



Universidad de  
**San Andrés**

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Trabajo de Graduación de la carrera de Abogacía

***“Compensación económica y responsabilidad parental:  
un análisis desde la perspectiva de género”***

Autora: Clara Vidal Raffo

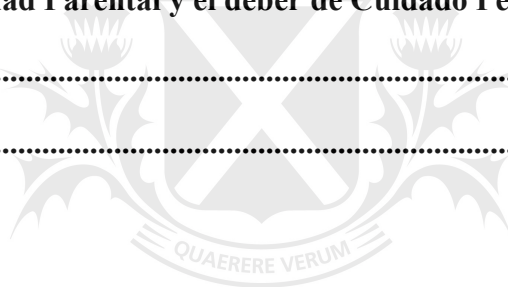
Legajo: 22.268

Mentora: Dra. María Gracia Andía

Victoria, 8 de julio de 2015

## Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo I: Las relaciones entre familia, trabajo y género.....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo II: El Código Civil vigente .....</b>	<b>18</b>
<b>A. Alimentos entre cónyuges .....</b>	<b>18</b>
i. Alimentos entre cónyuges durante la separación de hecho .....	22
ii. Alimentos entre cónyuges posteriores a la sentencia de divorcio .....	32
<b>B. Las figuras de la Patria Potestad y la Tenencia.....</b>	<b>38</b>
<b>Capítulo III: El nuevo Código Civil y Comercial.....</b>	<b>41</b>
<b>A. La Compensación Económica .....</b>	<b>42</b>
<b>B. La Responsabilidad Parental y el deber de Cuidado Personal Compartido ..</b>	<b>56</b>
<b>Conclusión.....</b>	<b>62</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>66</b>



Universidad de  
**San Andrés**

## Introducción

Este trabajo tiene por objeto evidenciar la situación de desamparo económico en la que se encuentran las mujeres que han sufrido una ruptura familiar en el marco jurídico vigente, comparándolo a la luz de las propuestas del nuevo Código Civil y Comercial que comenzará a implementarse a partir de agosto del año 2015, estudiando así si las nuevas instituciones denominadas “compensación económica” y “responsabilidad parental” son o no una respuesta jurídica adecuada que brinda soluciones a la problemática actual que innegablemente enfrentan las mujeres en lo relativo a las relaciones entre familia, trabajo y género. En tal sentido, la propuesta es explorar si dichos institutos hallan su fundamento teórico en la búsqueda del quiebre de los estereotipos culturales sobre la mujer maternal y doméstica.

Cabe aclarar, en este orden de ideas, que el presente trabajo se enfoca exclusivamente en las familias matrimoniales heterosexuales, no por desconocimiento o ignorancia de la existencia de otro tipo de familias –monoparentales, homosexuales, ensambladas y uniones convivenciales-, sino por una elección deliberada fundada en tres razones primordiales. La primera, relativa a la extensión del trabajo, en tanto es necesario delimitar el objeto de estudio en cuestión. El segundo motivo tiene que ver con la cantidad de antecedentes necesarios para entender y analizar la evolución jurisprudencial que ha llevado a la introducción de la figura de la “compensación económica” y de la “responsabilidad parental” en el nuevo Código Civil y Comercial. La regulación de los matrimonios heterosexuales y su ruptura cuentan con antecedentes jurisprudenciales al menos desde 1987 (cuando se sancionó la ley 23.515), mientras que el matrimonio igualitario fue introducido en la Argentina en el año 2010, por lo que es difícil encontrar suficientes decisiones jurisprudenciales para examinar. Por último, concibo que es fundamental, para comprender esta problemática, contrastar el hecho de ser mujer o varón, por los roles y estereotipos asignados para cada género que existen en la sociedad y que en muchos casos el derecho les asigna consecuencias jurídicas. En este sentido, mi interés es el análisis dentro de las familias heterosexuales donde ha

regido social y jurídicamente la norma del patriarcado determinando roles y deberes estipulados para la mujer.

El objeto de estudio, además de limitarse a las familias heterosexuales, como se ha mencionado, se circunscribe solamente a las familias matrimoniales, sin adentrarse en las ahora denominadas por el nuevo Código Civil y Comercial “uniones convivenciales”, por tratarse, a fin de cuentas, de una relación en la cual es más preciso, en contraste con aquéllas –conforme al código vigente-, establecer el inicio y el fin de la relación.

El trabajo se ubica, evidentemente, en el área del derecho de familia y el tema, específicamente, en lo relativo a las relaciones entre familia, trabajo y género. La elección del tema tiene que ver con que se trata de una situación notoriamente injusta y desigual que atraviesa a todas las clases sociales y que deja vislumbrar un vacío del derecho por seguir construyendo un marco regulatorio de las relaciones de familia basado en construcciones sociales y culturales que definen las conductas apropiadas para cada género, no encuadrando así en el paradigma constitucional que establece el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación entre varones y mujeres.

En suma, se trata de responder si, desde una perspectiva de género, es la figura de la “compensación económica”, acompañada del “cuidado personal compartido” –en lo relativo a la responsabilidad parental-, propuesta por el nuevo Código Civil y Comercial, una respuesta jurídica adecuada a la situación de desamparo económico en la que se encuentra la mujer luego de una ruptura familiar y un avance en relación a la concepción del rol de la mujer en la familia y en la sociedad.

Para comenzar, habrá que partir de la demostración de las nuevas relaciones que existen entre familia, trabajo y género, desde una mirada más bien sociológica. En este sentido, cabe destacar que las mujeres enfrentan, por lo menos, una doble problemática que las ubica en un pie de desigualdad con el varón: la realización de trabajo no remunerado –doméstico- y de trabajo remunerado.

Por un lado, debe destacarse el aumento de hogares de dos proveedores, que ha implicado una feminización del mercado laboral, es decir un aumento de mujeres con doble jornada laboral (que realizan trabajo doméstico o del hogar y, además, trabajo extra-doméstico o remunerado), que, sin embargo, no ha sido acompañada por una

masculinización del trabajo doméstico en igual medida. En palabras de Catalina Wainerman, la problemática es, en definitiva, “(...) en qué medida la redefinición del lugar de ellas en el *afuera* ha sido acompañada por una redefinición equivalente del lugar de ellos en el *adentro*, lo que de no ser así, significa para las mujeres extenuantes jornadas de trabajo doméstico que se suman al extradoméstico”<sup>1</sup>.

