

La autonomía de la voluntad en el derecho de familia y su relación con algunos institutos jurídicos

POR RUBÉN MARCELO GARATE(*)

Sumario: I. Introducción.- II. La proyección de la autonomía en el derecho de familia.- III. La proyección de la autonomía en distintos institutos.- IV. Limitaciones al ejercicio de la autonomía. Algunos casos regulados en el Código Civil y Comercial.- V Causas de extinción de la comunidad y la autonomía de la voluntad.- VI. La autonomía en el régimen patrimonial.- VII. El juego entre la autonomía y el régimen patrimonial.- VIII. La separación judicial de bienes y el ejercicio de la voluntad.- IX. El ejercicio de la voluntad en las uniones convivenciales.- X. El infaltable tema de la compensación económica.- XI. Un caso paradigmático de compensación económica.- XII. Sobre reglas y principios jurídicos.- XIII. Un análisis del discurso jurídico desde la óptica de la argumentación.- XIV. Aspectos argumentativos.- XV. Conclusión.- XVI. Referencias.

Resumen: a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación la autonomía de la voluntad cobró un mayor sentido. La autonomía se expresa en el poder de decisión y en el ejercicio de la libertad personal. Esto implica para los integrantes de la familia poder resolver ciertos aspectos de la vida personal, sin condicionamientos externos y optar por una autorregulación propia. El principio de la autonomía tiene una proyección en los institutos de la filiación, la responsabilidad parental, el régimen patrimonial del matrimonio, los efectos patrimoniales de las uniones convivenciales, como así también en la compensación económica entre otros. Sin embargo, también tiene límites específicos cuando se pone en conflicto con el interés superior del niño y la solidaridad familiar. La autonomía es un principio que debe ser tenido en cuenta para pensar las relaciones de familia, porque la voluntad es el punto de partida de las relaciones jurídicas. Sin embargo, no se puede dejar de tener en cuenta la relación

(*) Abogado. Doctor en Derecho. Esp. en Derecho de Familia. Esp. en Derecho Procesal. Prof. Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Prof. Abordaje interdisciplinario del sujeto en la sociedad actual, Escuela Superior en Leyes, Universidad de Morón. Integrante del proyecto de investigación Relación Cultura-Desarrollo con eje en Derecho a la cultura, los bienes, actividades y productos culturales asociados al Territorio, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

asimétrica que existe entre el hombre y la mujer que se expresa en desigualdades sociales. El desafío se encuentra en proteger a las personas vulnerables, conforme la obligación convencional asumida por los Estados, a fin de promover el ejercicio de los derechos humanos.

Palabras claves: autonomía - régimen patrimonial - compensación económica - filiación - responsabilidad parental

The autonomy of the will in family law and its relationship with some legal institutes

Abstract: *since the entry into force of the Civil and Commercial Code of the Nation, the autonomy of the will took on greater meaning. Autonomy is expressed in the power of decision and in the exercise of personal freedom, this implies for family members to be able to resolve certain aspects of personal life, without external conditions and opt for their own self-regulation. The principle of autonomy has a projection in the institutes of filiation, parental responsibility, the property regime of marriage, the property effects of cohabiting unions, as well as in economic compensation, among others. However, it also has specific limits when it conflicts with the best interest of the child and family solidarity. Autonomy is a principle that must be taken into account to think about family relationships, because the will is the starting point of legal relationships. However, I could not fail to take into account the asymmetric relationship that exists between men and women that express social inequalities. The challenge lies in protecting vulnerable people, in accordance with the conventional obligation assumed by the States, in order to promote the exercise of human rights.*

Keywords: *autonomy - patrimonial regime - financial compensation - filiation - parental responsibility*

I. Introducción

Ciertamente, la autonomía de la voluntad siempre estuvo presente en la legislación, pero seguramente que a partir de la reforma del Código Civil esta cobró un mayor sentido. Antes se encontraba casi exclusivamente reservada a los temas del derecho civil o del derecho comercial. Sin embargo, muy poca importancia tenía para el derecho de familia.

Si la reforma significó una reformulación de las instituciones jurídicas, cabe destacar que esta tuvo su acento en aquellas normas que regulan las relaciones familiares o su extinción. Con este trabajo quisimos repensar algunos aspectos, sabiendo que mucho se ha escrito al respecto a lo largo de los años de la vigencia del Código reformado, por lo que volvimos sobre aquello que nos dicen las normas para reflexionar sobre su interpretación e implementación; dos cuestiones

que a veces pueden tener proyecciones diferentes, pero cuando se unen hacen que el derecho sea algo coherente y sensato.

II. La proyección de la autonomía en el derecho de familia

Como bien señala Carlos Cossio, la investigación jurídica positiva vuelve sobre los hechos, comprendiendo que no hay otro derecho fuera del derecho positivo. Pero este derecho, al que nos referimos, no está compuesto por un conjunto de normas aisladas, sino que es concebido como ordenamiento jurídico, pues reconocemos en él características necesarias como la unidad y la jerarquía. Pero también podemos decir que el ordenamiento es pleno y hermético, porque el juez debe limitarse a lo establecido por las normas. Esta afirmación encuentra su fundamento en el principio lógico-jurídico que nos dice que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido (Cossio, 1941, p. 53).

En este orden de ideas, sostiene que las normas, en sí mismas, no son otra cosa que una representación conceptual de una valoración que realiza el legislador teniendo en cuenta algún grado de orden o de justicia: “así, pues, una ley además de la estructura con que se constituye y además de las determinaciones que contiene, representa una valoración jurídica” (Cossio, 1941, p. 80). Si podemos hablar de una axiología jurídica, no podemos dejar de reconocer ciertos valores que atraviesan el derecho de familia, tales como la autonomía y la solidaridad.

Así entendido, el principio de la autonomía de la voluntad puede ser visto como una proyección del derecho a ser libre. No obstante, el principio de la autonomía se encuentra plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones tales como la filiación y en la responsabilidad parental, en donde la autonomía se expresa en el poder de decisión y en el ejercicio de la libertad personal. Esto implica para los integrantes de la familia poder resolver ciertos aspectos de la vida personal sin condicionamientos externos y optar por una autorregulación propia.

III. La proyección de la autonomía en distintos institutos

Podemos destacar que el Código Civil y Comercial reconoce distintos tipos de filiación según lo establecido por el artículo 558 del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) reconociendo como fuentes la biológica filial, la naturaleza o biológica, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida. Si nos detenemos en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, podremos observar que la normativa pone acento en la voluntad procreacional como fuente de la filiación. Es por ello que, para establecer la filiación de una persona, concebida por técnicas de reproducción humana asistida, se prescinde totalmente del material genético. El dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una

persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas, como así lo dice el artículo 562 del Código Civil y Comercial, pues establece que los niños nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

En materia de adopción, por ejemplo, esta autonomía de la voluntad se observa en la capacidad progresiva del niño, niña o adolescente, que se encuentra con cierto grado de madurez, posibilita el ejercicio del derecho a conocer los orígenes en función de la edad suficiente y grado de madurez. En tal sentido se expresa el tercer párrafo del artículo 596 del CCiv. y Com., que señala: “El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles”.

