sean menores de edad, con capacidad restringida o incapaces y convivan

familiares”; en Lloveras Nora, Herrera Marisa (Dir); *El derecho de familia en Latinoamérica 1. Los derechos humanos en las relaciones familiares*; Córdoba, Nuevo enfoque jurídico, 2010, p. 89.

³¹ Roca, Encarna, *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)* cit., p. 32.

³² Conf. Lacruz Berdejo, José Luis, “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares”, *a modo de prólogo en* Viladrich, Pedro-Juan (coord.) *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986; p. 27.

en el mismo hogar.³³ Solo quedan excluidos –por razones de toda lógica, ya que se refiere a los “gastos del hogar común” – los alimentos debidos a los hijos de uno solo de los cónyuges que *no* viven en el mismo hogar.

El problema que involucra nuevamente el terreno de la solidaridad familiar, radica en determinar el porcentaje y la forma de esa participación.

En cuanto al porcentaje, es proporcional a los recursos de cada uno. La solución es lógica; si ambos comparten un “proyecto de vida”, cada uno tiene el deber frente al otro y a los hijos de mantenerse adecuadamente mediante su trabajo y su patrimonio³⁴.

En cuanto a la forma de esa participación, puede ser en dinero. Pero también puede concretarse “en especie” mediante el aporte del trabajo en el hogar. De este modo, la nueva regulación reconoce en forma expresa el valor económico de las tareas domésticas al imponer que sean computadas para el sostenimiento del hogar. Y libera a quien lo realiza de la obligación de entregar metálico.

Este punto representa un avance simbólico altamente significativo con el que se deja de lado aquella concepción tradicional que ubicaba al trabajo doméstico como una simple *colaboración personal*, a modo de *contrapartida* de la asistencia alimentaria que se recibía del otro. Reconoce que cuando las tareas hogareñas las realiza uno de ellos, se ahorra el gasto que insumiría contratar un servicio sustitutivo rentado.

De este modo, el Código Civil y Comercial argentino asume un compromiso para proteger la igualdad real de los miembros de la pareja, y con ello denota una clara visión de género.

Es cierto que en la sociedad contemporánea la redistribución de los roles familiares no permite localizar el trabajo doméstico exclusivamente en la mujer, que en un número creciente de parejas las cargas se asumen en forma equitativa, y que no puede desconocerse que hay casos en que recaen mayoritariamente sobre el varón. También es cierto que el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo (matrimoniales o convivenciales) modifica estos patrones al punto que en estas uniones no puede pensarse en una discriminación basada en el género. Sin embargo, no ha de negarse que todavía es frecuente que sea la mujer quien permanece más tiempo alejada del

³³ Grosman Cecilia y Herrera Marisa, “Relaciones de hecho en las familias ensambladas” Rev. Derecho de Familia N° 46, Año 2010, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 82.

³⁴ Conf. Pidal Albás, Adoración, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, J M Bosch editor, 1997 p. 28.

mercado laboral para cuidar de los hijos, y que las decisiones concernientes a la distribución del trabajo durante el matrimonio la tornan particularmente vulnerable.

Esta herramienta legal funciona básicamente durante la vida en común tratando que proporcionar un razonable equilibrio entre los esfuerzos de ambos. Pero es posible que no logre revertir la situación de inferioridad y al tiempo del divorcio o cese de la unión, subsista un desequilibrio económico manifiesto sobre el que sea necesario intervenir.

Es aquí donde se cierra el círculo que justifica la presencia de las compensaciones económicas en el derecho argentino.

3. Garantía de igualdad real y perspectiva de género.

En el mundo, y también en la Argentina, el derecho de familia tradicional se estructuró sobre la base de la debilidad de la mujer, quien inicialmente fue considerada incapaz relativa de hecho.³⁵ Esta política legislativa reflejaba el modelo de sociedad propio de los primeros tiempos de desarrollo institucional que poco o nada tiene que ver con el actual, en el cual la mujer ha sido y sigue siendo uno de los motores de los más significativos cambios políticos y sociales, y juega un rol totalmente diferente.