Ahora bien, mi propuesta es analizar si el derecho de familia vigente hasta hoy en la Argentina da o no respuestas –y, en su caso, cuáles son- a esta desigualdad planteada por la realidad social antes descrita. Luego se examinará en profundidad si las nuevas figuras planteadas por la ley 26.994 evolucionan desde una perspectiva teórica –mirada de género- en las soluciones presentadas a estas circunstancias.

Para responder a la primer parte del interrogante habrá que explorar la jurisprudencia existente en lo relativo al deber de asistencia -alimentos- durante la separación de hecho y después de producido el divorcio (remedio o sanción), para entender cómo quedan posicionadas económica y laboralmente las mujeres después de una ruptura familiar y qué respuestas da (o no) el derecho de familia. Asimismo, se analizará cuál es el fundamento del derecho deber de asistencia material –alimentos-; es decir, cuál es su naturaleza jurídica.

En lo concerniente a la separación de hecho, en primer lugar, se desata de las sentencias estudiadas que el varón debe alimentos si y sólo si la mujer no tiene forma de procurárselos por sí misma, lo cual denota a simple vista su naturaleza netamente asistencial. Así, la “ama de casa”, es decir, la mujer que realiza exclusivamente trabajo doméstico, que es la figura notoriamente más vulnerable en este esquema, pareciera estar de alguna forma protegida. No obstante, la jurisprudencia vigente no parece adecuarse al fenómeno sociológico antes descrito toda vez que las mujeres trabajadoras, o hasta potenciales trabajadoras, no merecen alimentos y terminan entonces en una situación de desigualdad o desprotección.

En lo relativo al divorcio, por el otro lado, la situación es más preocupante aún, toda vez que los alimentos son debidos entre ex cónyuges solamente si se trata del

---

<sup>1</sup> Wainerman, Catalina. «Conyugalidad y paternidad ¿Una revolución estancada?» Editado por María Alicia Gutiérrez. *Género, familias y trabajo: rupturas y continuidades. Desafíos para la investigación política*. (CIASCO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales), 2007, 182.

divorcio sanción, esto es, si el divorcio es subjetivo, declarándose culpable a uno de los consortes. Esta figura es utilizada cada vez menos en la práctica dado que se ha considerado que el divorcio contradictorio tiene una nota fuertemente destructiva para la familia. Justamente, el objetivo último de la existencia de la institución es castigar al culpable, y no compensar a quien realiza un trabajo extra además del trabajo remunerado: el trabajo doméstico.

El divorcio remedio u objetivo, en contraste, donde no se declara la culpa de uno de los cónyuges sino que se trata de un arreglo de común acuerdo, posiciona a la mujer en una desprotección absoluta, sea ésta trabajadora o no, salvo que se configure el supuesto excepcional del llamado “estado de necesidad” del art. 209 del Código Civil. En cuanto a la mujer ama de casa, o aquélla que realiza trabajo doméstico, se la deja en la práctica totalmente desamparada y opino que habrá que repensarlo desde el derecho, toda vez que se trata de un sistema familiar que se organizó de cierta manera por decisión conjunta de ambos cónyuges, y pareciera totalmente injusto dejarla abandonada y a la suerte de conseguir un trabajo remunerado cuando la misma resignó a tal posibilidad para poder dedicar ese tiempo a la realización del trabajo doméstico. En cuanto a la mujer trabajadora (ya sea a tiempo parcial o a tiempo completo), si bien está en una mejor posición después de la ruptura familiar que la mujer ama de casa, cabe poner de relieve que se sigue poniendo en cabeza de ella, por un problema cultural y de división del trabajo según el género, la realización de las tareas domésticas, obligándola a realizar una doble jornada laboral. Es dable recordar, por último, que son las mujeres quienes, en la mayoría de los casos, adquieren la tenencia de los hijos y con ello el cuidado y la mantención del hogar familiar.

Es evidente el vacío legal que hay en el derecho –bajo regulación del Código Civil vigente- para con las mujeres (en el cual los alimentos cumplen una función manifiestamente asistencial y tuitiva), y este trabajo propone, consiguientemente, estudiar y analizar críticamente si el nuevo código visibiliza e intenta remediar esta problemática, logrando un real reconocimiento de derechos, por lo menos desde un plano teórico –en tanto es sabido que con las leyes por sí solas no se logran cambios-. En otras palabras, la cuestión que se busca debatir es si la figura de la compensación económica, acompañada por la modalidad del cuidado personal compartido que introduce el nuevo cuerpo legal en lo relativo al instituto de la responsabilidad parental, es o no una respuesta jurídica acabada al contexto social dominante; y de no serlo,

cuáles podrían llegar a ser sus falencias, o cuáles podrían ser los temores en los que se podría llegar a incurrir en caso de no esclarecer el real alcance de ambos institutos.

En lo relativo al deber alimentario (de asistencia material), y en lo que aquí respecta, el nuevo Código Civil y Comercial establece que dicha obligación se mantiene aun durante la separación de hecho. En cambio, se funda como principio general, que no se admiten los alimentos derivados del divorcio, toda vez que se elimina la figura de los divorcios de tipo subjetivo por su nota destructiva, fundando el llamado “divorcio in-causado”. No obstante, se establecen dos excepciones al principio general recién mencionado, de contenido acentuadamente asistencial, comprendidas en el art. 434 del nuevo cuerpo legal, siendo posibles los alimentos pos-divorciales “a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto-sustentarse” y “a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos”. Dicha obligación alimenticia, sin embargo, no procede a favor de quien recibe la prestación compensatoria.

En este orden de ideas, cabe definir al nuevo instituto de la “compensación económica” que instaura el nuevo Código Civil, según la Dra. Graciela Medina, como el “(...) derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio colocándole en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte”<sup>2</sup>.