El principio de interés superior del niño se entrelaza con la autonomía, por cuanto las normas nacionales y provinciales aseguran el derecho a ser oído. En el caso de la ley 26.061, el artículo 4 establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en todos los asuntos que les conciernan. Estas opiniones serán tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, en los ámbitos en que se desenvuelven, ya sean estos estatal, familiar, social, escolar, cultural y recreativo. En el caso de la Ley provincial 13.298, si bien no habla expresamente del derecho a ser oído, dice en su artículo 1 que tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás leyes que en su consecuencia se dicten.

IV. Limitaciones al ejercicio de la autonomía. Algunos casos regulados en el Código Civil y Comercial

La responsabilidad parental está regulada en el Código Civil y Comercial y coloca su atención en la vida íntima familiar y en el desarrollo autónomo de los integrantes de relaciones jurídicas familiares en un contexto de libertad e igualdad (Assandri, 2019, p. 184).

A modo ilustrativo pondré como ejemplo a la responsabilidad parental, cuya regulación trajo como consecuencia el reconocimiento del niño como sujeto de derechos. Si bien la responsabilidad se encuentra en cabeza de ambos progenitores y se manifiesta en un conjunto de deberes y facultades de los padres para con sus hijos, se encuentra destinada, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente, debiendo ser ejercida según la autonomía progresiva de los hijos, posibilitando la escucha de los mismos en todas las cuestiones que

resulten de su interés (artículo 639, CCiv. y Com.). En este punto hay que destacar que la autonomía progresiva del hijo se presenta como una limitación de la responsabilidad parental, ya que esta depende de sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. De tal forma que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

El concepto de capacidad progresiva, que se tiene mucho que ver con la autonomía, se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta nueva forma de entender la infancia también modifica el modo de comprender los vínculos entre padres e hijos. El desarrollo de la capacidad en el niño, niña o adolescente, no es visto valorando la edad adquirida, sino también el grado de madurez que esta pueda tener para poder tomar decisiones que afectan directamente a su vida. El niño o el joven es considerado un sujeto de derecho, que puede ejercer sus derechos por sí mismo, según sus aptitudes y condiciones madurativas. Esto implica, por parte del derecho, el reconocimiento de la autonomía en forma progresiva, como base para el ejercicio de sus derechos. Bien puede tomarse como referencia lo establecido por el artículo 644 del CCiv. y Com., en tanto establece que “los progenitores adolescentes, estén o no casados, o vivan con sus padres, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud”. Este adolescente, como lo significa el artículo 25 del CCiv. y Com., como aquella persona que se encuentra entre los 13 y los 18 años, quien, sin haber adquirido todas las habilidades, tiene capacidad según su grado de madurez y desarrollo a ejercer la responsabilidad en relación con sus hijos.

No obstante, dicho artículo le asegura al progenitor que ejerce la responsabilidad parental del progenitor adolescente, la posibilidad de oponerse e intervenir, en el caso de decisiones trascendentes que puedan ser perjudiciales para el niño, con el objeto de preservar su adecuado desarrollo. Otra de las posibilidades es la de intervenir en forma directa, cuando existe una omisión del progenitor adolescente en el cuidado de sus hijos. Por último, el asentimiento de los progenitores adultos debe integrarse al consentimiento de los padres adolescentes cuando se pone en juego decisiones que ponen en juego la vida o integridad del niño.

No obstante, otro límite a la autonomía de la voluntad es el referido a la solidaridad familiar. Lo prescripto por el artículo 455 del CCiv. y Com. no hace más que establecer el deber de contribución entre los cónyuges cuando se trata del sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes. Obligación que se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad con capacidad restringida o con discapacidad, que fuere hijo de alguno de los cónyuges que conviven con ellos. Esta obligación patrimonial a los integrantes del matrimonio y de la unión convivencial se concretiza en la contribución, para sostener el hogar, en lo referido a los

gastos cotidianos y el mantenimiento de los hijos de ambos o de alguno de ellos que conviva en el hogar familiar. El proyecto de vida en común lógicamente implica la obligación de asegurar la estabilidad económica del hogar, a fin de asegurar una vida digna. Todo ello, fundado en el principio de la solidaridad familiar que, si bien restringe la libertad de los cónyuges, procura asegurar un bien mayor, como es la integridad familiar, en tanto que el sostenimiento económico del hogar es indispensable para llevar sin sobresaltos la vida común.

Este artículo incorpora la perspectiva de género, ya que indica que dicha contribución debe realizarse *en función de los recursos* de cada uno de los cónyuges. Reconociendo de esta forma el trabajo doméstico, en tanto que uno aporta su trabajo en el hogar, mientras que el otro cónyuge puede aportar un salario mensual, gracias a que el primero realiza los trabajos de cuidado, el cual debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar específicamente dichos recursos.

Otro de los casos interesantes es el que presenta el artículo 456 del CCiv. y Com., que nos habla del asentimiento del otro cónyuge en los casos en que se disponga de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables. La exigencia de la conformidad que debe prestar el cónyuge no enajenante, a fin de validar el acto de disposición del otro cónyuge. Esta restricción a la libre disposición encuentra su justificación en la protección de bienes necesarios para lograr la realización personal de los integrantes del núcleo familiar. Esta norma debe ser considerada como la proyección del derecho humano a la vivienda familiar, la limitación de la autonomía para dar paso al principio de la solidaridad, pues no puede dejar de reconocerse que la solidaridad puede imponerse por encima de la voluntad individual por ser considerada un valor jurídico positivo (Garate, 2011, p. 351).

V. Causas de extinción de la comunidad y la autonomía de la voluntad

Si proyectamos lo anteriormente dicho sobre la autonomía y la solidaridad, bien podemos enfocarnos en una de las cuestiones importantes en el derecho de familia referido a la extinción de la comunidad de bienes, que se encuentran taxativamente establecidos en el artículo 475 del CCiv. y Com. al enumerar las siguientes causas: “muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, la anulación del matrimonio putativo, el divorcio, la separación judicial de bienes, y también la modificación del régimen matrimonial convenido”.

Podemos hacer la salvedad de que, entre todas estas causas, la muerte del cónyuge puede ser considerada como una causa que, en principio, no se relaciona con la autonomía por resultar ajena a la voluntad del otro cónyuge. La muerte del cónyuge también se encuentra prevista como causa de disolución del matrimonio en

el artículo 435 del CCiv. y Com., lo cual nos parece interesante para poner de resalto la coherencia normativa que nos trae esta codificación. Porque la disolución del matrimonio importa la extinción del contenido de la relación jurídica matrimonial, de tal forma que la extinción del matrimonio producto de la voluntad de las partes (divorcio) o como resultado de causas naturales como el caso del fallecimiento, el cual provoca el nacimiento de otros derechos que surgen o se modifican con la muerte, como así también la consecuente disolución del vínculo matrimonial, el cambio del estado de familia al ostentar el estado de viudo o viuda, que, además, actualiza la vocación sucesoria respecto del esposo fallecido, permitiendo que el cónyuge supérstite concorra al sucesorio como heredero forzoso, pudiendo ejercer los derechos y acciones del heredero forzoso.

El divorcio como causal de extinción se encuentra directamente relacionada con la voluntad de las personas que produce la resolución de la comunidad, ya que acaece la disolución del matrimonio. Cabe hacer la salvedad que, en el caso de la extinción de la comunidad, esta tiene efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges en el caso del divorcio unilateral. En tanto que, en el caso del divorcio bilateral, se entiende que la extinción se produce al momento de la presentación conjunta de la demanda o al momento de la separación de hecho en el caso que exista acuerdo en la fecha de ruptura de la convivencia.