Esta transformación tiene un sólido soporte normativo en el sistema de derechos humanos que ya no podía concebir que la familia siga siendo la “principal fuente de discriminación de las mujeres”.³⁶ De modo que los Tratados internacionales vinieron a erradicar aquella visión que las recluía al hogar y a las funciones domésticas y, paralelamente, colocaba al marido como el “proveedor de sustento,” y consagraron en forma expresa la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos respecto del hogar y de los hijos. El hito más importante en esta evolución lo marcó la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW 1979), que implicó la consagración de sus derechos humanos específicos. Significó la asunción de importantes compromisos por parte de los Estados para garantizarle el goce de derechos y libertades en igualdad de condiciones con el

³⁵Recuérdese que el Código Napoleón, llamado la “Carta Constitucional del derecho privado” en tanto fuente de la codificación decimonónica, no receptaba la igualdad de la mujer (Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Capítulo introductorio”, cit. p. 35).

³⁶Valpuesta Fernández pone de relieve que a la posición de sumisión y dependencia de la mujer respecto del padre y del marido se sumaba su reclusión al ámbito privado, que la mantenía apartada de las esferas públicas en perjuicio de su autonomía como persona y su condición de ciudadana (Valpuesta Fernández, Rosario en Díez-Picazo y Gimenez, Gema (Coord.) *El derecho de Familia*, Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2012, p. 116).

hombre y disponer medidas en todas las esferas de la vida tendientes a modificar patrones de conducta, prejuicios y prácticas consuetudinarias fundadas en la idea de inferioridad del sexo femenino. En especial, el art. 16 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

En otro terreno pero en la misma sintonía, el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño consagró el principio de responsabilidad compartida (obligaciones comunes) de los padres en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

Aunque la Constitución Argentina originaria no se pronunció en forma expresa por la igualdad entre hombres y mujeres, la posterior ratificación de estos instrumentos internacionales y su incorporación al bloque de constitucionalidad le dan el cariz de principio liminar del orden jurídico.

Todas estas transformaciones jurídicas y sociales condicionaron las reformas del derecho privado durante la segunda mitad del siglo XX, las que fueron recogiendo progresivamente la igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares.

No obstante esta importante evolución legislativa, los textos no siempre han logrado reflejar la realidad familiar ni económica, y en muchos casos, existe una enorme distancia entre el derecho y la vida. No hace mucho tiempo que la Recomendación General N° 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), hizo un análisis pormenorizado de las prácticas en las que más a menudo se produce una discriminación de la esposa con respecto al marido y enumeró entre ellas, la tradición de considerar al hombre como cabeza de familia y autónomo (párr. 17), la desigualdad en el acceso a la propiedad, al trabajo, a disponer de sus bienes y a su independencia financiera (párr. 26). De igual modo, la Recomendación General N° 23 (1997) relativa a la participación de la mujer en la vida política y pública, denunció que los cónyuges no comparten las responsabilidades familiares y resaltó la necesidad de liberar a la mujer de ciertas cargas domésticas con el fin de evitar su exclusión y silenciamiento en la vida pública y política.

Es que los patrones culturales vigentes todavía coadyuvan a que el hombre se defina más o menos masculino según la cantidad de dinero que posea. Es un esquema ideológico que refuerza la necesidad de su control del dinero, que muchas veces concluye con la descalificación, victimización o violencia

sobre las mujeres.³⁷ Y en este contexto, no debe perderse de vista que la violencia económica es una manifestación de la violencia de género.³⁸ Tal vez sea la más significativa y estructural forma de violencia porque es la que la deja atrapada en un círculo de dependencia que no le permite llevar adelante sus decisiones personales, entre ellas, separarse o divorciarse.