Según la Dra. Graciela Medina, la desigualdad que resulta como consecuencia del cotejo entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges durante el matrimonio y después de producida la ruptura, es el presupuesto primordial para otorgar la pensión compensatoria. Si bien, sostiene Medina, no habrá de probarse la existencia de necesidad (esto es, que el cónyuge beneficiario de la prestación puede percibir sus propios ingresos), sí habrá que demostrar que el cónyuge que pretende la compensación ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que gozaba durante el matrimonio y siempre en oposición a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

No obstante, ya que el análisis práctico o casuístico de la compensación económica no será susceptible de poder ser estudiado cabalmente dada la falta de jurisprudencia nacional sobre la materia por tratarse de un tema totalmente novedoso,

---

<sup>2</sup> Medina, Graciela, “Matrimonio y disolución” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com), última consulta 04/02/15.

habrá que recurrir al derecho comparado y a la jurisprudencia extranjera, que ya cuentan con una figura semejante a la de la “compensación económica”, como lo son España y Chile -aunque será excluido Francia por motivos de practicidad en torno al idioma-, para dilucidar si la compensación económica procede a favor de la mujer trabajadora o si solamente fue pensado a favor de la mujer que realiza exclusivamente trabajo doméstico. La experiencia comparada me permitirá pronosticar posibles futuras respuestas jurisprudenciales en la aplicación del mencionado instituto, así como las ventajas y desventajas del mismo en relación a la problemática planteada. En este sentido, podré explorar si este instituto satisface o no el principio de igualdad constitucional establecido en nuestra Carta Magna, previendo la realidad de la mujer en su aspecto doméstico y extra-doméstico de las relaciones familiares.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se ha ejemplificado justamente a la figura de la compensación económica de la siguiente manera: “(...) si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y en apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etcétera”<sup>3</sup>.

A mi entender, si bien el nuevo Código Civil y Comercial vislumbra sin lugar a dudas la problemática, estimo que es forzoso comprender que la figura de la compensación económica debe –por mandato constitucional- abarcar también los casos en los cuales la mujer es trabajadora (y ha resignado dedicarle su tiempo completo a ello por tener que atender a las necesidades domésticas) y ha sufrido un perjuicio económico como consecuencia de la ruptura matrimonial, tal como destaca la Dra. Medina, y no solamente los casos en los cuales la mujer es la ama de casa, como se pone de manifiesto en el ejemplo de los Fundamentos del nuevo Código, ya que es indudable que la ruptura también produce un desequilibrio para con la primera, sin importar que ésta obtenga un ingreso propio, máxime en los casos en los cuales los hijos residen de forma principal en el domicilio de la mujer (toda vez que, en lo que respecta al cuidado

---

<sup>3</sup> 191/2011, Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, 2012, pág. 484.



personal compartido, el nuevo Código prioriza la modalidad indistinta por sobre el cuidado alternado). Considero que, de lo contrario, se sigue poniendo en cabeza de la mujer la realización de las tareas domésticas sin percibir que la tarea doméstica es también trabajo que debe, de alguna forma u otra, ser recompensado.

Es aquí donde, según mi opinión, toma especial relevancia el juego entre los nuevos institutos que presenta el Código –compensación económica y responsabilidad parental-, que será explicada con mayor detenimiento en el capítulo tercero del presente trabajo.

El asunto es interesante ya que si bien la introducción de las figuras de la “compensación económica” y del “cuidado personal compartido” implican, sin lugar a dudas, una evolución con respecto al tratamiento jurídico actual de la cuestión, su implementación sin un estudio en relación a la realidad sociológica imperante, equivaldría a seguir construyendo, desde el poder y la imposición, deberes, prohibiciones y expectativas sobre comportamientos apropiados para cada género, ordenando un mandato maternal, doméstico y asistencial a las mujeres.

Siguiendo esta línea de pensamiento, repensar la figura de la compensación económica para que comprenda todos los casos en los cuales se carga a la mujer con un mandato doméstico y maternal podría implicar la creación de una normativa más específica, aclarando que se entiende por “desequilibrio económico”, detallando si se incluye dentro del concepto del trabajo doméstico aquél realizado por las mujeres que además perciben sus propios ingresos (y en éste último caso si toma relevancia o no cuál es su remuneración o cuánto es el tiempo que dedica al trabajo doméstico y al extra-doméstico en comparación con su cónyuge).

Por último, también es trascendental poder anticiparnos a los resultados que podrían traer aparejados los casos en los cuales se otorga el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta a la madre, ya que si bien la reforma procura poner a los progenitores en un pie de igualdad, fundando el concepto del cuidado personal compartido, prioriza la modalidad indistinta (donde el hijo reside de forma permanente en el domicilio de uno de los cónyuges) al cuidado alternado (donde el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores), lo cual pareciera ser contradictorio, tal como lo establece el Dr. Jorge O. Azpiri, toda vez que “si el objetivo del cuidado compartido es mantener en igualdad de condiciones y responsabilidades a

los progenitores, parece más adecuado para cumplir con ese propósito que se hubiera considerado como primera alternativa para conferir el cuidado compartido a la modalidad alternada, ya que ésta no denota preferencia por ninguno de ellos al pasar períodos equivalentes con cada uno de los progenitores”<sup>4</sup>. Ello toma especial relevancia en lo que aquí respecta ya que en una sociedad patriarcal en la cual generalmente se señala a la mujer como responsable biológicamente por el cuidado del hogar y de sus hijos, la solución que proporcionaran quienes aplican el derecho pareciera ser por lo menos predecible, lo cual lleva a cuestionarnos si, de la mano de la compensación económica, el nuevo Código efectivamente logrará igualar a los cónyuges.

El trabajo se dividirá en cuatro capítulos principales. El primero constará de un análisis de la realidad social actual en lo relativo a las relaciones entre familia, trabajo y género en la Argentina. Dicho capítulo, basado por sobre todo en las investigaciones de la socióloga y Doctora Catalina Wainerman, servirá para poder luego evaluar si la naciente legislación se ha ajustado o no a los cambios que ha experimentado la estructura familiar y la división del trabajo por género.

El segundo capítulo, en este orden de ideas, tiene por objeto describir brevemente qué es lo que existe hoy en la legislación argentina frente a esta problemática, llevándonos a cuestionar si el derecho vigente, a través de la figura de los alimentos, pretende brindar alguna solución a los temas planteados. Por ello, gran parte de este capítulo estará dedicado al análisis de artículos doctrinarios dedicados al tema de alimentos entre cónyuges durante la separación de hecho y pos divorciales, entre los cuales se destaca el libro “Alimentos” de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, así como también al análisis jurisprudencial de casos. Asimismo, se observará que el derecho vigente remarca y hasta patentiza los roles estereotipados de la mujer y el varón en la familia heterosexual, a través de los institutos de la patria potestad y en particular en temas vinculados a la tenencia.