En el caso de la separación judicial de bienes, que encuentra su causa en la mala administración de los bienes del matrimonio por parte de uno de los cónyuges, al igual que en el divorcio, la extinción de la comunidad tiene efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (artículo 480, proyecto del CCiv. y Com.). Sin perjuicio de ello, tanto en el divorcio como en la separación judicial de bienes el juez queda facultado para modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

VI. La autonomía en el régimen patrimonial

Resulta posible modificar el régimen de comunidad por el de separación de bienes, o viceversa. No obstante, es bueno tener en cuenta que esta opción queda reservada a las parejas conformadas por personas mayores de edad, pues las parejas conformadas por personas menores de edad están excluidas de poder ejercer esta opción, como así queda establecido por el artículo 450 del CCiv. y Com. Recordemos que la modificación del régimen patrimonial del matrimonio extingue la comunidad de ganancias, pero puede ser modificado cuando voluntariamente las partes solicitan la separación judicial de bienes con motivo del cese de la cohabitación (artículo 477, inciso c]).

Los cónyuges pueden optar por el régimen de separación de bienes. De no hacerlo, la normativa señala que el patrimonio se regule bajo un régimen supletorio llamado de comunidad de ganancias, que comienza a regir ante la falta de opción (artículo 463 del CCiv. y Com.). Por lo tanto, la elección expresa o tácita del régimen patrimonial no es algo que deba ser permanente, ya que puede modificarse. Es por ello que el Código tiene en cuenta que la extinción de la comunidad se produce cuando los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes.

VII. El juego entre la autonomía y el régimen patrimonial

El régimen patrimonial del matrimonio puede modificarse si los cónyuges voluntariamente acuerdan su modificación firmando una convención matrimonial bajo la forma de una escritura pública. Este acto puede ser realizado de forma previa a la celebración del matrimonio o luego de un año luego de la celebración del matrimonio, plazo durante el cual se considera que la relación patrimonial quedó regulada bajo el régimen de la comunidad. No menos importante resulta la inscripción en el Registro Civil de la convención, a fin que esta tenga efectos para los terceros y les pueda ser oponible.

El principio de la autonomía de la voluntad se admite dentro del régimen patrimonial del matrimonio. Los cónyuges ejercen la libertad para pactar según su criterio el régimen patrimonial que regirá su matrimonio, ya se mantengan en el régimen de la comunidad o se decidan por el régimen de separación de bienes.

La ventaja del régimen de separación de bienes está dada por la inexistencia de bienes que puedan ser clasificados como gananciales. Cada uno de ellos sigue administrando y disponiendo libremente sus bienes, y solo se responsabiliza por las deudas que él contrae. Solo encuentra ciertas limitaciones que imponen las normas, las cuales tienen que ver con las disposiciones comunes para todos los regímenes, entre los cuales deben incluirse los gastos para el sostenimiento del hogar y la manutención de los hijos (artículo 461 del CCiv. y Com.).

Si no se realiza la opción, la legislación propone el régimen de comunidad de ganancias como sistema general. El Código permite la modificación del régimen por el de separación de bienes, pero con las condiciones establecidas por el artículo 449 del CCiv. y Com., por lo que se requiere un convenio bajo la forma de escritura pública, la cual debe ser inscripta en el Registro Civil, cambio que solo puede ser realizado luego de 1 año de haber permanecido en el régimen de comunidad.

No es un tema menor la cuestión de los acreedores, quienes pueden solicitar que se torne inoponible conforme la previsión legal, al cambio si esta situación

los perjudica. Se establece como plazo para la oposición de 1 año desde que fue conocida la inscripción, a fin que esta no lo afecte en sus intereses.

En el caso del régimen de la comunidad, con más razón, deben considerarse las obligaciones comunes, como la contribución al sostenimiento del propio hogar y al de los hijos, tanto sean estos comunes o de uno de los cónyuges, mientras estos sean menores de edad o con capacidad restringida que convivan con el grupo familiar. Esta obligación común debe ser afrontada por ambos cónyuges, pero no necesariamente en partes iguales, porque depende del nivel de ingresos que tenga cada uno de ellos. Dicha obligación, como toda obligación jurídica, puede ser objeto de demanda para que se le dé cumplimiento (artículo 455 CCiv. y Com.). De alguna forma, hay que leer este artículo teniendo en cuenta que el Código toma en cuenta y protege especialmente a la vivienda única familiar la cual puede ser inscrita en el registro correspondiente para hacerla oponible a terceros. De este modo no puede ser afectada por deudas posteriores a su inscripción, salvo las expresamente establecidas como expensas, impuestos, tasas y contribuciones; obligaciones alimentarias; deudas por construcciones; deudas hipotecarias en las que el cónyuge haya prestado su conformidad (artículo 250 del CCiv. y Com.).

VIII. La separación judicial de bienes y el ejercicio de la voluntad

Existen dos formas para lograr la separación judicial de bienes. Una de ellas es respetando la autonomía de la voluntad por medio de un acuerdo entre las partes. La otra forma es de modo unilateral, por medio de la apertura de la instancia judicial, con la presentación de una demanda, solicitando que se dividan los bienes, fundado en la mala administración de los bienes por parte de uno de los cónyuges, que podría poner en peligro la permanencia de estos en el patrimonio familiar.

La separación de bienes provoca que cada uno de los cónyuges pueda administrar libremente sus bienes y disponer de ellos, sin necesitar del asentimiento del otro (artículo 505 del CCiv. y Com.). El único límite está dado en lo referido a la vivienda familiar y a los bienes muebles indispensables para el desarrollo cotidiano de la vida familiar, dado que, en este caso, no se puede prescindir del asentimiento, en el caso de tener que disponer de dicho bien. El instituto de la separación de bienes tiene como objetivo que el cónyuge responda por las deudas que él contraiga con su propio patrimonio y que no se vea perjudicado el otro cónyuge, teniendo que responder por deudas que no fueron contraídas por él, sin perjuicio de aquellas obligaciones que tienen como presupuesto la solidaridad familiar, fundadas en el deber de contribución en los gastos de educación, salud y alimentos de los hijos menores, sean estos comunes o propios de alguno de los cónyuges, como así también de los discapacitados, sin limitaciones de edad y que formen parte del grupo familiar conviviente (artículo 461 del CCiv. y Com.).

El artículo 477 del CCiv. y Com. establece taxativamente los motivos por el cual se puede solicitar la separación judicial de bienes, como ser:

- 1) La mala administración de uno de los cónyuges que ponga al peticionante en peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.
- 2) El concurso preventivo y la quiebra. En este caso, el peligro de perder derechos patrimoniales se hace más patente que en el inciso anterior, por lo que resulta lógica esta causal.
- 3) La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse. Este es el caso de quienes rompen con la relación sentimental que los unía, pero no solicitan el divorcio de forma inmediata. Este podría ser el caso del abandono por parte de uno de los cónyuges. Bien cabe aclarar que el divorcio provoca la extinción del régimen patrimonial de la comunidad y este inciso pretende resguardar el patrimonio de quien podría encontrarse en esta situación (artículo 475 del CCiv. y Com.).
- 4) La designación de curador de uno de los cónyuges a un tercero por incapacidad o excusa del otro. En este caso uno de los cónyuges es declarado incapaz y el otro no asume como apoyo de este, por lo que se designa a un tercero que administre los bienes. Resulta lógico, en este caso, para evitar confusiones en la disposición de los bienes que se otorgue la posibilidad de solicitar la separación de estos.