Lo dicho confirma que la dinámica de la vida moderna no ha logrado dar una respuesta superadora a las diferencias de trato que padecen muchas mujeres en su vida económica, profesional y productiva. Aun cuando su nivel educativo ha aumentado en forma destacable durante los últimos años, en muchos casos todavía sigue percibiendo ingresos inferiores a los del varón. Y nadie puede negar la preocupación central que esos ingresos tienen en la vida de las personas. Como decía Nino, todo lo que hace a la producción, control e intercambio de recursos ha sido y continúa siendo objeto de grandes afanes y permanentes luchas.³⁹ Señalaba el estrecho vínculo existente entre autonomía personal e independencia económica, o cuanto menos, la posibilidad de control individual de ciertos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal. “Sin ese control individual de recursos es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía de la persona, pues la capacidad de elegir y materializar planes de vida requiere no solo ciertas condiciones psicológicas y físicas de los individuos sino también recursos externos que potencien las primeras condiciones y permitan la plasmación de las preferencias de los individuos en el mundo exterior”. Tal como sostuvo Ihering, la libertad personal y la independencia están sometidas no sólo a lo que podamos pagar sino a lo que debemos pagar. El dinero, sentenció, “contiene nuestra independencia económica y nuestra independencia moral”.⁴⁰

Esta línea argumental pone en evidencia la paradoja que se vive en este siglo. Junto a modelos familiares democráticos, en los cuales se reparten equitativamente las cargas y los beneficios, con parejas del mismo sexo, con varones cada vez protagonistas en la crianza de los hijos (rol que defienden y

³⁷ Ampliar en Soto Cabrerá, Tatiana; “Derechos humanos económicos dentro de la familia”; en Lloveras Nora; Herrera, Marisa; *El derecho de familia en Latinoamérica 1. Los derechos humanos en las relaciones familiares*; Córdoba, Nuevo enfoque jurídico, 2010, p. 141.

³⁸ El art. 5 de la ley N°26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres define la violencia económica como “La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer”

³⁹ Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p.354.

⁴⁰ Rudolf Von Ihering, *El Fin del Derecho*; Trad. Leonardo Rodríguez, Madrid, Rodríguez Serra Editor, 1911.

reivindican), con mujeres que asumen roles sociales o laborales cada vez de mayor compromiso, con un manejo compartido de los recursos y las decisiones sobre la economía familiar, subsisten aquellas viejas estructuras patriarcales y conservadoras.

Un fallo dictado por un tribunal de la provincia de Córdoba en el año 2015, resulta esclarecedor para demostrar la complejidad del fenómeno que resumo. Aquí se refleja, además, el viejo problema de las uniones no matrimoniales que hasta hace muy poco no eran contempladas por el derecho familiar. Luego de fallecer el hombre tras una larga convivencia, la mujer petitionó que se dividan los bienes que él había adquirido durante todos esos años. Argumentó que, aunque estuvieran registrados a nombre de él, en verdad se habían comprado con recursos obtenidos por el aporte de ambos aplicado a la realización de una actividad básicamente agropecuaria. La hermana del fallecido (única heredera) rechazó la pretensión con fundamento en la concepción más tradicional de familia y pareja. El fallo, que tiene el mérito de haber sido dictado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (que introduce el marco normativo de las uniones convivenciales), advierte el trasfondo de esa economía familiar. Se lee en los fundamentos *“Si bien parte de los beneficios (de la tarea rural que ambos realizaban) se destinaba a la subsistencia de los convivientes, cabe entender que el excedente era reinvertido en bienes que no ingresaban al patrimonio de la mujer, quien veía así afectada su economía, producto de una raigambre cultural patriarcal, evidenciando ésta una discriminación cruzada de género, por ser mujer, ama de casa, conviviente, y trabajadora en el ámbito rural, en décadas en que la perspectiva de género no se vislumbraba en nuestro país. Tal discriminación no puede dejar de destacarse para entender si se quiere por qué de la inscripción registral de todos los bienes de importancia económica a nombre del integrante masculino de la sociedad.”*⁴¹

Por eso resultaba indispensable que además de consagrar la igualdad de género⁴² como principio expreso (arts. 402 y 415), el Código Civil y Comercial estructure el marco normativo necesario para culminar de una vez por todas, con estos patrones de exclusión y discriminación.

⁴¹ Juzgado de Marcos Juárez (Córdoba) 12/05/2015, C.E. c/ Suc. M. A. M. Societario Contencioso - Disolución de sociedad de hecho- (Expte. N° 700106), inédito.

⁴² Nótese que el texto introduce el concepto de género, que viene arrasando la tradicional noción de sexo. Para ahondar Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Capítulo introductorio" cit., p. 82.