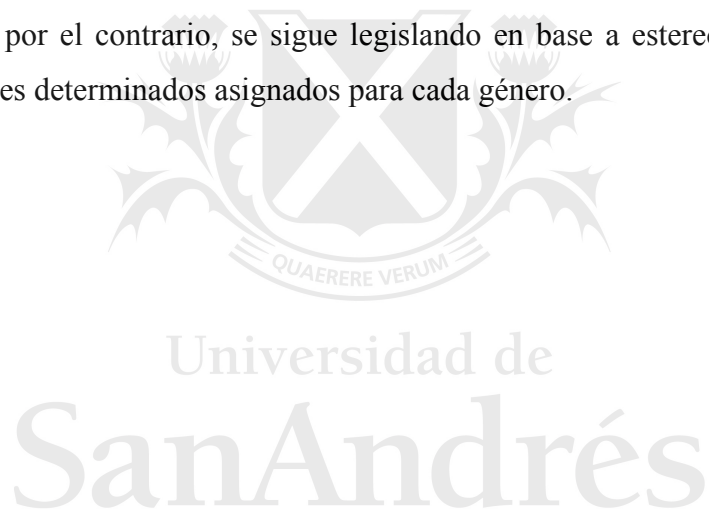
El capítulo tercero analizará, en definitiva, si los nuevos institutos (compensación económica y responsabilidad parental –particularmente lo referente al cuidado personal compartido-) y modificaciones que introduce el Código Civil y Comercial de la Nación, brindan respuesta al fenómeno sociológico planteado en el

---

<sup>4</sup> Azpiri, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015, pág. 237.

primer capítulo que, en palabras de Hochschild llamaremos “revolución estancada”. Para responder al interrogante habrá que contrastar no sólo los cambios en el ámbito local que han impulsado la transformación legislativa efectuando un replanteo de las instituciones familiares tradicionales, sino también la evolución que se ha producido en el derecho comparado, examinando sucintamente el derecho chileno y español que ya han introducido con anterioridad el instituto de la compensación económica, a los fines de comprender su funcionamiento en la práctica.

Por último, el capítulo cuarto incluirá un pronóstico y una reflexión final analizando el cambio legislativo que se ha producido. Asimismo, y a la luz del contexto sociológico, examinaré a fin de cuentas si la ley 26.994 ha dado un paso en relación a la igualdad de género dentro de las relaciones familiares, considerando el trabajo doméstico monetarizable, y si ha alterado el rol maternal y la figura de la mujer doméstica o si, por el contrario, se sigue legislando en base a estereotipos sociales y culturales de roles determinados asignados para cada género.



## Capítulo I: Las relaciones entre familia, trabajo y género

Mi intención en el presente capítulo es dar cuenta de los vínculos que existen entre las relaciones de familia, trabajo y género. En definitiva, el propósito es estudiar cómo éstos se fueron modificando en el tiempo (y siguen haciéndolo), causando transformaciones radicales que han alterado la concepción cultural del mundo occidental de la división internacional del trabajo por género.

El punto de partida es un diagnóstico de la evolución histórica a nivel mundial en general, y de la Argentina en particular, acerca del aumento de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, que data desde la década del sesenta en los países desarrollados, pero más tardíamente (década de los setenta y más aceleradamente en la década de los ochenta) en países subdesarrollados como la Argentina.

Tal como establece la socióloga Catalina Wainerman, las esferas laboral y familiar deben tratarse conjuntamente, lo cual implica estudiarlas en sus relaciones recíprocas; esto es, “(...) las modalidades de articulación entre las transformaciones familiares y las del sistema productivo”<sup>5</sup>, lo cual “(...) trae a escena los vínculos entre el trabajo económico y el no económico, las relaciones de género en el mundo del trabajo y en el mundo de la familia”<sup>6</sup>.

A fin de instruirse acerca de la evolución histórica habrá que remontarse por lo menos al siglo XIX, momento histórico del cual data la división del trabajo entre ambos sexos. Tal como sostiene la Dra. Wainerman, durante dicho siglo ha habido una reorganización significativa de la familia, dado que los ámbitos físicos en los que se desenvolvía la vida laboral y la vida familiar se separaron. Precisamente, a los varones se les encargó la responsabilidad por la provisión económica, esto es, el trabajo productivo realizado en las fábricas, mientras que se encomendó a las mujeres la realización del trabajo doméstico, que incluía el cuidado del hogar y de los hijos. De esta manera se visibilizó al mundo público como separado del privado. Esta división del trabajo por género trajo aparejada, conjuntamente, las representaciones más tradicionales acerca de la masculinidad y la femineidad, entendidas no sólo como

---

<sup>5</sup> Wainerman, Catalina. *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003, pág. 10.

<sup>6</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 10.

opuestos (lo fuerte y lo débil; la razón y la sensibilidad, el mundo pasional y de los afectos; el logos y el pathos; la universalidad y la particularidad) sino también como superior e inferior, respectivamente.<sup>7</sup>

No obstante, dicha situación ha sufrido un cambio notorio en la Argentina, especialmente a partir de la década del ochenta, y como consecuencia de la crisis, toda vez que se ha producido una masculinización de la desocupación y un aumento de la fuerza de trabajo femenina para “(...) reemplazar los ingresos deteriorados de sus cónyuges buscando frenar la caída cuesta debajo de sus familias”<sup>8</sup>.

El Consejo Nacional de las Mujeres de la República Argentina ha advertido el fuerte proceso de expansión de la fuerza de trabajo femenino, toda vez que “(...) la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo ha aumentado considerablemente en las últimas décadas; y su presencia tiende a ser cada vez más permanente, ya sea decisión personal o como resultado de presiones económicas”<sup>9</sup>.

La crisis económica que ha atormentado no solamente a la Argentina, sino también a otros países de la región latinoamericana, ha ocasionado, entre otras cosas, inseguridad económica, flexibilización del empleo, de los salarios, de los beneficios sociales y el abandono de las redes de contención del Estado<sup>10</sup>. Seguidamente, y como consecuencia inmediata de la crisis, se han alterado las relaciones entre trabajo y familia de manera sustancial, poniendo en cuestionamiento los modelos que habían sido instaurados como naturales durante mucho tiempo.