El momento de la separación de bienes tiene efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda. Por lógica, este es el mismo momento que debe tenerse en cuenta para considerar extinguida la comunidad.

En conclusión, si se tratara de un matrimonio que no hubiera realizado ninguna opción o si hubiera optado por el régimen patrimonial de comunidad, al momento de la finalización del matrimonio ambos cónyuges se repartirían los bienes que han resultado de la liquidación y que fueron adquiridos durante la vida matrimonial, con independencia de cuál de los cónyuges hubiera adquirido tales bienes. Pero si los cónyuges hubieran optado por la separación de bienes, nada se repartirá, cada cónyuge mantendrá en su patrimonio aquello que hubiera adquirido en función de su trabajo fuera del hogar.

IX. El ejercicio de la voluntad en las uniones convivenciales

La regulación que propone el Código sobre las uniones convivenciales nos permite descubrir que en la mente del codificador se encuentra la preocupación de regular los distintos tipos de uniones familiares, sean estas estructuradas o

desestructuradas, y reconoce, de esta forma, la autonomía de la voluntad, toda vez que los convivientes pueden decidir formalizar la convivencia o mantenerse en un plano totalmente informal. Todo ello sin dejar de lado los límites establecidos por la responsabilidad familiar, la cual encuentra su fundamento en el valor de la solidaridad entre los integrantes del grupo familiar. Los adultos resultan ser igualmente responsables por el desarrollo y contención de los menores a su cargo. El marco jurídico que regula este instituto de la unión convivencial responde al principio de la protección integral de la familia, por lo que estas normas deben ser interpretadas desde esta perspectiva particular.

La registración de la unión es a los fines de facilitar la prueba de la unión. Entre otras cosas, resulta importante frente a terceros acreedores, en tanto que esta es una forma de proteger a la vivienda familiar, no solo porque se necesitará del asentimiento del conviviente para disponer de ella, sino también porque se la protege de posibles ejecuciones por deudas contraídas con posterioridad a la inscripción. Pero como requisito para poder inscribir el pacto de convivencia, es necesario que la convivencia tenga al menos 2 años de duración (artículo 510 del CCiv. y Com.). No obstante, estos pactos pueden regular la forma de contribución y distribución de cargas, la atribución del hogar y distribución de bienes en caso de ruptura.

Si bien el artículo 513 del CCiv. y Com. señala la autonomía de la voluntad, esta encuentra su límite en el orden público, la igualdad y los derechos fundamentales. En este sentido, deben tenerse en cuenta los tratados de derechos humanos, que resultan ser parte del ordenamiento jurídico argentino (artículo 1 del CCiv. y Com.).

Los pactos convivenciales tendrán validez entre las partes desde el momento de su celebración, y frente a terceros desde el momento de su registración. El cese de la convivencia extingue inter partes de plenos derechos los efectos hacia el futuro, pero, con relación a los terceros, se exige la registración de dicha ruptura para que le sea oponible (artículo 517 del CCiv. y Com.).

El Código no ha previsto un régimen patrimonial que regule las relaciones económicas entre los convivientes. En este caso, solo se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. Esto significa, entonces, que cada integrante de la unión convivencial ejerce libremente la administración y disposición de los bienes de su titularidad, salvo las restricciones reguladas en relación con la vivienda familiar y sobre los muebles indispensables para la convivencia, exigiéndose el asentimiento del otro conviviente, para poder disponer de ellos. La otra restricción se encuentra referida a las contribuciones del hogar. Recuérdese que los gastos domésticos tienen que ver con los gastos de alimentos a favor de los hijos menores sean estos comunes, propios o discapacitados (sin límite de edad para este caso), siempre que sean convivientes. Tal vez una propuesta en este sentido podría ser

la modificación del artículo 518 del CCiv. y Com. para que el pacto sea obligatorio, con la finalidad de procurar que la mayor parte de los convivientes tengan asegurados más derechos, y que la excepción sea la no regulación, que debería ser inscrita en el Registro Civil. Dicha propuesta es en función de evaluar distintos casos de extinción de uniones convivenciales, luego de haber permanecido distinto tiempo de un proyecto familiar y quedar totalmente desprotegido patrimonialmente, al momento de la desvinculación.

La estructura normativa de la unión convivencial tiene en cuenta el principio de la solidaridad familiar en relación con las necesidades ordinarias del hogar o sostenimiento y educación de los hijos. Sin perjuicio de que se regule la responsabilidad solidaria en relación con las deudas frente a terceros en el caso de tratarse de este tipo de gastos, a los cuales nos referimos. Este principio de la solidaridad familiar vuelve a cobrar protagonismo en el tema de las uniones convivenciales, en relación con la vivienda familiar. La atribución de la vivienda en caso de cese de la unión convivencial está prevista siempre que no exista pacto en contrario. Existen dos criterios para asignar la vivienda (artículo 526 del CCiv. y Com.):

- 1) Tener a cargo el cuidado de los hijos menores de edad con capacidad restringida o discapacidad.
- 2) Acreditar la extrema necesidad de vivienda o la imposibilidad de procurársela.

Se fija en estos casos un plazo máximo de dos años para el uso de la vivienda. Es importante tener en cuenta que el codificador está regulando el derecho de vivienda del conviviente y no el de los niños. El derecho alimentario de los hijos se encuentra protegida por el artículo 659 del CCiv. y Com., que establece como obligación de ambos progenitores satisfacer las necesidades habitacionales de los hijos.

No obstante, el artículo 528 del CCiv. y Com. pone un fuerte acento en la autonomía de los convivientes, pues sostiene que, a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder. Esto último tiene por fin que el otro no se aproveche del bien ingresado o se beneficie con un derecho que le corresponde al otro conviviente.

Por otro lado, el derecho sucesorio también tiene cierto reconocimiento a la autonomía de la voluntad si lo pensamos desde los derechos de los convivientes, puesto que, por medio del testamento, los convivientes pueden heredar. Esto es posible porque las porciones legítimas diferidas por ley les otorgan a los herederos

forzosos una porción legítima de dos tercios, a los ascendientes de un medio y al cónyuge de un medio, por lo que el testador puede disponer libremente del resto (artículo 2445 del CCiv. y Com.). Esto nos indica que se podría testar a favor del conviviente.

X. El infaltable tema de la compensación económica

No menos importante resulta ser el tema de la compensación económica, porque este instituto también tiene en cuenta la autonomía de la voluntad que, si bien aparece como uno de los temas regulados para el cese del matrimonio por divorcio (artículo 441 del CCiv. y Com.) o el cese de la unión convivencial (artículo 524 del CCiv. y Com.), también se encuentra previsto para el caso de la nulidad matrimonial (artículo 428 y 429 del CCiv. y Com.). El dato fáctico para que esta pueda darse es el desequilibrio económico entre los cónyuges o convivientes que la ruptura de la convivencia pudiera generar. Su objetivo es compensar el desequilibrio económico que dicho quiebre pudiera producir entre quienes compartían una vida en común, sea matrimonial o convivencial. La finalización de tal proyecto familiar puede provocar en alguno de sus miembros desequilibrios económicos, especialmente cuando la convivencia haya producido una desigualdad en la capacidad para generar ingresos por sí mismo y que el régimen patrimonial del matrimonio no puede solucionar, ya que no se trata de dividirse los bienes que tenían en común, sino en afrontar los gastos de la vida diaria. Esta situación bien podría ser previamente prevista por medio de un convenio previo. Sin embargo, también se podría pactar con posterioridad a la ruptura de la relación.

