

El problema de la compensación económica entre cónyuges

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02 / N° 2 - Mayo 2022

Recibido: 16/09/2021

Aprobado: 21/04/2022

El problema de la compensación económica entre cónyuges

The problem of financial compensation between spouses

Laura Alicia Mucci¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: La investigación tuvo como objetivo establecer si el trato diferenciado que efectúa el Código Civil y Comercial de la Nación al regular los presupuestos formales que habilitan el pedido de compensación económica entre cónyuges y entre convivientes constituye una distinción objetiva y razonable o si, por el contrario, viola el principio de igualdad respecto de los miembros de una unión matrimonial. Para ello fue necesario profundizar acerca de la finalidad que persigue la figura, su regulación en la legislación comparada, los aspectos constitucionales y convencionales en los que se sustenta y las diferentes situaciones que se dan en la vida cotidiana.

Palabras clave: Compensación económica entre cónyuges – Perspectiva de género – Inconstitucionalidad – Muerte del cónyuge.

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en magistratura (Universidad Nacional de San Martín). Egresada Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: lauraamucci@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5952-7614>.

Abstract: *The objective of the investigation was to determine if the Código Civil y Comercial de la Nación's differentiated treatment and regulation of the formal requirements which enable the request for compensation between spouses and those that enable the request for compensation between domestic partners constitutes an objective and reasonable distinction or if, on the contrary, it violates the principle of equality for spouses. For this purpose, it was necessary to examine the purpose of compensation, how it is regulated in Comparative Law, the constitutional and conventional elements on which compensation is based, and the various circumstances of particular cases of compensation that occur in everyday life.*

Keywords: *Spousal support – Gender perspective – Unconstitutionality – Death of the spouses.*

Concepto de compensación económica

El Código Civil y Comercial de la Nación introduce por primera vez en el derecho argentino el instituto de la compensación económica, reconociendo como fuente directa el artículo 97 del Código Civil Español.²

Dado que omite proporcionar una definición de la figura, la doctrina ha elaborado los conceptos que se describen a continuación.

Graciela Medina (2013) la describe como

La cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro tras el divorcio o la finalización de la convivencia, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente (el acreedor) en relación con el otro cónyuge o conviviente (el deudor), como consecuencia directa del divorcio o finalización de la convivencia, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio o la convivencia. (p. 3)

Mariel F. Molina de Juan (2018) la define como el

Derecho-deber derivado de las relaciones familiares que faculta a un ex cónyuge o ex conviviente a ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el

² “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación”. Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>.

cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias. Todo ello en razón de una doble causa o fuente de la que nace dicha obligación: la vida en común y su ruptura. (pp. 22-23)

Esta autora destaca además que el texto legal utiliza el vocablo “compensación económica” en tres sentidos diversos: para referirse al derecho en cuestión, para designar el contenido sobre el que recae ese derecho y para indicar la finalidad que persigue.

Por su parte, María Victoria Pellegrini (2017) –autora de los artículos 441 a 445 del Código Civil y Comercial de la Nación– señala que se trata del

derecho reconocido al cónyuge o conviviente a quien el divorcio o cese del proyecto de vida en común produce un desequilibrio manifiesto, que representa un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial o la unión convivencial y su ruptura. (p. 29)

Néstor E. Solari (2017) prefiere el término “prestación compensatoria” y la define como

la institución mediante la cual el cónyuge o conviviente que ha sufrido un desequilibrio durante el matrimonio o la unión convivencial tiene derecho a exigir al otro una compensación por el empeoramiento padecido, al momento del divorcio o el cese de la convivencia. (p. 57)

Regulación legal

Compensación económica entre cónyuges

Se encuentra regulada en los artículos 441 y 442 del Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 441 dice:

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.