En suma, la vida familiar se modificó drásticamente desde los años ochenta. Tal es así que disminuyó la frecuencia del modelo de familia patriarcal tradicional, con el varón como proveedor único, aumentando y expandiéndose a su vez el modelo de familia de dos proveedores, donde ambos cónyuges (tanto la mujer como el varón) aportan con su trabajo extra-doméstico o productivo al sustento del hogar, rompiendo con el paradigma rígido de la división del trabajo por género.

---

<sup>7</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág 11.

<sup>8</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 12.

<sup>9</sup> Consejo Nacional de las Mujeres. *Consejo Nacional de las Mujeres*. <http://www.cnm.gov.ar/AresDeIntervencion/MujerTrabajoEmpleo.html> (último acceso: 5 de Marzo de 2015).

<sup>10</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 55.

Resultado de la crisis y de la ruptura del paradigma tradicional de modelo patriarcal, han surgido formas no tradicionales de familia. Entre ellas se destacan los hogares en los cuales ambos cónyuges forman parte del mercado laboral, los hogares en los cuales las mujeres se han convertido en las principales o inclusive las únicas proveedoras económicas, en reemplazo de sus maridos, y, por último, los hogares en los que la mujer enfrenta sola ambos roles como consecuencia de la ruptura de la pareja conyugal<sup>11</sup>.

Según lo establecido por la Dra. Catalina Wainerman, “se trata de una transformación social casi revolucionaria, que pone en cuestión los valores establecidos acerca de la definición de los roles de género y de la división del trabajo extradoméstico”<sup>12</sup>. Encarnó, en síntesis, un cambio de paradigma, producto no solamente de las consecuencias de la crisis económica, sino también “de cambios en los valores ligados a la femineidad y masculinidad, a la maternidad y paternidad, en el marco de un cambio de valores más básico acerca de la individualidad, la búsqueda de la realización personal, de las metas y los medios de búsqueda del bienestar individual por sobre el societal”<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, y tal como señala la Dra. Wainerman, la problemática con que nos enfrentan en el presente trabajo las transformaciones mencionadas es, en definitiva, “en qué medida la redefinición del lugar de ellas en el *afuera* ha sido acompañada por una redefinición equivalente del lugar de ellos en el *adentro*, lo que de no ser así, significa para las mujeres extenuantes jornadas de trabajo doméstico que se suman al extradoméstico”<sup>14</sup>.

Dicha pregunta, que ya fue enfrentada en diversos países - tales como Estados Unidos, Francia, Inglaterra, España, México, Sudáfrica, Suecia, China y Rusia-<sup>15</sup>, ha dado lugar sistemáticamente a la réplica de que las mujeres, en promedio, dedican

---

<sup>11</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 55-56.

<sup>12</sup> Wainerman, Catalina. «Conyugalidad y paternidad ¿Una revolución estancada?» Editado por María Alicia Gutiérrez. *Género, familias y trabajo: rupturas y continuidades. Desafíos para la investigación política*. (CLASCO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales), 2007, 182.

<sup>13</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 182.

<sup>14</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 182.

<sup>15</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 183.

muchas más horas que los varones a la realización del trabajo doméstico, aunque ambos cónyuges participen en igual medida en el mercado laboral a tiempo completo.

Tras años de investigación, y en lo relativo a la Argentina concretamente, Catalina Wainerman ha llegado a la conclusión de que, si bien ha habido una mejora, “(...) los varones no han hecho hasta el momento cambios equiparables a los de las mujeres”<sup>16</sup>, puesto que si bien el cuidado cotidiano de los hijos es una empresa que se reparte entre ambos cónyuges, el manejo diario del hogar sigue siendo una empresa de mujeres.

En palabras de Hochschild, nos encontraríamos frente a una “revolución estancada”, toda vez que el aumento de mujeres con doble jornada (laboral y doméstica) no ha sido acompañada por un aumento equivalente de la participación de los varones en la esfera doméstica<sup>17</sup>.

Ello implicaría, ciertamente, una situación de desventaja de la mujer frente al varón ya que las primeras terminan insertándose al mercado laboral con ciertas desventajas que dificultan no sólo su acceso, sino también su permanencia. Dicha desigualdad encuentra su raíz, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de las Mujeres, en “(...) pautas culturales que asignan roles femeninos y masculinos en la sociedad, [por lo cual] las mujeres que trabajan o desean trabajar viven una situación de doble responsabilidad –hogar/trabajo– que les provoca una serie de conflictos, para su desarrollo personal y profesional”<sup>18</sup>. Ello implica, para las mujeres, la realización de esfuerzos de compatibilización entre las tareas domésticas y las laborales, que inciden negativamente en su disponibilidad para su formación profesional.

Por su parte, las autoras Esquivel, Jelin y Faur, han dicho al respecto que, “a pesar de la diversidad de ámbitos y modalidades de recompensa existe un patrón social claro, basado en la división sexual del trabajo: sea en el hogar o fuera de él, sea sin remuneración o con ella, se espera que sean las mujeres las que se dediquen y se responsabilicen por las tareas del cuidado. Estas expectativas sociales implican una desigualdad importante entre hombres y mujeres en cuanto a sus oportunidades,

---

<sup>16</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 212.

<sup>17</sup> Hochschild, A. R. *The second Shift*. Nueva York: Avon Books, 1989.

<sup>18</sup> Consejo Nacional de las Mujeres. *Consejo Nacional de las Mujeres*. <http://www.cnm.gov.ar/AresDeIntervencion/MujerTrabajoEmpleo.html> (último acceso: 5 de Marzo de 2015).

actividades, logros y reconocimientos. Asimismo, estas desigualdades de género se encuentran atravesadas por otras inequidades: socioeconómicas, étnicas, etc., redundando en un patrón de desigualdad que afecta de forma particular a las mujeres más pobres”<sup>19</sup>.

Esta disparidad genérica en la realización de los quehaceres domésticos, notoriamente injusta, está motivada, según lo establecido por Luis O. Fernández, en parte por razones naturales como lo son, por ejemplo, el embarazo o la tarea de amamantar, pero esencialmente, sociales: “se originan en los papeles que se le adjudican tradicionalmente al hombre y a la mujer en este mundo. Estas consideraciones siguen subsistiendo, pese a los cambios ocurridos en los últimos años, la igualación de derechos y deberes en las parejas está lejos de haber sido lograda”<sup>20</sup>.