Las condiciones para que se dé la compensación económica, tanto en el matrimonio como en la unión convivencial son: 1) que exista un desequilibrio económico manifiesto en un cónyuge o en el conviviente; 2) que este desequilibrio implique un empeoramiento de su situación económica y 3) que la causa se encuentre ligada directamente a la ruptura, matrimonial o al cese de la unión convivencial. Por ejemplo, el caso del conviviente que trabajó en el negocio de su pareja y porque se produce la ruptura no puede seguir trabajando en el emprendimiento.

Esto significa que la compensación económica no puede ser otorgada en todos los casos de ruptura de la pareja, sino solo en tanto que se puedan probar estas tres circunstancias. Deberá tenerse en cuenta la colaboración en la actividad lucrativa de su pareja, la concreta situación patrimonial en la que quede, la edad, para determinar si puede insertarse en el mercado laboral o rearmarse económicamente. También es importante establecer el estado de salud, lo cual puede ser limitante para poder trabajar o tener un futuro crecimiento económico. La dedicación a la educación y la crianza de los hijos menores, en tanto que de este modo se ha resignado un ingreso económico o un desarrollo laboral. Pero también el

acceso al mercado de trabajo, y la calificación profesional, porque de encontrar alguna traba por edad, salud o conocimiento, debe ser considerado para acceder a la compensación económica. El artículo 442 para el caso del matrimonio y el artículo 525 del CCiv. y Com. en el caso de las uniones convivenciales establecen las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la compensación económica.

El juez no puede realizar un análisis meramente cuantitativo, pues habrá que tener en cuenta la capacidad profesional de cada uno, como así también considerar quien se queda con el cuidado de los hijos, teniendo en cuenta su edad y capacidades, lo cual puede ser limitante para la elección de una actividad laboral. Estas circunstancias bien pueden servir de criterios para determinar alguna cuantificación en la determinación de la compensación. El juez deberá evaluar el tiempo de duración de la compensación y el monto de la misma.

El empeoramiento de la situación económica es otro requisito que deberá tenerse en cuenta. Esta situación debe tener como causa directa la ruptura de la relación sentimental, en tanto que resulta imposible mantener el mismo nivel de vida que aquel que se llevaba durante la relación. Un claro ejemplo lo encontramos en los divorcios de adultos mayores, en las separaciones de personas en donde uno de ellos no tiene una instrucción suficiente, que le permita una rápida inserción en el mercado laboral. Las mujeres que han tenido a lo largo de la convivencia tareas de cuidado y que no se han capacitado suficientemente para el desarrollo de alguna actividad. Personas que en el futuro no pueden tener ninguna independencia económica tienen fuertes limitaciones para reconstruir su vida.

El convenio regulador que debe presentarse en la demanda de divorcio puede establecer entre sus cláusulas una propuesta sobre la compensación económica que pueda beneficiar al otro cónyuge. Por lo tanto, la ley prevé la posibilidad de acuerdo sobre este tema, respetando la autonomía de la voluntad de las partes durante el proceso judicial (artículo 439 del CCiv. y Com.).

Es claro que la compensación tiene que ver con una “deuda” frente al cónyuge o conviviente, que se basa en el principio de la solidaridad familiar de no poder dejar desamparado a la persona que compartió un proyecto común y se encuentra enfermo, ya que tendrá serias dificultades para conseguir empleo o dedicó su vida al cuidado de los hijos.

Se debe tener en cuenta que, en el caso del matrimonio, todo divorcio produce la ruptura del régimen patrimonial que le es propio, ya sea este el de la comunidad o el de separación de bienes, pero no todo divorcio provoca la compensación económica porque es necesario que se dé el desequilibrio económico que implique un empeoramiento de la situación de un cónyuge, como

causa de la ruptura de la matrimonial. Esto no quita que ambos deban tener en cuenta las disposiciones comunes de todo régimen, basados en la solidaridad familiar y que apelan a la contribución en el hogar, el hogar familiar y bienes muebles registrables (artículo 441 y siguientes del CCiv. y Com.). Es importante resaltar que las tareas de cuidado son consideradas como parte del aporte en la contribución del hogar, mientras que el otro su contribución la hará efectiva de manera pecuniaria. El cónyuge o conviviente que asume las tareas de cuidado se encuentra en situación de desventaja frente a aquel cónyuge o conviviente que desempeñó tareas laborales o profesionales y hubiera podido realizar tareas de capacitación profesional, porque esto redundaría en un beneficio de tipo patrimonial independientemente del capital ganancial que se pudiera haber generado.

Generalmente es la mujer quien padece el desequilibrio que provoca la ruptura matrimonial, porque permaneció al cuidado del hogar realizando tareas no remunerativas que beneficiaron a todo el grupo familiar. La compensación económica viene a corregir este desequilibrio, que pudiera ser sumamente perjudicial en el sistema de separación de bienes, en donde cada uno luego de la ruptura mantiene su patrimonio intacto, con más los incrementos que se hubieran realizado durante la vigencia del matrimonio. Mientras que, en el sistema de comunidad de ganancias también se puede producir este desequilibrio, sin embargo, este sistema encuentra el beneficio de la partición de bienes, que igualmente puede resultar deficitario, en el caso que existan pocos bienes o no se encuentren bienes para repartir. En uno y en otro caso, el juez deberá fundamentar con cuidado los motivos por los cuales otorgará o impedirá que se asigne una compensación.

A contrario sensu, de no darse la compensación económica se produciría un enriquecimiento sin causa por parte del otro cónyuge o conviviente, dado que se aprovecharía de los bienes ingresados, sin reconocer las tareas que pudieron demandar el hogar y de lo cual se aprovechó, e impediría, en muchos casos, un desarrollo laboral o profesional, teniendo en cuenta los tiempos y las limitaciones que implica el cuidado de los hijos.

La compensación económica, que según el punto de vista que se la mire parece tener un sentido alimentario o acercarse a una indemnización por daños y perjuicios, está centrada en la solidaridad familiar y ofrece la posibilidad de asegurar un proyecto individual hacia el futuro, a partir de la ruptura del vínculo sentimental.

Bien podríamos decir que el artículo 441 del CCiv. y Com. establece los criterios generales para posibilitar la atribución de la compensación: 1) estado patrimonial al momento del inicio de la relación, en comparación con estado patrimonial al momento de la disolución; 2) realización de tareas de cuidado del hogar y contención de los hijos, considerando si esta fue la única actividad desarrollada

específicamente por una de las partes. No obstante, en este sentido, es importante tener en cuenta la duración de la relación, el cual no es un dato menor que implica determinar la inversión de tiempo que le dedicó al cuidado y en el otro caso que le seguirá dedicando; 3) edad del cónyuge, en tanto que la edad puede resultar limitante para iniciar una vida independiente; 4) capacitación laboral que le permita una reinserción; 5) colaboración prestada en actividades comerciales o profesionales, pero también la ayuda prestada, para que el otro pudiera desarrollarse profesionalmente; 6) atribución de la vivienda familiar, teniendo en cuenta si esta cae sobre un bien de carácter propio de uno de los cónyuges o si la vivienda familiar es un bien alquilado, determinando en este caso quien abona el alquiler de dicho inmueble.