Compensación económica entre convivientes

Se encuentra regulada por los artículos 524 y 525 del Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 524 establece:

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. Esta 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 cual-

quier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

De lo expuesto surge que los cónyuges solo tienen derecho a solicitar la compensación económica luego del trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio, en tanto para los integrantes de una unión convivencial tal derecho nace una vez producido el cese de la convivencia por cualquiera de las causas que enumera el artículo 523 del código citado.

Estas son:

a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia mantenida.

Se advierte que la aplicación del instituto resulta más amplia en las uniones convivenciales y más restringida entre cónyuges.

Elementos de la compensación entre cónyuges

Los presupuestos exigidos para que resulte procedente una compensación económica son tres: que se produzca un desequilibrio manifiesto en un cónyuge respecto al otro, que ese desequilibrio implique un empeoramiento en su situación y que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura a través del divorcio. Lo mismo sucede en

caso de decretarse la nulidad del matrimonio en conformidad con lo que dispone el artículo 429 inciso a del mismo cuerpo.

El artículo 442 del Código Civil y Comercial de la Nación enumera diversos supuestos que Molina de Juan (2018) individualiza como “presupuestos sustanciales” (p. 121).

Como indica autorizada doctrina, es necesario que se constate la existencia de un desequilibrio económico manifiesto, entendido como una situación económica que aparece desbalanceada entre los cónyuges luego del divorcio y comprende tanto la situación patrimonial específica y concreta como las posibilidades o habilidades de progreso económico, independientemente del régimen patrimonial por el que se haya optado en el matrimonio, pues resulta procedente en ambos regímenes si se dan los presupuestos. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras, 2014).

Graciela Medina (Medina & Roveda, 2016) sostiene que dicho desequilibrio puede ser de carácter “perpetuo” cuando las repercusiones que la convivencia produjo en la particular posición de quien lo experimenta aniquilan cualquier expectativa de abrirse camino por sí mismo y obtener sus propios recursos. En tanto considera el desequilibrio “coyuntural” como aquel que se supera con el paso del tiempo debido a que las huellas de la convivencia no son tan profundas en el proyecto de vida del acreedor, quien a la postre tiene posibilidad de autonomía personal, constituyendo el matrimonio “un paréntesis en la posibilidad de acceso al trabajo” (pp. 254-255).

Debe tener como causa adecuada el matrimonio y su ruptura. La norma obliga a promover el trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio y a obtener una sentencia.

Finalidad del instituto. Perspectiva de género. Aspectos constitucionales involucrados

El instituto de la compensación económica se presenta como una herramienta legal que posibilita y favorece una cierta igualdad real en las condiciones y oportunidades en que cada cónyuge o conviviente se encuentra una vez finalizado su proyecto de vida en común, condiciones que se vieron afectadas y desbalanceadas justamente a causa de dicho quiebre. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras, 2014).

Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa o inocencia como elemento determinante de su asignación. Solo importan las consecuencias objetivas que el divorcio provoca.³

Constituye un mecanismo valioso con perspectiva de género para superar el estigma de tener que ser alimentado, generalmente asociado a un sistema que se basa en estereotipos en cuanto a la distribución de roles discriminatorios que impacta en mayor medida en las mujeres (Molina de Juan, 2011).

De esta forma, una adecuada compensación permite a la parte económicamente más débil de la relación procurarse un medio que posibilite la autonomía personal para continuar su existencia en forma independiente.

Sin importar las razones que dispusieron tal dinámica familiar, lo cierto es que al finalizar la comunidad de vida la figura en análisis viene en auxilio del integrante más débil de la pareja para corregir o remediar el desequilibrio injusto, que encuentra su razón de ser en el pasado y en

³ Posición asumida en los fundamentos que acompañaron el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Reformadora designada por Decreto N° 191/2011.

el presente pero que se proyecta hacia el futuro favoreciendo la autoevaluación y autonomía en el plan de vida individual que sigue a la ruptura del proyecto matrimonial o convivencial en su caso.