El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), en este orden de ideas, presentó los resultados de la primera Encuesta Nacional realizada sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo. En ellos se advirtió que en todas las actividades que componen el Trabajo Doméstico No Remunerado (la realización de quehaceres domésticos, trabajo de cuidados y apoyo escolar a miembros del hogar), se observa un claro predominio femenino, tanto en lo que respecta a participación como en intensidad. Estableció el INDEC que las mujeres dedican en promedio 2,5 horas diarias más que los varones en la realización de dichas actividades. Precisamente, del total del tiempo aplicado al trabajo doméstico no remunerado, el 76% corresponde a las mujeres mientras que solamente el 24% corresponde a los varones. Según dicha encuesta, “esta desigual distribución por sexo evidencia la persistencia de modelos culturales y estereotipos de género que le asignan a la mujer un rol predominante en el trabajo doméstico”<sup>21</sup>.

Cabe resaltar además, que son las mujeres que conforman el rango etario de entre 30 y 59 años las que presentan la mayor tasa de participación y mayor dedicación

---

<sup>19</sup> Esquivel, Valeria, Eleonor Faul, y Elizabeth Jelin. *Las lógicas del cuidado infantil: entre las familias, el estado y el mercado*. Editado por Valeria Esquivel, Eleonor Faul y Elizabeth Jelin. Buenos Aires: IDES, UNFPA, UNICEF, 2012.

<sup>20</sup> Fernández, Luis O. «El nuevo Código y el impuesto a las ganancias.» *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Suplemento especial*. (Thomson Reuters), Octubre 2004, 1.

<sup>21</sup> INDEC. «Instituto Nacional de Estadísticas y Censos». 10 de Julio de 2014. [http://www.indec.mecon.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=4&id\\_tema\\_2=31&id\\_tema\\_3=117](http://www.indec.mecon.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=31&id_tema_3=117) (último acceso: 3 de Febrero de 2015).



del tiempo al trabajo doméstico no remunerado. Se ha observado, asimismo, que son las mujeres que están casadas o viven en pareja quienes destinan la mayor cantidad de horas diarias al trabajo doméstico no remunerado. Es, por último, en estas categorías, donde se registra la mayor brecha entre varones y mujeres.

Los resultados que arrojó el INDEC son ilustrativos de lo que ocurre en la Argentina, pero el esquema se repite también en otros países tales como Estados Unidos, Francia, Inglaterra y España. En todos ellos, señala la Dra. Wainerman, se advierte que las mujeres dedican más horas en promedio que sus cónyuges varones al trabajo doméstico, más allá de que éstas participen en el mercado laboral a tiempo completo al igual que ellos.

Tal como establece la Dra. Wainerman, “el peligro de que se dé una ‘revolución estancada’ (paradójicamente favorecida por la aumentada equidad genérica afuera) que no sólo perpetúe sino que ahonde la inequidad genérica en el adentro debe ser advertido y controlado. El ‘doble turno’ en que han quedado atrapadas más y más mujeres madres, con hijos y con todas las demandas domésticas que ocasiona llevar adelante una familia, requiere una reformulación de la división por las responsabilidades del trabajo doméstico entre ambos cónyuges, mujeres y varones. Las consecuencias de que esta ‘revolución’ no se complete no sólo la sufren las mujeres, [sino] también los hijos y los esposos, y las relaciones entre todos los miembros del grupo familiar”<sup>22</sup>.

En concordancia por lo establecido por Catalina Wainerman, concibo que la tensión entre trabajo y familia, que atraviesa cada vez a más hogares -no importa la clase social a la que pertenezcan- e impacta profundamente en el bienestar no sólo de las mujeres, sino también de los niños, es evidentemente una cuestión pública<sup>23</sup>. Deduzco entonces que ello obliga a volver la mirada sobre las políticas públicas, concretamente sobre el derecho de familia, y especialmente en aquéllos casos en los cuales la mujer se encuentra obligada a realizar la “doble jornada” laboral como consecuencia de la ruptura de la pareja conyugal.

Por el otro lado, cabe poner de relieve que, en la propia realización de sus carreras laborales, las mujeres se tropiezan incesantemente con dificultades y obstáculos

---

<sup>22</sup> Wainerman, Catalina. *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003, 95.

<sup>23</sup> Wainerman, Catalina. Op. Cit., pág. 96.

que, bajo condiciones de igualdad en lo relativo a la formación y educación, tiempo y dedicación, etc. con los varones, las perjudica simplemente por el hecho de ser mujer. Entre ellos se destaca el llamado “techo de cristal” y “piso pegajoso”.

En este sentido, Mabel Burin ha denominado “techo de cristal” a la “(...) superficie superior invisible en la carrera laboral de las mujeres, que les impide seguir avanzando”<sup>24</sup>, edificado “(...) sobre la base de algunos rasgos que son propios de la subjetividad femenina y otros que se construyen a partir de la cultura patriarcal en relación con el trabajo femenino”<sup>25</sup>. Además, se le suma a ello, la existencia del denominado “piso pegajoso” que implica, adecuadamente, y en lo que aquí interesa, la situación de las mujeres que además de realizar trabajo remunerado o extra-doméstico, desempeñan roles domésticos que requieren “(...) una adhesividad que las deja “pegoteadas” a esos trabajos maternal, familiar y doméstico, y en consecuencia les es muy difícil sustraerse a estos roles de género para poder ascender en la escala laboral”<sup>26</sup>.

Tal como lo estableció Valeria Esquivel en una entrevista para CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento), “existe consenso, y evidencia empírica que lo soporta, que las elevadas cargas de trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que asumen las mujeres, en gran medida como consecuencia de una desigual distribución de las mismas al interior de los hogares, constituye un freno a su participación laboral. En muchos casos, estas elevadas cargas las empobrecen, tanto en términos de la falta de oportunidades de generación de ingresos como en su pobreza de tiempo”<sup>27</sup>.

Citando a Luciana Peker, “las mujeres sufren más el desempleo, la informalidad y la brecha salarial. Les cuesta mucho más conseguir un trabajo; las jóvenes están relegadas de las posibilidades de acceder a su primer sueldo. Cuando lo consiguen tienen más riesgo de estar en negro y en condiciones precarias; son discriminadas por su género y –mucho más- cuando se convierten –o pueden convertirse- en madres; falta acceso a oficios mejor pagos y aún en malos o buenos puestos se llevan al bolsillo

---

<sup>24</sup> Burin, Mabel. «Los techos de cristal.» *El sostén de los hogares. Trabajo, participación social y relaciones de género*. (Ateneo), 2003, pág. 27.