XI. Un caso paradigmático de compensación económica

El fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, en los autos caratulados “P., S. S. C/ B., C. F. s/incidente familia”, en fecha 24 de mayo de 2022, ha dicho lo siguiente sobre la compensación económica:

Que resulta evidente que este instituto tiene como objetivo compensar el desequilibrio económico en el que pudo quedar uno de los cónyuges respecto del otro, que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, evitando así que el divorcio produzca un enriquecimiento de uno de los cónyuges a costa del empobrecimiento del otro. Es decir, fruto de la unión conyugal, uno de los contrayentes se vio beneficiado por el accionar del otro, el que a su vez resignó un empleo, la posibilidad de estudiar y formarse, para sostener el proyecto de vida en común (artículo 431 CCiv. y Com.) (...). De esto se desprende claramente que el instrumento en estudio no tiene su basamento sólo en la solidaridad familiar; sino que encuentra su principal soporte en la justicia y la equidad (...). Y en tal sentido se expidieron las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en 2017, concluyendo, por mayoría, la autonomía de su naturaleza jurídica (...). El artículo 442 del CCiv. y Com. establece que ante la falta de acuerdo de los cónyuges, como se da en el caso de marras el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales

o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado (...). Pues bien, cabe recordar, ahora que, al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una 'fotografía' del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición. (p. 5)

Esta situación se produce cuando, iniciada la convivencia o vida conyugal, se acuerde que uno se dedique a las tareas de cuidado y las actividades del hogar en beneficio del resto de los integrantes de la familia, sin pensar en una posible futura ruptura de la relación afectiva. De producirse el cese de la relación, este queda en una situación de desventaja evidente para enfrentar la nueva realidad, la cual puede traducirse en un perjuicio económico. Mientras uno se desarrolla laboralmente o se capacita, el otro pone su atención en el cuidado de los hijos y en realizar las tareas cotidianas del hogar. Esto es lo que el Código llama desequilibrio económico, el cual tiene por causa el divorcio o el cese de la convivencia.

La compensación económica pretende resguardar al cónyuge o conviviente más vulnerable para que pueda reconstruir su nivel de vida conforme la labor desarrollada durante la convivencia, por ejemplo, cuando uno presta colaboración en la empresa familiar que permanece en cabeza de uno de los cónyuges, con motivo de la ruptura de la relación, mientras que el otro se ve obligado a buscar un nuevo empleo.

Un tema interesante es la transversalidad de la perspectiva de género con una institución como la compensación económica. Sobre todo, porque alguno puede pensar que teniendo en cuenta esta perspectiva, bastaría reconocer que una de las partes es una mujer y, por lo tanto, el juez debe hacer lugar, sin más, a su petición. Pero esta perspectiva no se encuentra vinculada con las características de quien lo peticiona, sino en una relación de poder que marca una patente desigualdad de relaciones entre el varón y la mujer, y la torna vulnerable a sufrir un perjuicio de tipo económico que afectará necesariamente su futuro.

No podemos dejar de tener en cuenta que la perspectiva de género debe ser concebida como un principio jurídico. Esta afirmación encuentra su fundamento en lo establecido por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en su declaración de principios sostiene que debe recordarse que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana y dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social,

económica y cultural, lo que constituye un obstáculo para el alimento del bienestar de la sociedad y de la familia y entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer, encontrándose convencidos que un nuevo orden económico internacional, basado en la equidad y la justicia, contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer. Asimismo, se establece que los Estados partes convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y se comprometen a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

XII. Sobre reglas y principios jurídicos

Los sistemas jurídicos no solo están compuestos por reglas de derecho, como las normas generales, sino también por principios jurídicos. Estos pueden ser reconocidos porque son aplicados por los operadores jurídicos con la intención de obtener una sentencia que pueda ser considerada válida y correcta. La decisión judicial puede encontrar su justificación en la aplicación de los principios. Entendemos que los principios jurídicos no determinan la resolución del caso, sino que solamente proporcionan razones que fundamentan la decisión. Ellos permiten construir una argumentación razonable, aportando criterios decisivos. No obstante, también le reconocemos que los principios tienen mayor peso frente a situaciones en las que pueden producirse colisiones entre distintas reglas. En el tema que nos toca, podríamos reconocer que, si una norma perjudica o pone en una situación de vulnerabilidad a la mujer, por aplicación de la perspectiva de género debería solicitarse la inconstitucionalidad de dicha norma. Por lo tanto, los principios se diferencian esencialmente de las reglas en un sentido cualitativo, y nos imponen su optimización en la mayor medida fáctica y jurídica posible. Esto debe interpretarse como un problema de optimización de derechos, porque la aplicación del principio jurídico favorece la efectividad de los derechos humanos. Esto nos permite concluir que un juez que aplica una regla jurídica tiene que estar seguro que no infringe ningún derecho fundamental y que, en su decisión, optimiza la mayor cantidad de derechos. Los principios pueden ser reconocidos como *mandatos de optimización*, en tanto que su aplicación exige siempre su máxima realización, porque se imponen por sí mismos, dado que se encuentran fundados en prescripciones jerárquicamente superiores, como los son las normas constitucionales o convencionales. Su correcta utilización depende de efectivizar la mayor cantidad de derechos. Un principio como lo es la perspectiva de género tiene por objeto asegurar a la mujer todos los derechos, a fin de evitar toda discriminación y provocar un trato igualitario.

Los principios son necesarios para la construcción de un razonamiento judicial, siempre que se pretenda brindar fundamentos sólidos a la sentencia. El discurso jurídico desarrolla con sentido lógico un conjunto de argumentos de mayor o menor peso, pero siempre congruentes, a fin de legitimar dicho discurso. No hay posibilidad de construir una sentencia que alcance cierto grado de corrección sin tener en cuenta los derechos humanos y los principios jurídicos que de ellas se derivan. Este discurso no hace más que ofrecernos una comprensión lógica y axiológica de los hechos, tomando como referencia aquello que nos dice el derecho (Cueto Rúa, 1994, p. 126).

No obstante, podríamos preguntarnos si un principio debe aplicarse por su sentido imperativo, sin más cuestionamientos que apelar a su vinculación con derechos constitucionales o convencionales. Ante ello, podemos tener en cuenta que la perspectiva de género aplicada específicamente a la compensación económica necesita de una base fáctica que habilite su aplicación. Esto significa que la perspectiva no significa conceder todo lo que una de las partes solicite, sino que debe realizar un análisis axiológico de los hechos alegados, a fin de evaluar lo petitionado. El juez no puede dejar de considerar los elementos de prueba, acercados por cada una de las partes que permitan valorar la concreta circunstancia a fin de asegurar la igualdad y no discriminación.

XIII. Un análisis del discurso jurídico desde la óptica de la argumentación

En esta materia es importante tener en cuenta lo dicho por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en los autos vinculados “M. L. F. c/ C. M. E. s/materia a categorizar”, en el voto del Dr. Torres la línea argumental se centra en un análisis teleológico de la norma aplicable, teniendo en cuenta no solo la finalidad del texto legal sino también los convenios internacionales y, por otro lado, realiza un análisis axiológico, en el que reconoce que el apego a las formalidades puede ser un desvalor que puede llevarnos a una solución totalmente injusta.

Sostiene que la compensación económica es una acción de contenido patrimonial, derivada de las relaciones familiares, y que se estructura sobre un factor estrictamente objetivo, el desequilibrio económico, dejando de lado toda otra consideración o imputación subjetiva.