El desequilibrio tiene entonces su causa fuente inmediata en la finalización del proyecto de vida en común de la pareja matrimonial o convivencial, y la causa mediata en la forma en que se llevó a cabo la dinámica familiar (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras, 2014).

En resumidas cuentas, la figura procura un equilibrio entre la responsabilidad de cada uno de procurarse –en la medida de lo posible– su propio medio de vida y la solidaridad o colaboración de aquella persona con la que se tuvo un proyecto familiar, sin que ello implique caer en el asistencialismo o la dependencia (Molina de Juan, 2011).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ consigna que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado” (art. 17.1), y que es responsabilidad de los Estados partes tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵ despliega una normativa múltiple en la diversidad de su articulado cada vez que impone la igualdad

⁴ Suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Internacional sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁵ Aprobada por la Resolución N° 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/>

real de derechos y de trato con el varón en las relaciones de familia y cuando alude a los derechos de la mujer en situaciones varias, obligando a los Estados partes a adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular para modificar o derogar leyes, eliminando patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de los géneros, garantizando que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de los hijos.

En resumen, la manda convencional obliga a proteger a la familia y sus integrantes en condiciones de igualdad, reconociéndoles su dignidad y otorgando el derecho a igual protección de la ley sin discriminación. En el mismo sentido, el artículo 75 inciso 23 de la Constitución de la Nación Argentina impone al legislador el deber de aportar medidas de acción positiva para proteger a los sectores vulnerables, removiendo los obstáculos que deben enfrentar algunos sectores y compensando o equilibrando la situación de desventaja, y con ello superar la diferencia originaria.

En este sentido, el instituto de la compensación económica otorga una protección especial al miembro de la pareja que queda en situación de inferioridad con motivo de la ruptura familiar, cumpliendo la manda constitucional y convencional.

[instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women.](#)

El problema de la compensación económica entre cónyuges

De lo que hasta aquí se expone resulta que entre los cónyuges se encontraría descartada la posibilidad de reclamar compensación económica en dos situaciones: ante el cese de la convivencia y ante la muerte del que debería pagar la compensación económica. En cambio, procede ante el cese de unión convivencial por cualquier causa, incluida la muerte real o presunta del conviviente (arts. 522 y 523 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Dispares son las opiniones y fundamentos en relación con la decisión del legislador de limitar ese derecho a los supuestos de divorcio o nulidad de matrimonio respecto de los cónyuges y de ampliar el espectro de posibilidades en relación con los convivientes.

A favor se ha pronunciado Mariel Molina de Juan (2018), por considerar que el supérstite tiene derechos sobre los bienes en caso de estar regidos por el régimen de comunidad, y además es heredero, salvo que se encuentren separados de hecho. En cambio, el conviviente supérstite carece de derechos hereditarios y no participa de los bienes que integran la comunidad de bienes, por lo cual la autora considera la solución “de toda justicia”, haciendo mención de que el cónyuge separado puede solicitar cuota alimentaria mientras no se divorcie.

Para Néstor Solari (2017), la distinción

es arbitraria porque lo que la ley debe proteger es si hubo o no desequilibrio manifiesto durante la normal convivencia –tanto del matrimonio como en la unión convivencial– y al cese de la convivencia, cualquiera de las partes debería estar en condiciones de plantear la respectiva acción, trátase de cónyuges o convivientes.

Súmese a ello la circunstancia de que si los cónyuges estaban en trámite de divorcio y uno de ellos fallece antes de la sentencia de divorcio, el supérstite no tendrá derecho a solicitar dicha compensación. (p. 57)

En igual sentido, Gabriel Rolleri (2017) opina que resulta equivocado que no opere ningún tipo de compensación económica contra los herederos del cónyuge fallecido, y mucho más si esos supuestos se encuentran previstos para el caso del conviviente. Y agrega que, ante el desequilibrio, “ese menoscabo, esa desigualdad esgrimida y probada, no se configura por el hecho del divorcio en sí, como su causa generadora, sino que se fue concibiendo por diversos motivos a lo largo de la unión matrimonial” (p. 46).