3.1. Las medidas de acción positiva en el derecho familiar

Se ha visto que ley ya no puede quedarse en un mero reconocimiento formal del principio igualitario.⁴³ Y que son imperiosas las herramientas orientadas a tornar eficaz el derecho a la igualdad de trato y, con ello, la igualdad real de oportunidades.⁴⁴ Alexy enseñaba que el mandato de igualdad en la formulación del derecho no significa ni que el legislador tiene que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones fácticas.⁴⁵ El tema recuerda el viejo “dilema de la diferencia” que planteaba la tensión entre aplicar un trato “similar” sin tener en consideración las características del destinatario, o por el contrario, incorporar la diferencia como justificación de un trato especial.

Si se quiere alcanzar la igualdad real, no solo no deben regularse de un modo diferente situaciones iguales: son imperiosas las estrategias de diferenciación.⁴⁶ Aquí es donde entran a jugar las medidas de acción positiva, también llamadas de discriminación inversa que tienen por finalidad remover ciertos obstáculos y asegurar que todos puedan disfrutar sus derechos en plenitud, pues procuran compensar o equilibrar la situación de aquellos que se encuentran en posición desigual⁴⁷ y con ello superar la diferencia originaria.⁴⁸ Martín Vida enumera como presupuestos para su procedencia: que una persona o un

⁴³ Expresada en el adagio “*tratar de modo igual aquello que es igual y de modo diferente lo que es diferente*”.

⁴⁴ La Constitución Nacional Argentina introduce expresamente las llamadas “medidas de acción positiva” en el artículo 75 Inc. 23.

⁴⁵ Conf. Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, tercera reimposición, 2002, pp. 381/384.

⁴⁶ Pérez Luño señala tres dimensiones de la igualdad: (i) como una exigencia de generalidad, (ii) como exigencia de equiparación y (iii) como exigencia de diferenciación. Como exigencia de generalidad supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, con garantía de paridad de trato en la legislación, al tiempo que se constituye en un límite al poder legislativo. Como exigencia de equiparación, impone igualdad de trato aunque existan diferencias de situaciones o circunstancias, siempre que las mismas se estimen irrelevantes para impedir el disfrute de determinados derechos. Lo que importa para llevar a cabo esta exigencia de equiparación es establecer el criterio de relevancia para estimar los datos como esenciales o irrelevantes (no equiparar lo que tiene diferencias relevantes y no discriminar cuando las divergencias son irrelevantes). Por último, como exigencia de diferenciación imprime un trato diferenciado para situaciones sustancialmente diferentes. (Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 34, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 8 y 22).

⁴⁷ Para ampliar, Hierro, Liborio “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del derecho” en Marzal, Antonio”, (ed) *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra, Esade, Facultad de Derecho, 2001, p. 32.

⁴⁸ La tensión entre las acciones positivas y la igualdad es uno de los dilemas del derecho constitucional contemporáneo. No existe acuerdo sobre la admisibilidad de estas prácticas. Para una y otra posición, Saba Roberto, “Discriminación, trato igual e inclusión”, Abregú, Martín y Courtis, Cristian (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del puerto y CELS, 2004, p. 576, Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, cit. p. 115 y ss, Nino Carlos Santiago; *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, cit. p. 424.

colectivo de personas se encuentre en una situación de desventaja o de discriminación, que su puesta en práctica le suponga un beneficio inmediato, y que incremente los niveles de igualdad real y efectiva en la sociedad.⁴⁹

En la Carta Europea de derechos fundamentales están previstas en forma expresa “*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado*” (art. 23). La sentencia dictada en el año 1995 por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en “Kalanke”⁵⁰ (que al rechazar las acciones positivas generó fuertes críticas), impulsó a la Comisión Europea a replantearse la cuestión. Dos años después, con Marschall, el TJCE inició un camino que se ha ido consolidando hacia el reconocimiento de la legitimidad a las medidas de acción positiva, incluidas las cuotas con determinadas condiciones de flexibilidad, proporcionalidad y apertura.⁵¹

En el sistema axiológico vigente en la Argentina, que funciona a partir del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, el principio de igualdad real opera antes que nada como una garantía de equiparación de puntos de partida.⁵² Impone al legislador el deber de adoptar estas medidas de acción positiva para proteger a los sectores más vulnerables (niños, ancianos, mujeres y personas con discapacidad).