<sup>25</sup> Op. Cit., pág. 28.

<sup>26</sup> Op. Cit., pág. 28.

<sup>27</sup> Esquivel, Valeria, entrevista de CIPPEC. *Entrevista a Valeria Esquivel* (21 de Agosto de 2014), pág. 1.

menos plata que si fueran varones. En el contexto del 1º de mayo, ser trabajadora - ¡todavía!- no es lo mismo que ser trabajador: la desigualdad persiste”<sup>28</sup>.

La solución, según la Dra. Valeria Esquivel se encontraría no sólo en demandar políticas de cuidado en términos funcionalistas, sino que deben pensarse, según la economista, “(...) en términos de equidad en clave del reconocimiento de estas cargas (...) y la redistribución de las mismas, no sólo al interior de los hogares, sino entre los hogares y la sociedad en su conjunto”<sup>29</sup>.

De esta manera, advierte que es imperioso acentuar que “(...) la distribución del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que observamos no es inamovible ni natural”<sup>30</sup>. Así, “el reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidado de las mujeres como un aporte al bienestar social (...) no puede ser una excusa para reforzar estereotipos de género, ni para justificar transferencias de ingresos que sostienen niveles mínimos de consumo, pero que son insuficientes para remunerar el cuidado”<sup>31</sup>.

Es aquí donde, a mi entender, nos corresponde como sociedad demandar un rol activo no solamente a los legisladores en la elaboración de políticas públicas adecuadas para suplir dicha inequidad, sino también de los jueces, abogados y doctrinarios, a partir de la implementación del nuevo Código Civil y Comercial, en el entendimiento del alcance y naturaleza jurídica de las nuevas figuras: “compensación económica” y “responsabilidad parental”, y las interacciones entre ellas.

---

<sup>28</sup> Peker, Luciana. «El género del dinero.» *Página 12*, 25 de Abril de 2014.

<sup>29</sup> Peker, Luciana. Op. Cit., pág. 2.

<sup>30</sup> Peker, Luciana. Op. Cit., pág. 2.

<sup>31</sup> Peker, Luciana. Op. Cit., pág. 2.

## Capítulo II: El Código Civil vigente

La invitación en este segundo capítulo es a recapacitar acerca de si el derecho de familia vigente hasta hoy en la Argentina ha tomado en consideración y ha tratado de remediar la desigualdad de género trazada al momento de la ruptura de la pareja conyugal, esbozada en el primer capítulo.

En otras palabras, el interrogante que el presente capítulo pretende responder es si la figura de los alimentos –que es la figura jurídica vigente que más se aproximaría a restablecer dicha desigualdad económica producto de la ruptura matrimonial-, acompañada de las figuras de la patria potestad y la tenencia<sup>32</sup>, configuran una solución a la problemática planteada o si, por el contrario, terminan reforzando los patrones culturales fundados por la sociedad.

### A. Alimentos entre cónyuges

Lo primero a evaluar, en este orden de ideas, es, entonces, qué problemas resuelve hoy en día el derecho argentino con la figura de los alimentos, comprendida en el art. 198 del Código Civil, que insta los deberes y derechos de los cónyuges estableciendo que “los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”.

Cabe recordar, en lo que aquí interesa, que el deber de asistencia material puede definirse como la obligación de sostener el hogar que incumbe a ambos cónyuges en proporción a sus medios<sup>33</sup>. En este sentido, diversos casos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil han puesto de manifiesto que “(...) el principio de igualdad jurídica de los cónyuges debe ser aplicado según las características de cada grupo familiar, tomando en consideración las funciones o los roles desempeñados por cada uno de ellos durante la convivencia, la posición económica, social y cultural del matrimonio y de cada uno de sus integrantes, su edad, estado de salud y capacidad

---

<sup>32</sup> Según los términos del Código Civil vigente.

<sup>33</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pág. 360.

laboral, los bienes y rentas de que disponen o pueden disponer, y las tareas desempeñadas después de la ruptura”.<sup>34</sup>

La doctrina mayoritaria ha interpretado que los alimentos debidos son, justamente, una derivación de la obligación principal de prestarse asistencia mutua. Según la Dra. Paula Grondona, la diferencia reside en que mientras la asistencia se asemeja al deber de solidaridad, que implica respecto y ayuda mutua entre los esposos, “(...) los alimentos, aunque se fundan en el deber de asistencia, se refieren más específicamente a valores o sumas de contenido económico”<sup>35</sup>.

La naturaleza jurídica alimentaria de la prestación a cargo de uno de los cónyuges y a favor del otro no ha generado grandes discrepancias durante el mantenimiento del vínculo matrimonial. En cambio, causó cierta perplejidad en el caso de los divorciados, toda vez que se contentió si podía o no mantenerse una obligación patrimonial derivada del matrimonio cuando dicho vínculo ya se había disuelto. Así, existen quienes advierten que la obligación alimentaria de los ex cónyuges tiene un fundamento indemnizatorio por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, en tanto estiman que es un modo de reparación del perjuicio derivado de la culpa en el divorcio; quienes ven una persistencia del deber matrimonial de asistencia, partiendo de la base de que el matrimonio puede seguir produciendo efectos jurídicos aun disuelto; y, por último, quienes la consideran una reparación del perjuicio derivado no del divorcio, sino de la desaparición del deber de asistencia<sup>36</sup>.

Los caracteres de la obligación alimentaria pueden resumirse principalmente en dos: reciprocidad y permanencia.

El carácter recíproco de los alimentos significa, justamente, que los alimentos derivados del matrimonio son debidos en forma recíproca entre los cónyuges. Ello, que pareciera ser una obviedad, no siempre fue así dado que, originariamente, el deber de proveer alimentos se encontraba únicamente en cabeza del marido, en tanto se

---

<sup>34</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pág. 360.

<sup>35</sup> Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 170.