En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017 se propuso –sin éxito– recomendar una reforma al artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación que contemplara la compensación económica a favor del cónyuge supérstite cuando se produjera la “disolución del vínculo” por cualquier causa, es decir, ante divorcio, nulidad de matrimonio y muerte real o presunta del otro. No preveía la posibilidad de reclamarla ante el cese de la convivencia.⁶

⁶ Ponencia de la Dra. Eliana M. González presentada en las XXVI Jornadas de Derecho Civil celebradas en La Plata del 28 al 30 de Septiembre de 2017 (Comisión N° 8 de Derecho de Familia). Disponible en: <http://jornadasderehocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Gonz%C3%A1lez-Eliana-M.-La-compensaci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-frente-a-la-muerte-del-c%C3%B3nyugeComisi%C3%B3n-8.pdf>.

Cese de la convivencia y desequilibrio

Teniendo en cuenta que uno de los objetivos que tuvo en mira el legislador al incorporar el instituto fue el de evitar la dependencia económica que genera el cobro de cuota alimentaria por parte de uno de los cónyuges erradicando –luego de finalizado el proyecto de vida en común– la idea de “asistencia”, resulta necesario preguntarse en qué momento se experimenta el desequilibrio entre los cónyuges y de qué forma se supera ese desequilibrio.

Del relato habitual de los recién separados surge que el desequilibrio –existente durante la convivencia– se hace visible una vez finalizada la comunidad de vida, es decir, al producirse el cese de la convivencia, se trate de una relación matrimonial o convivencial. Lo que deja a uno de los cónyuges en inferioridad de condiciones –desde el punto de vista económico– no es el dictado de una sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, sino la desigualdad existente desde el mismo momento en que ya no habita con el otro. Ese es el momento en el que la familia se disgrega, en el que el miembro económicamente más débil de la pareja advierte el desequilibrio que la convivencia enmascaraba, por lo que resulta razonable que el derecho a reclamar la compensación económica se materialice en tal oportunidad.

Desde esta perspectiva puede afirmarse que no existe razonabilidad en la distinción que se efectúa respecto de la regulación de la compensación económica entre convivientes y cónyuges en lo que se refiere al momento en que cada uno puede solicitarla.

Es cierto que el cónyuge separado de hecho puede demandar el pago de una cuota alimentaria, sin embargo, como ya se dijo, ello implica un aporte de tipo asistencial que en modo alguno propende a generar la autonomía personal a la que se aludió al legislar la compensación económica.

Muerte del cónyuge y desequilibrio

Acorde a la regulación legal, la posibilidad de que un cónyuge reclame a los herederos del otro una compensación económica cuando la unión matrimonial se extingue por muerte queda descartada. El fallecimiento del cónyuge durante el matrimonio acarrea la extinción del derecho a reclamar una compensación a los herederos del otro aun en aquellos casos en que el evento se produzca durante el trámite de divorcio.

En cambio, en las uniones convivenciales la muerte de uno habilita el ejercicio de la acción contra sus herederos, pues es una de las causales que enumera el artículo 523 del Código Civil y Comercial de la Nación. Como ya se señaló con anterioridad, quienes consideran que esa solución es justa sostienen que el cónyuge tiene derecho a los bienes que integran la comunidad y además es heredero de los bienes propios del cónyuge fallecido.

Analicemos ambas alternativas.

Eventuales derechos de un cónyuge en su calidad de socio de la comunidad extinguida

Si los cónyuges optaron por el régimen de separación de bienes, no hay comunidad y a la extinción del régimen por muerte cada cónyuge solo recibirá los bienes por él adquiridos y no participará de los adquiridos por el otro. Consecuentemente, puede generarse el desequilibrio que describe el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación, aun conservando el supérstite la vocación hereditaria, lo que dependerá en cada caso concreto de la cuantía e importancia económica del acervo y de la cantidad de herederos que concurran a la herencia.