El derecho familiar consagra algunas de estas medidas con fundamento en el principio de protección al más débil. Este principio, vinculado directamente a la solidaridad familiar, postula que, en caso de conflicto entre los derechos de los miembros de una familia, la decisión debe inclinarse hacia la tutela de aquel que –por sus capacidades o posibilidades– requiere de una porción proporcionalmente superior en la distribución de bienes. Se trata de una creación jurisprudencial que en algunos países ha tenido recepción legislativa. En Chile, el art. 3 de la ley 19947 de matrimonio civil dice: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando *proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.*” El derecho

⁴⁹ Martín Vida, María Ángeles; *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002, p. 37.

⁵⁰ TJCE “Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen”, Case C-450/93 (17/10/1995). Petición de decisión prejudicial. Alemania. Sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres. El texto completo en español está [Consultado el 1 de febrero 2017] Disponible en: www.eur-lex.europa.eu

⁵¹ TJCE “Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen”; Caso N.º C-409/95 11 de noviembre de 1997. [Consultado el 1 de febrero 2017] Disponible en: www.curia.europa.eu

⁵² Rabossi, Eduardo, “Derechos Humanos; El principio de igualdad y la discriminación”; Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto (coord.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 45. Ver también Bidart Campos, Germán, *Casos de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1997; p. 224.

español lo recoge expresamente en el artículo 103 del Cód. Civil, referido a la atribución del uso de la vivienda, donde se establece que el juez deberá decidir “*teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar.*”

Algunas de las herramientas de equiparación que introduce el Código Civil y Comercial argentino con fundamento en el principio de protección al más débil, operan durante la vida en común, otras actúan ante la crisis familiar. Además de la mencionada obligación legal de contribuir a las cargas del hogar en proporción a sus recursos (art. 455 y 520) y del valor asignado al trabajo doméstico para la manutención de los hijos (art. 660 CCyC), aplica este principio para decidir sobre la atribución de la vivienda luego de la ruptura, priorizando al cónyuge o conviviente más vulnerable (arts. 443 y 526 CCyC).

3.2 *Las compensaciones como medidas de acción positiva ante la crisis de la pareja*

Las compensaciones económicas funcionan como otra herramienta que brinda una protección especial a uno de los miembros de la pareja. Le proporcionan un beneficio material en tanto y en cuanto haya quedado en una situación de inferioridad frente al otro, a causa de la vida familiar que se extingue.

Aunque el texto legal no se refiere expresamente a la mujer (y no se encuentra excluida la posibilidad de que el beneficiario sea el varón⁵³ si es él quien ha postergado mayoritariamente su desarrollo personal, o si se trata de parejas del mismo sexo) la realidad es que probablemente ella sea su principal destinataria, porque en general es quien queda en peor situación económica luego de la crisis de la pareja. Estamos entonces ante una medida que en forma indirecta⁵⁴, operaría como un mecanismo de discriminación inversa con perspectiva de género,⁵⁵ pues aunque el derecho ofrezca toda una batería de medidas para cambiar los patrones tradicionales durante la vida compartida, son mayoritariamente las mujeres quienes relegan su desarrollo personal en pos del proyecto familiar.⁵⁶

⁵³ El STS de España admitió la fijación de una compensación económica equivalente a 600 euros mensuales a favor del marido (STS 4591/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4591 Id Cendoj: 28079110012015100602 No de Recurso: 945/2014 Resol. 616/2015.)

⁵⁴ A contrario sensu, para las medidas de discriminación directa e indirecta, ver la directiva de la Unión Europea 2006/54/CE en el Artículo 2.1

⁵⁵ Ver Revsin, Moira, *La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil*. RDF 69, 2015, p. 107.