En el caso en cuestión, afirmó que debería suspenderse el cómputo del plazo de caducidad legal hasta tanto no se concluya con los otros procesos vinculados a la discusión de las relaciones familiares. Sin embargo, no podemos apartarnos del fin buscado por la norma al estipular un plazo perentorio de caducidad. Sobre todo, si se tiene en cuenta lo establecido por el artículo 2º del CCiv. y Com.

Cuando, al referirse a la interpretación, indica que, en primer lugar, debemos atenernos a las palabras de la ley.

Pese a ello, un apego estricto a la norma generaría una injusticia y un perjuicio irreparable a los derechos de la recurrente de acceder a la justicia (artículo 706 del CCiv. y Com.). Las particularidades que encierra el caso invitan a matizar las normas que entran en juego. El plazo de caducidad tiene como misión brindar seguridad jurídica; dicho plazo legal impide ejercer el derecho que se ha dejado de usar.

No obstante, desde una mirada constitucional y convencional existe una obligación reforzada a la hora de garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Asimismo, no puede dejarse de tener en cuenta la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

En su voto, la Dra. Kogan, si bien adhirió a lo dicho por el Dr. Torres, agregó una línea argumental que se centra en una interpretación del caso y de la norma aplicando la perspectiva de género, porque asegura una tutela efectiva de derechos constitucionales y convencionales. Esta perspectiva de género, para nosotros, resulta ser un principio jurídico que atraviesa el derecho, en tanto se presenta como criterio interpretativo de toda norma, desde la cual debe leerse el derecho si se pretende que su aplicación sea coherente con lo establecido con las normas de superior jerarquía normativa, como lo es en el caso de la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales.

En este voto se sostiene que el reclamo económico se encuentra dentro de una situación de desequilibrio estructural, donde se debe tener en consideración que las mujeres en general se encuentran en una relación asimétrica respecto de los hombres en su capacidad económica, circunstancia que encuentra en gran medida su causa en tratos diferenciados en cuanto al nivel salarial en el mercado laboral, donde a su vez sufren las mayores tasas de desempleo. Por ello, cuando se discute sobre la compensación en los términos del artículo 525 del Código Civil y Comercial, se debe tener en cuenta la perspectiva de género. Esto implica que no se puede realizar una aplicación neutral de las normas, sino que debe tenerse en cuenta lo establecido por la Constitución y las Convenciones, a fin de generar una tutela efectiva de los derechos establecidos por estas.

Si quien solicita la compensación económica ofreció prueba sobre ello en otro expediente conexo en el que, por ejemplo, se discute la existencia de la unión convivencial y el juez dispuso que debería ser encausado por la vía procesal pertinente, el plazo de caducidad debería contarse desde el dictado de la sentencia que reconoce la unión convivencial. De lo contrario, se burla este derecho si se toma la fecha de cese para contabilizar la caducidad de la acción, en clara desprotección

de la persona vulnerable. De más está decir que es obligación de los jueces interpretar las normas con una visión de género, siendo un compromiso asumido por los Estados al suscribir los tratados dirigidos a promover la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos, y es con base en este compromiso que no puedo hacer lugar a lo solicitado (artículos 1º y 2º del CCiv. y Com.).

El voto del Dr. Genoud se encuentra fundado en un análisis normativo, distinguiendo el comienzo del plazo de los 6 meses establecido por la normativa, ya sea para el caso de divorcio y en el caso de la unión convivencial, donde puede discutirse con mayor factibilidad el momento del cese de la convivencia. Fundamenta la no aplicación de la norma sosteniendo el argumento del exceso ritual, que conlleva el decaimiento de un derecho por estrictas razones formales, permitiendo de este modo que se produzca una vulneración de derechos fundamentales.

El instituto de la compensación económica se basa en la equidad, pues se trata de una figura correctiva de un desequilibrio producido entre los miembros de la pareja y ocurrido durante la vida en común, con el fin de evitar un perjuicio injusto en las posibilidades de desenvolvimiento futuro de alguno de aquellos una vez disuelta la misma.

Si bien en relación con la ruptura del matrimonio y de la unión convivencial el derecho para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses, es necesario destacar que en los casos de divorcio la ley dispone el cómputo del plazo a partir de una fecha que siempre es cierta e indiscutible, *el dictado la sentencia de divorcio*. No sucede lo mismo en el caso de las uniones convivenciales (artículo 525 del CCiv. y Com.), pues tal plazo comenzará a correr desde el momento de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523 del CCiv. y Com. Ello puede dar lugar a controversias entre las partes y ser materia de prueba. Por ser este un asunto regido por la autonomía de la voluntad, surge la posibilidad de una renuncia tácita, supuesto que ocurriría al dejar transcurrir el tiempo de caducidad previsto por la ley sin efectuar el reclamo (artículo 525 del CCiv. y Com.), pues no ejercer la acción para reclamarlo implica un abandono o una abdicación. Luego de cesada la convivencia puede surgir la discusión judicial por la declaración de la existencia de la unión convivencial, La utilidad de la fijación de la fecha de cese, puede resultar un hecho controvertido.

Entonces, teniendo en cuenta el exceso ritual, no se puede convalidar el decaimiento de un derecho por estrictas razones formales. Sobre todo, cuando provoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la jurisdicción. De este modo se lesionan derechos fundamentales de naturaleza convencional y constitucional (artículos 18 y 75 inciso 22, Constitución Nacional; 15 y 16, Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 2 y 706, CCiv. y Com.; 8,

24 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos; 2, 3, 6 y 7, Convención de Belem do Pará; 3, 13, 14 y 15, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad).

XIV. Aspectos argumentativos

El Código subraya la importancia del principio de la autonomía de la voluntad, el cual resulta transversal a las distintas instituciones del derecho de familia. La voluntad no solo debe ser respetada, sino también valorada a la hora de tener que decidir una situación conflictiva que afecte a la pareja. Esta voluntad se traduce en las diversas posibilidades que la norma propone como alternativas que cada pareja puede tomar a la hora de construir un proyecto de vida.

Un claro ejemplo lo encontramos en el instituto de la filiación, donde el reconocimiento de la voluntad procreacional provoca que el vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas de reproducción humana sea reconocido como hijo de quien ha prestado su consentimiento libre, previo e informado.

La autonomía no es solo una cuestión de adultos, sino que también se le reconoce al niño, niña o adolescente, en tanto que las normas nos hablan del interés superior del niño. La importancia de la aplicación del interés superior nos exige tener en cuenta las capacidades progresivas, porque son estas capacidades las que deben ser tenidas en cuenta con la escucha del niño, siempre que se produzca un conflicto en aquellos temas que lo tengan como protagonista. Lo que surja de esa escucha puede aportar ciertamente una opinión por cierto que no puede dejarse de lado, ya que responde a la mirada del niño sobre esa realidad que lo atraviesa.

Sin embargo, en las relaciones familiares, la autonomía encuentra su límite en la solidaridad familiar, pues el uso de la libertad implica, para este Código, el respeto por las obligaciones familiares, como es el caso de la responsabilidad parental, por medio de la cual los progenitores resultan obligados a cubrir las distintas necesidades de sus hijos. Otro claro ejemplo de estas limitaciones es la obligación que el Código impone solicitando el asentimiento del otro cónyuge en los casos en que se disponga de la vivienda familiar o de los muebles indispensables para el desarrollo de la vida familiar.