Si se hallaban regidos por el régimen de comunidad, pueden no existir bienes, ser escasos o insuficientes para que el desequilibrio quede compensado con su distribución o adjudicación.

Entiendo que debería otorgarse al cónyuge supérstite la posibilidad de acreditar dicha circunstancia confiriéndole la acción respectiva del mismo modo que se le otorga al conviviente supérstite, y que en el caso concreto sea el juez quien decida si se verifican los presupuestos sustanciales para otorgar la compensación económica.

Consecuentemente, el régimen patrimonial, sin ser determinante, constituye un factor a tener en cuenta para establecer la existencia del desequilibrio.

Dicho esto, pierde peso el argumento de otorgar compensación económica al conviviente supérstite y no hacerlo respecto del cónyuge supérstite por considerar que este último participa de los bienes adquiridos por el otro en el régimen de comunidad

Eventuales derechos que puede tener el cónyuge supérstite sobre los bienes del otro por ser heredero y legitimario

Este supuesto puede a su vez subdividirse en varias hipótesis:

- Cónyuge supérstite que convive al momento del fallecimiento del otro: no percibe alimentos y las prestaciones del sistema previsional pueden ser insuficientes. Efectivamente lo hereda. En tal caso puede ocurrir que los bienes dejados por el causante deban repartirse entre muchos herederos, y no siempre la porción que recibe el cónyuge resulta suficiente para recomponer el desequilibrio. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se presentan matrimonios sucesivos en los que el cónyuge fallecido ha tenido varios hijos.

- Cónyuge supérstite separado de hecho: el fallecimiento se produce durante la separación de hecho sin haber iniciado el trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio, durante la tramitación de estos juicios y previo al dictado de la sentencia o dentro de los seis meses posteriores sin que se promoviera la acción de compensación. ¿Qué derechos tiene el cónyuge supérstite? No puede reclamar alimentos a los herederos, no está legitimado para intentar la acción de compensación y, como estaban separados de hecho, perdió la vocación hereditaria, tal como lo establece el artículo 2437 del Código Civil y Comercial de la Nación. En definitiva, se encuentra en idéntica situación a la del conviviente supérstite, pues carece de llamamiento hereditario.

Si –como se planteó anteriormente– los cónyuges habían optado por el régimen de separación de bienes, ningún derecho tiene sobre los bienes del fallecido. Si adoptaron el régimen de comunidad, puede que los gananciales que recibe el supérstite, luego de satisfechas las deudas, no resulten suficientes para compensar el desequilibrio existente.

En el caso de los convivientes, y no obstante es posible que hayan adquirido bienes en condominio durante la convivencia, el legislador le ha otorgado la acción para demandar a los herederos del otro, quedando sujeto a la prueba y a la apreciación judicial en cada caso concreto sobre la existencia o no del desequilibrio invocado. Al cónyuge supérstite se le niega –*ab initio*– tal posibilidad, pues se presume que el desequilibrio “desaparece” al fallecer su cónyuge, en tanto tiene llamamiento hereditario y se actualiza su derecho sobre los bienes que integran la comunidad sin tener en cuenta todas las alternativas posibles que pueden presentarse en los hechos.

Resulta de utilidad tener en cuenta que los convivientes pueden celebrar pactos convivenciales relacionados con la gestión de bienes y división del patrimonio con efectos tanto durante la vida en común como en el caso de cese, por lo cual podría ocurrir que al cese de la convivencia uno recibiera bienes de titularidad del otro o una parte de ellos.

El conviviente pudo haber sido instituido heredero por testamento, y en tal caso recibir bienes. Sin embargo, la ley le otorga la posibilidad de accionar por compensación económica contra los herederos, ámbito en el que podrá demostrar que, aun recibiendo bienes, el desequilibrio no ha sido compensado adecuadamente.

En el ámbito previsional, cónyuges y convivientes cuentan con los mismos derechos ante la muerte del cónyuge/conviviente.