⁵⁶ Esta realidad se observa también en distintas partes del mundo. En España la mayoría de las sentencias son en beneficio de la mujer. En Francia Sayn, Isabelle, *La prestación compensatoire en France*, Rev. Actualidad Jurídica

Esta debilidad económica suele enfrentarla con otro dilema, pues la dependencia patrimonial reduce su capacidad para actuar y tomar decisiones y funciona como otra forma de dominación. La cuestión ha sido analizada en un fallo del año 2016 dictado por la Corte Constitucional de Colombia que explicó hasta qué punto se perpetúa una forma de violencia de género: la violencia patrimonial. El fallo encuadra el problema originado dentro del contexto de la vida conyugal y analiza cómo se proyecta luego del divorcio. Parte de reconocer lo difícil que es percibir esta clase de agresiones que se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido el control. Se mantienen ocultas y se presentan bajo la apariencia de colaboración natural entre la pareja. Esa es, precisamente, una estrategia de opresión: el hombre es el proveedor mientras que la mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar y tiene obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que ella logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él no podría sobrevivir. Los efectos de esta clase de violencia se hacen realmente visibles con el divorcio, pues en esa instancia recién cuando la mujer reclama sus derechos económicos.⁵⁷

También en Argentina el divorcio o la ruptura de la unión coloca a muchas mujeres frente a graves dificultades para obtener recursos que les permitan acceder a las condiciones materiales de una vida digna. Y las condena a formas solapadas de violencia patrimonial.

Como anticipé, las compensaciones económicas pueden garantizar el ejercicio de un derecho tan fundamental como la libertad de ponerle fin al matrimonio o la unión convivencial. Evitan que se perpetúe la dependencia y le permiten liberarse de relaciones dañinas que estaban obligadas a mantener solo por razones económicas. No son pocas las oportunidades en las que las mujeres no deciden avanzar con el divorcio o la separación, pues temen que el varón tome represalias y las prive del aporte económico indispensable para sostener el hogar y los hijos. Tampoco faltan los casos en que luego de la ruptura, los mecanismos de control o dominación violenta se instrumentan mediante el impago de los alimentos a los hijos, haciendo pesar el costo de su mantenimiento casi exclusivamente sobre la madre.⁵⁸

Iberoamericana, núm. 5 bis, nov. 2016, p. 101 y ss. indica que se fija en el 19% de los divorcios. En el 96% de los casos a favor de la mujer.

⁵⁷ Corte Constitucional Colombia, ST-012/16 T- 4.970.917 Bogotá, D.C., 22 de enero de 2016.

⁵⁸ Para resolver este problema el Código Civil y Comercial introduce los arts. 551 a 553.

De modo que la figura que se estudia puede funcionar como otra medida de acción positiva. Parte de reconocer que el matrimonio o la unión convivencial pudo causar un desequilibrio manifiesto e injusto; admite una posible desigualdad de facto y reacciona frente a ella.

Esta es la realidad que el legislador atiende y que justifica el derecho a una compensación: ambos quedan en un plano de desigualdad provocada por el divorcio o la ruptura de la unión. Y su causa adecuada radica en la forma que se desarrolló la vida familiar.⁵⁹

¿Qué se pretende con ella? En principio, existe cierto consenso sobre lo que la figura no busca. No está pensada para indemnizar al otro por el *daño moral* provocado por la crisis o el desamor,⁶⁰ no persigue mantener el nivel de vida que el perjudicado tenía durante la convivencia; menos aún, igualar los patrimonios de los involucrados. De algún modo, su propósito es corregir un desequilibrio que hasta entonces permanecía oculto⁶¹ pero que se visibiliza con el divorcio o el cese de la convivencia. Sin desconocer las diferencias justificadas, es una herramienta concreta para resolver situaciones injustas. Posibilita que aquel que se vio empobrecido por el juego de roles asumido durante la vida en común corrija, si es posible o por lo menos aminore, sus consecuencias hacia el futuro.

Uno de los primeros pronunciamientos que resuelven sobre esta cuestión lo expresa en estos términos: *“Lo equitativo y razonable no es aquí la búsqueda de una nivelación o igualación patrimonial entre las partes sino la recomposición del correspondiente a uno de ellos por el “empobrecimiento” - generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, pérdida de chances u oportunidades y ayudas que hubiere brindado- a la par y vinculado al “enriquecimiento” del otro, durante la convivencia se busca compensar el empobrecimiento económico sufrido por uno con respecto al otro, causado por las renunciaciones en pos de la asistencia o solidaridad familiar, que en contracara importan la posibilidad de quien no lo hace por el proyecto común de vida de ambos, y se ve favorecido en poder abocarse al desarrollo de su proyecto industrial, comercial, profesional o de vida laboral más allá de la familia, o lo hace en mayor medida que el otro.”*⁶²