La autonomía de la voluntad se admite dentro del régimen patrimonial, pues los cónyuges pueden elegir el régimen patrimonial que regirá en su matrimonio, pudiendo hacer la opción del régimen de separación de bienes para no quedar atado al régimen de la comunidad. Si bien es posible modificar el régimen, este debe realizarse por medio de un convenio realizado bajo la forma de escritura

pública para su posterior inscripción en el Registro Civil, una vez que haya permanecido al menos 1 año en el régimen de comunidad. Solo los acreedores pueden oponerse a la voluntad de los cónyuges, también por el plazo de 1 año, contado desde el conocimiento de la inscripción registral. La inscripción la hace oponible a terceros, por lo que las deudas posteriores a dicho acto deben ser afrontadas por el cónyuge que las contrajo. Sin perjuicio de los gastos relacionados con las necesidades ordinarias del hogar o sostenimiento y educación de los hijos, por lo que se impone una responsabilidad solidaria por aplicación del principio de solidaridad familiar.

La separación de bienes puede ser solicitada de forma unilateral, dando inicio a la instancia judicial, fundada en la mala administración de los bienes por parte de uno de los cónyuges que pone en peligro la existencia de los bienes que pertenecen al patrimonio familiar.

El objetivo del cónyuge se encuentra en el interés sobre la responsabilidad por las deudas que se contraigan, para que cada uno responda con su propio patrimonio y no se vea perjudicado el patrimonio del otro cónyuge.

La regulación que propone el Código sobre las uniones convivenciales nos permite descubrir que en la mente del codificador se encuentra la preocupación de regular los distintos tipos de uniones familiares, sean estas estructuradas o desestructuradas. Reconoce, de esta forma, la autonomía de la voluntad, toda vez que los convivientes pueden decidir formalizar la convivencia o mantenerse en un plano totalmente informal. Todo ello sin dejar de lado los límites establecidos por la responsabilidad familiar, la cual encuentra su fundamento en el valor de la solidaridad entre los integrantes del grupo familiar. Los adultos resultan ser igualmente responsables por el desarrollo y contención de los menores a su cargo. El marco jurídico que regula este instituto de la unión convivencial responde al principio de la protección integral de la familia, por lo que las normas deben ser interpretadas desde esta perspectiva.

La autonomía de la voluntad es tan respetada por el Código Civil y Comercial que, optando por la unión convivencial, es posible realizar otra opción con relación a su registración, la cual puede ser efectivizada o puede quedar en la total informalidad, pero siempre con la limitación. La ventaja de la registración tiene que ver con las limitaciones que establece para la disposición de la vivienda familiar como también limitar la capacidad de los acreedores que pretenden cobrar sus deudas ejecutando la vivienda familiar, lo cual resultará imposible si esta deuda es posterior a la registración de la unión convivencial. La formalización de la unión convivencial puede llegar a la inscripción del pacto de convivencia, el cual puede regular distintos aspectos, entre ellos los relacionados con las contribuciones, la atribución del hogar y la distribución de los bienes al momento del cese de la

convivencia. Los pactos tendrán validez entre las partes desde el momento de su celebración, y frente a terceros desde el momento de su registración.

XV. Conclusión

La autonomía es un principio que debe ser tenido en cuenta para pensar las relaciones de familia pues la voluntad es el punto de partida de las relaciones jurídicas familiares. Todo puede ser acordado o consensuado en materia familiar, pero todo puede estar limitado cuando se pretende vulnerar el derecho de la solidaridad familiar o el interés superior del niño.

El Código no ha previsto un régimen patrimonial especial que regule las relaciones económicas entre los convivientes, salvo las restricciones reguladas en relación con la vivienda familiar y las contribuciones del hogar como los gastos de alimentos a favor de los hijos menores. La estructura normativa de la unión convivencial tiene en cuenta el principio de la solidaridad familiar. Obviamente que la existencia de pacto entre los convivientes nos permite descubrir que las partes tienen garantizado la autonomía para regular sus relaciones patrimoniales. Sin embargo, esta autonomía se amplía cuando falta el pacto convivencial, ya que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron.

En este sentido, nuestra propuesta es modificar el artículo 518 del CCiv. y Com. para que el pacto sea obligatorio y no voluntario, con la finalidad de procurar que la mayor parte de los convivientes tengan asegurados sus derechos patrimoniales de antemano y que la excepción sea la no regulación, la cual también debería ser inscripta en el Registro Civil. Esta propuesta tiene que ver con la existencia casos de extinción de uniones convivenciales que, luego de haber proyectado una vida en común, quedan totalmente desprotegidos patrimonialmente al momento de la desvinculación, y deben iniciar diversos procesos judiciales.

La autonomía de la voluntad cobra un nuevo sentido cuando analizamos el instituto de la compensación económica, toda vez que pueda darse es el desequilibrio económico entre los cónyuges o convivientes que la ruptura de la convivencia pudiera generar, la cual podría ser previamente prevista por medio en un convenio previo o con posterioridad a la ruptura de la relación. No obstante, las partes tienen asegurada la posibilidad de solicitarla, por ser un derecho que el codificador asegura a las partes que, de no ser utilizado dentro de un plazo establecido, indefectiblemente caducaría.

En la sentencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso “M. L. F. c/ C. M. E. s/materia a categorizar”, debemos tener en cuenta los tópicos de la fundamentación de los fallos. Torres analiza la situación planteada desde una mirada

axiológica, teniendo en cuenta que si bien, el artículo 2º del CCiv. y Com. nos habla que toda interpretación normativa comienza por el texto de la ley (método gramatical), esto no puede llevarnos a una resolución que provoque una injusticia o un perjuicio irreparable. Para ello, es necesario tener una mirada constitucional y convencional, que nos amplifiquen la visión sobre los derechos que deben ponerse en juego, a la hora de resolver cuestiones de esta naturaleza.

Kogan también analiza el caso desde una perspectiva axiológica, centrando su argumentación en la tónica de la perspectiva de género, porque resulta ser el criterio interpretativo que debemos considerar en procura de lograr una aplicación coherente del ordenamiento jurídico. No se puede dejar de tener en cuenta la relación asimétrica que existe entre el hombre y la mujer que se expresa en los distintos ámbitos sociales. Esto implica que el derecho protege a las personas vulnerables, conforme así lo establecen las convenciones internacionales de derechos humanos, en tanto que es una obligación convencional para los Estados, promover el ejercicio de estos derechos humanos.

En el caso del voto de Genoud, la argumentación se centra en exceso ritual, que podrían provocar la vulneración de derechos fundamentales. Si la compensación económica busca la equidad para corregir un desequilibrio patrimonial, no se puede convalidar el decaimiento de un derecho por razones formales, cuando se lesionan derechos fundamentales.

XVI. Referencias

Cossio, C. (1941). La valoración jurídica y las Ciencias del Derecho. *Revista Universidad del Litoral*. Año 1.

Assandri, M. (2019). La autonomía de la voluntad en las relaciones entre progenitores e hijos. *Revista de la Facultad* (Vol. X. Nº 1. Nueva Serie II 169-195).

Garate, R. M. (2011). Una reflexión sobre los valores jurídicos. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (Nº 41). La Ley.

Cueto Rúa, J. C. (1994). *Fuentes del Derecho*. Abeledo Perrot.

Jurisprudencia

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. “M. L. F. c/ C. M. E. s/materia a categorizar”, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=183805>

Fecha de recepción: 31-03-2023

Fecha de aceptación: 10-10-2023