El derecho que se acuerda al conviviente supérstite ¿constituye una excepción o privilegio del que se excluye al cónyuge supérstite? Dado que el conviviente supérstite cuenta con acción para demandar a los herederos del otro en tanto el cónyuge supérstite no la tiene –no obstante hallarse ambos en idénticas situaciones–, resulta que se excluye al cónyuge de lo que se acuerda al conviviente en iguales circunstancias, por lo que la respuesta es –a mi criterio– afirmativa.

La solución legislativa vulnera el principio constitucional de igualdad

La nueva legislación se ha esforzado tanto en reconocer y darle valor al estatus familiar no matrimonial, que en ese trayecto ha descuidado de algún modo los derechos de los miembros de una pareja matrimonial, por lo menos en lo que hace al régimen de compensaciones económicas.

Todos los hombres y mujeres participan de una igualdad elemental consistente en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Ello implica un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se les brinda.

La Constitución nacional consagra la igualdad ante la ley (art. 16), reconociendo de modo uniforme los derechos civiles a todos los habitantes, lo que implica asegurarles los mismos derechos a todos sin distinciones, obligando al Estado a remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limiten “de hecho” la libertad e igualdad de los habitantes de modo de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de su personalidad. De allí se desprende que, cuando el Estado legisla, no puede violar en la ley la igualdad civil de los habitantes, debiendo llevar a cabo medidas de acción positiva encaminadas al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que se particulariza respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados (art. 75 inc. 23).

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se han establecido los alcances de la igualdad, reconociendo que existen diferencias justas que deben tomarse en cuenta para no incurrir en el trato igual de los desiguales, por lo cual la regla de la igualdad no es absoluta ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración. Dicha regla estatuye la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.

La razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad. El legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea “razonable”.

Las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc. (Bidart Campos, 2005, p. 143)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que las sentencias y los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y demás órganos internacionales son obligatorios para nuestro país aun cuando Argentina no haya sido parte,⁷ que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” y que “constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.⁸

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que no toda diferencia en el trato será ofensiva de la dignidad humana y que existen criterios de distinción entre discriminación y preferencia razonable. Toda distinción debe ser interpretada en forma restrictiva y superar “el test de razonabilidad”.⁹

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Giroldi”. Sentencia del 7 de abril de 1995, considerando 11. Fallos 318:554.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Mazzeo Julio y otro c/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”. Sentencia del 13 de julio de 2007. Fallos 330:3248.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 16/99 del 1° de octubre de 1999.

Esa distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

También ha dicho la CIDH que el término “distinción” se empleará para lo admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo en tanto “discriminación” se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles por violar los derechos humanos.¹⁰

A la luz de tales premisas, sostengo que el trato que el legislador les ha dado a los cónyuges en el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación es discriminatorio, al constituir una exclusión o restricción que no es objetiva ni razonable, vulnerando la igualdad.

Al legislar sobre compensación económica tanto entre cónyuges como entre convivientes, el legislador entendió que, con base en los instrumentos internacionales ya citados, la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondía otorgar esa herramienta tanto a los miembros de las uniones matrimoniales como a los de las uniones convivenciales, asumiendo correctamente que el desequilibrio podría producirse en cualquier tipo de familia.

En resumidas cuentas, tanto el conviviente supérstite como el cónyuge supérstite separado de hecho que sufren el desequilibrio que la compensación económica pretende solucionar se hallarían

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A N° 17.

en igual situación ante el fallecimiento del otro miembro de la pareja. Nos encontramos entonces ante supuestos de hecho que no son “sustancialmente diferentes”. ¿Es razonable la distinción efectuada por el legislador? ¿Es justa la solución que se le brinda al cónyuge?