⁵⁹ Pizarro Wilson, Carlos, Vidal Olivares, Álvaro; *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*; Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009, p. 17

⁶⁰ Conclusiones Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015 (Argentina) Comisión 3. Daños. [Consultado el 1 de febrero 2017] Disponible en: <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9>

⁶¹ Carbonnier, Jean, “La *question du divorce*”, *Memoire a consulter*, p. 120.

⁶² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, “G., M. A. c/ D. F., J. M. s/alimentos”, 25/10/2016. [Consulta:

La idea central de la figura parece denotar un contenido estrictamente patrimonial y oneroso, despojado de toda liberalidad o mera gratificación. No debe olvidarse que el trabajo doméstico y el cuidado de los hijos tienen un valor económico expresamente reconocido.

En principio, este reequilibrio debería lograrse mediante un aporte dinerario, la transferencia del dominio de un bien, su entrega en uso o usufructo, o una prestación patrimonial temporaria con el objeto alcanzar una cierta autosuficiencia, y así evitar el estigma que genera la dependencia económica del pago de una renta. Vencido ese plazo, se presume que se han restablecido las condiciones de equidad y superado los perjuicios que la vida familiar y la extinción de la pareja produjeron.

Sin embargo, esto no siempre es posible. Razones absolutamente excepcionales pueden generar entre los cónyuges un desequilibrio menos coyuntural, *más profundo y definitivo, que no se pueda revertir*⁶³. Ante esta dificultad, se autoriza un aporte sostenido en el tiempo y sin plazo determinado. Solo cuando esta sea la única forma de compensar los sacrificios personales realizados en beneficio del otro.

III. CONCLUSIONES

Las compensaciones económicas introducidas por la última reforma del derecho familiar argentino son una herramienta orientada a corregir ciertos desequilibrios económicos manifiestos que la vida familiar ha provocado en perjuicio de uno de los cónyuges o convivientes. Aunque pueden haberse mantenido ocultos durante la vida en común, se visibilizan con la ruptura.

En este ensayo he tratado de profundizar sobre el entramado de relaciones que se trazan entre los principios constitucionales que sostienen el diseño legal: (i) la autonomía para concretar el proyecto de vida que cada uno diseña, (ii) la solidaridad, que a la luz del sistema de derechos humanos se redefine como responsabilidad familiar, y (iii) la igualdad real de oportunidades entre cónyuges y convivientes. El desarrollo argumental evidencia hasta qué punto la interacción dinámica entre unos y otros, y las tensiones que presentan, condicionan y, en definitiva, justifican la nueva institución.

1 de febrero de 2017] disponible en [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35840&tn=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%207276\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35840&tn=Ver%20sentencia%20(causa%20N%207276).pdf).

⁶³ Al parecer este es el presupuesto fáctico de la sentencia dictada por la Cam. Apel. Río Cuarto (Córdoba) "A., S. E. vs. V., E. J. s. Divorcio vincular contencioso", 10/08/2016, Rubinzal OnlineCita: RC J 4665/16.

En este contexto, las compensaciones económicas en la Argentina pueden funcionar como una medida de acción positiva con perspectiva de género. Con su pago, se pretende evitar que se consolide un desequilibrio económico injusto que ha tenido su causa en el proyecto de pareja que se extingue, y que se perpetúen situaciones de dependencia económica del empobrecido, favoreciendo la autosuficiencia de ambos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Trad. de Ernesto Garzón Valdés, de la versión alemana de 1986) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (primera ed. de 1993 y tercera reimpresión 2002).
- Arianna, Carlos “Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio”, *Rev. Derecho de Familia*, N° 52- año 2011, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*; Madrid, 3ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Betti, Emilio, “Interpretación de la ley y los actos jurídicos”, Madrid, *Revista de derecho privado*, Edersa, 1975.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada Buenos Aires, Ediar, T I B, 2000-2001.
- Bidart Campos, Germán, *Casos de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- Carbonnier, Jean, *A cada uno su familia y a cada uno su derecho en Ensayo sobre las leyes*. Trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998.
- Díaz de Guijarro, Enrique “El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de familia”; *JA* 1952- II 435.
- Díez- Picazo, Luis, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas SA; 1984.
- Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civi IV* 8º ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- Duprat, Carolina, “Comentario artículo 435”, *Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras*, (Dir.) *Tratado de derecho de familia*, T1, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2014.
- Grosman Cecilia y Herrera Marisa, “Relaciones de hecho en las familias ensambladas” *Rev. Derecho de Familia* N° 46, Año 2010, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Herrendorf y Bidart Campos *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1990.
- Hierro, Liborio “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del derecho” en Marzal, Antonio”, (ed) *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra, Esade, Facultad de Derecho, 2001.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, en “Capítulo introductorio”, en *Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras* (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, T 1, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2014 .