Uniones y matrimonio no son lo mismo, pero ambos modelos familiares se estructuran sobre la base de un proyecto de vida en común que implica el reparto de roles y la distribución de responsabilidades, sacrificios y resignaciones. Así, al conformar una familia y llevar adelante el proyecto de vida en común, se toma un compromiso colaborativo en el cual existe una responsabilidad conjunta frente a las cargas familiares y la solidaridad por las deudas del hogar.

Cuando uno de los miembros posterga sus aspiraciones o su desarrollo profesional o personal en pos del proyecto familiar, efectuando sacrificios que exceden los límites razonables del deber de contribución, la compensación económica viene en su auxilio proporcionándole una herramienta eficaz para revertir la situación injusta. Ese desequilibrio se presenta de igual manera en ambos modelos familiares, y las limitaciones impuestas al cónyuge por el legislador afectan su derecho a la tutela judicial efectiva en tanto se le priva temporariamente del acceso al proceso a quien quiere y necesita formular una pretensión para hacer valer su derecho al igual que lo ejerce quien integró una unión convivencial.

Por lo expuesto, concluyo que el criterio empleado para privar a los cónyuges de las prerrogativas con las que cuentan los convivientes, tanto de demandar a los herederos en caso de muerte del otro como de hacerlo en forma inmediata al cese de la convivencia, carece de toda razonabilidad y afecta el principio de igualdad. Por ende, es injusto, arbitrario y no supera el test de constitucionalidad-convencionalidad.

Soluciones posibles a la desigualdad existente

Modificar el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación

Una solución posible es modificar la norma, otorgándoles a cónyuges y convivientes la posibilidad de reclamar compensación económica una vez producido el cese de la convivencia por cualquier causa. Ello concedería al cónyuge separado de hecho la acción para demandar en forma inmediata al cese de la vida en común, y al sobreviviente (separado de hecho o no), la posibilidad de reclamar a los herederos del otro en caso de fallecimiento, recibiendo un trato igualitario y justo. Se propone modificar la redacción del artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación, reemplazándola por la misma fórmula que contiene el artículo 524 del mismo cuerpo. Quedaría redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 441. Compensación económica. Cesada la convivencia matrimonial, por cualquier causa, el cónyuge que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en el vínculo matrimonial y el cese de la convivencia tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la convivencia matrimonial. 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.

También se ha equiparado a cónyuges y convivientes en cuanto a que la renta será por tiempo determinado, nunca superior a la duración de la convivencia.

Propongo además agregarle el siguiente párrafo (tomado del artículo 233-14 del Código de Cataluña):

Si uno de los cónyuges muere antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro en los tres meses siguientes al fallecimiento puede reclamar a los herederos su derecho a la compensación económica. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento de divorcio o de nulidad de matrimonio se extingue por fallecimiento del cónyuge que debería pagarla o si el fallecimiento de este se produce dentro de los seis meses de dictada la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Este agregado tiene dos objetivos: evitar que en los casos de separaciones de hecho de larga data –sin que medie divorcio en trámite– el cónyuge reclame compensación económica ante el fallecimiento del otro; evitar que el desequilibrio que sufre quien ha iniciado trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio quede sin compensar.

En cuanto al plazo de caducidad para interponer la acción, se mantiene tal como está regulado por el artículo 442 del Código Civil y Comercial de la Nación, venciendo la acción seis meses después de dictada la sentencia de divorcio o de producido el fallecimiento, aunque el plazo sería más amplio en el primer supuesto, ya que podría demandar desde que se produjo el cese de la convivencia matrimonial.

Entiendo que es una solución posible para contemplar con igualdad y justicia todos los casos. Obviamente será el juez quien, en cada

caso concreto, ponderará las circunstancias de hecho para determinar si el desequilibrio existe y si puede ser compensado mediante la distribución de bienes de la comunidad o con bienes del acervo hereditario.

Declarar la inconstitucionalidad del artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación

Hasta tanto se materialice una modificación al artículo 441 del Código Civil y Comercial, la única alternativa posible para superar la desigualdad es declarar la inconstitucionalidad de la norma.

El bloque de constitucionalidad que conforma la Constitución nacional con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional obliga a controlar todos los sectores del derecho infraconstitucional y a declarar inconstitucional toda norma que sea infractora de dicho bloque.

En el caso en análisis, puede decirse que en principio la norma en cuestión no es en sí misma inconstitucional; sin embargo, sus efectos pueden en algún caso lesionar derechos subjetivos de raigambre constitucional. Resulta entonces necesario que los jueces verifiquen en cada caso concreto si se produce tal lesión y, de ser así, declaren –aún de oficio– la inconstitucionalidad de la norma no aplicándola, dejando subsistente su vigencia para los restantes casos en que no se verifique la vulneración del principio de igualdad.

Cuando se enfrenta los derechos personales en la perspectiva constitucional y se acuerda reconocerlos y tutelarlos, deben otorgarse las vías idóneas para que esa tutela sea útil y eficaz, dando al sujeto la legitimación para entrar en el proceso. De este modo, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocérsela “contra ley”, porque si se la niega por ser la solución legal cumplirá la ley, pero violará la Constitución (Bidart Campos, 2005).

La CIDH postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En nuestra hipótesis, con la norma del artículo 441 Código Civil y Comercial no solo se viola el principio de igualdad, sino que también se afecta el derecho a la jurisdicción como derecho a la tutela judicial efectiva, máxime cuando en muchos de los casos en que la compensación económica procede se encuentran comprometidos los derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad por razones de sexo o edad avanzada. Piénsese, por ejemplo, en una mujer que supera los sesenta años de edad, con cuarenta años de matrimonio, que ha dedicado toda su vida al cuidado del hogar y de los hijos, postergando sus aspiraciones profesionales o personales, y que ante la muerte de su cónyuge –producida durante el trámite de divorcio– nada recibe para compensar el desequilibrio producido, quedando absolutamente desamparada, sin recibir la protección que le otorgan los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, impidiéndosele el goce de sus derechos económicos, civiles, sociales y culturales.

Con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos. Ello obliga a eliminar todas las formas de

discriminación, puesto que se encuentran comprometidas la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado un principio que establece que

el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es solo practicable, en consecuencia, como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales exámenes debe estimárselos como la *ultima ratio* del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera.¹¹

lo cierto es que el trato diferenciado entre cónyuges y convivientes no constituye una distinción razonable, viola el principio de igualdad y de no discriminación, desobedece la manda convencional y autoriza la declaración de inconstitucionalidad del artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 264-364 (del 13/05/1966), 311:394 (de 2008), 328:1491 (del 17/05/2005), entre otros.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, G. J. (2005). *Manual de la Constitución reformada*. Tomos I, II y III. Buenos Aires: Astrea.
- HERRERA, M. & PELLEGRINI, M. V. (2016). *Manual de derecho sucesorio*. Buenos Aires: Eudeba.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. & LLOVERAS, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Tomos I y II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MEDINA, G. (2013). “Compensación económica en el Proyecto de Código”. En: *La Ley* 2013-A, 472. Cita Online: AR/DOC/4860/2012.
- MEDINA, G. & ROVEDA, E. G. (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MOLINA DE JUAN, M. F. (2018). *Compensación Económica: Teoría y Práctica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- (2011). “Compensaciones económicas en el divorcio”. En: *Derecho de Familia*. Cita Online: AP/DOC/4234/2012.
- PELLEGRINI, M. V. (2017). “Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica”. En: *Revista Código Civil y Comercial*. Cita online: AR/DOC/356/2017.
- ROLLERI, G. (2017). “Compensación económica entre convivientes”. En: *Revista Código Civil y Comercial*. Cita online: AR/DOC/536/2017.
- SOLARI, N. E. (2017). “Algunas cuestiones sobre la compensación económica”. En: *Revista Código Civil y Comercial*. Cita online: AR/DOC/384/2017.