- Lacruz Berdejo, José Luis, "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares", *a modo de prólogo en* Viladrich, Pedro-Juan (coord.) *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986.
- Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. (Traducción Diez Picazo) Madrid, SL Civitas ediciones, 1985.
- Lorenzetti (Dir). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. T 1, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2014.
- Lloveras, Nora, "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en Lloveras, Nora (Dir.) *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Córdoba, Alveroni, 2010.
- Martin Vida, María Ángeles; *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002.
- Molina de Juan, Mariel en Kemelmajer de Carlucci, y Molina de Juan (DIR) *Alimentos*, T 1, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2014.
- Molina de Juan, Mariel, "Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles", *Rev. Anales de Legislación Argentina*. Año LXXV 24. Setiembre 2015, pp. 165-174.
- Molina de Juan, Mariel "Las compensaciones económicas en el nuevo divorcio argentino. Autonomía personal, orden público y facultad de renuncia." *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, noviembre 2016.
- Nino, Carlos Santiago; *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Paidal Albás, Adoración, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, J M Bosch editor, 1997.
- Parellada, Carlos, *Daños en las relaciones de familia*, La Ley 01/10/2015, AR/DOC/3272/2015.
- Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 34, Madrid, Dykinson, 2005.
- Pellegrini, María Victoria, "Delineamiento de la figura de la compensación económica en el marco del divorcio incausado" en Alegría, Héctor; Mosset Iturraspe, Jorge (Dir), *Revista de derecho Privado y Comunitario, Derecho de Familia II. Relaciones entre adultos*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2016.
- Pizarro Wilson, Carlos, Vidal Olivares, Álvaro; *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*; Legal Publishing, Santiago de Chile; 2009.
- Rabossi, Eduardo, "Derechos Humanos; El principio de igualdad y la discriminación"; Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto (coord.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

- Revsin, Moira, *La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil*. Rev. Derecho de Familia Nº 69 año 2015, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Ribera Blanes, Bergoña; *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*. Valencia, Tirant lo Blanch, “colección privado” 12, 2004.
- Roca Trías, Encarna, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)* Madrid, Aranzadi, 1999.
- Saba Roberto, “Discriminación, trato igual e inclusión”, Abregú y Courtis, (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del puerto y CELS, 2004.
- Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- Sayn, Isabelle, *La prestation compensatoire en France*, Rev. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 5 bis, nov. 2016.
- Sisinni, Julio Nicolás, “El valor autonomía personal: privacidad e intimidad en la Constitución Nacional” en Bidart Campos, Germán, Gil Dominguez, Andrés; *Los valores en la constitución argentina*; Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Soto Cabrera, Tatiana; “Derechos humanos económicos dentro de la familia”; en Lloveras, Herrera, *El derecho de familia en latinoamérica 1*; Córdoba, Nuevo enfoque jurídico, 2010.
- Valpuesta Fernández, Rosario en Díez-Picazo y Gimenez, Gema (Coord.) *El derecho de Familia*, Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2012.
- Veloso Valenzuela, Paulina; “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en Grosman-Herrera, *Hacia la armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Von Ihering, Rudolf, *El Fin del Derecho*; Trad. Leonardo Rodríguez, Madrid, Rodríguez Serra Editor, 1911.
- Zannoni, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de familia*, TI; Buenos Aires, Astrea, 2006.