<sup>36</sup> Belluscio, Augusto César, *Alimentos y prestaciones compensatorias*, en L. L. 1995-A-1032, pág. 1.

consideraba que la mujer casada era una incapaz relativa de hecho, que era representada por su marido quien administraba los bienes del matrimonio -según lo establecido en el art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil 2393 del año 1888-.<sup>37</sup>

Empero, el ordenamiento legal fue evolucionando hacia la equiparación de derechos entre varones y mujeres. El primer paso fue la sanción de la ley 11.357 del año 1926, que amplió la capacidad de hecho de la mujer mayor de edad, cualquiera fuese su estado civil, aunque con ciertas excepciones a dicha capacidad que decía llamarse “plena”. La plena capacidad de hecho de la mujer casada se solidificó cuarenta y dos años más tarde con la ley 17.711 que derogó los artículos que establecían excepciones a su capacidad plena. Además, introdujo el art. 68 que constituyó el primer umbral de la igualdad de los cónyuges en materia alimentaria, instaurando que deducida la acción de divorcio, el juez podía fijar los alimentos “que deban prestarse al cónyuge a quien le corresponde recibirlos”.

No obstante, fue recién con la ley 23.515 del año 1987, que se determinó que la obligación de proveerse asistencia y alimentos entre los cónyuges es recíproca y mutua, equiparando fehacientemente la situación jurídica de los cónyuges<sup>38</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, se encargaron de interpretar los alcances del carácter “recíproco”, entendiendo que “(...) significa que marido y mujer – indistintamente y en paridad- adquieren el compromiso de atender a todas las necesidades del hogar”<sup>39</sup>.

En palabras de Paula Grondona, el carácter recíproco de los alimentos implica que “(...) ambos cónyuges tienen el deber de proveer los alimentos necesarios para el sostenimiento del hogar y para cubrir sus propias necesidades, en la medida de sus

---

<sup>37</sup> Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 171.

<sup>38</sup> Ob. Cit., pág. 171.

<sup>39</sup> CNCiv., sala B, 24-5-2011, “P., M. T. Y otros c/R., C. R. s/Alimentos”, expte. B576005, *Boletín Trimestral de Jurisprudencia*, N°2 correspondiente al año 2011 de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sum. 2, elDial.com – AE25CA; íd., 4-2-2011, “D. R. Y D., P. y otros c/G. Z., P”, L. L. Online, AR/JUR/2591/2011.

posibilidades”<sup>40</sup>. Sin embargo, ello no significa que el principio de igualdad consagrado por el art. 198 del Código Civil deba ser aplicado mecánicamente, desentendiéndose del arribo a soluciones injustas, sino que corresponde analizar cada caso en particular atendiendo a las características del grupo familiar ya que la equiparación jurídica de los cónyuges no significa, necesariamente, que ambos cónyuges tengan iguales recursos económicos. Toma relevancia, en este orden de ideas, los roles que cada uno de los esposos desempeña y está en condiciones de desempeñar.

La permanencia, por el otro lado, retomando los principales caracteres del deber alimentario, implica, según Belluscio, que la obligación alimentaria “(...) subsiste durante la tramitación de los juicios de divorcio y de separación personal (art. 231, CCiv., texto según ley 23.515), después de la separación personal (art. 207) y aún después de disuelto el matrimonio por divorcio (art. 217 y 218)”<sup>41</sup>, aunque, en éste último caso, la acción sería procedente únicamente si se pudiera probar el estado de necesidad del cónyuge reclamante (art. 209) o la respectiva inocencia de éste y culpabilidad del demandado.

En lo relativo a los alimentos durante la separación de hecho, objeto de discusión jurisprudencial y doctrinaria durante un largo período de tiempo, ha triunfado el criterio según el cual la obligación alimentaria aún persiste, en razón de que durante esa situación subsiste el matrimonio, toda vez que el deber conyugal de alimentos deriva del vínculo matrimonial en sí mismo y no de la cohabitación<sup>42</sup>.

Según la disposición del art. 207 del nombrado cuerpo legal, deberá tenerse en consideración, para la fijación de los alimentos, el nivel económico de los esposos, su edad y estado de salud, la dedicación al cuidado y educación de los hijos, la capacitación laboral y la probabilidad de acceso a un empleo del alimentado.

Según lo establecido por la jurisprudencia, los alimentos no deben limitarse al a satisfacción de las necesidades mínimas, sino que deben comprender también lo

---

<sup>40</sup> Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 173.

<sup>41</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pág. 361.

<sup>42</sup> Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 184.

necesario a fin de cubrir todas las exigencias de la vida en relación, necesidades culturales, distracciones y viajes de recreo o descanso, etc.

El incumplimiento del deber de asistencia, ya sea en su aspecto moral o material, puede dar lugar a sanciones civiles como causal de separación personal y de divorcio (ya sea como injurias graves o hasta constituyendo uno de los elementos del abandono) e, inclusive, puede hasta fundar sanciones penales, tipificando el delito de “incumplimiento de deberes de asistencia familiar”, siempre que no medie divorcio por culpa de quien pretende accionar.

El análisis de los alimentos, por su parte, obliga inevitablemente al estudio de la figura durante la separación de hecho y una vez producido el divorcio para entender el tratamiento jurídico actual acerca del posicionamiento económico de la mujer una vez desencadenada la ruptura de la pareja conyugal. Se deja de lado, en cambio, y de forma deliberada, el estudio de los alimentos durante la vida en común de los cónyuges toda vez que resulta difícil diferenciar, durante dicho plazo, el deber de asistencia del estrictamente alimentario ya que cuando la vida se desarrolla en comunidad, dichos deberes se confunden y no pueden ser cómodamente escindidos. En efecto, “durante la vida en común, normalmente la prestación alimentaria se desenvuelve en conjunto con los demás deberes en forma armónica, según los roles que los cónyuges desempeñan en forma espontánea, siendo los ingresos económicos consumidos en el hogar conyugal”<sup>43</sup>, por lo cual resulta poco habitual en la práctica que durante la vida en común de los cónyuges uno de ellos solicite por vía judicial la fijación de una cuota alimentaria.

#### **i. Alimentos entre cónyuges durante la separación de hecho**

La separación de hecho ha sido definida, según los doctrinarios Martín Zalduendo y Ricardo Antón, como “la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitar en

---

<sup>43</sup> Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 176.



forma permanente sin que causa justificada alguna lo imponga, sea por voluntad de uno o ambos esposos”<sup>44</sup>.

Si bien el art. 198 según la actual redacción del Código Civil no contempló de forma expresa la cuestión de la prestación alimentaria durante la separación de hecho, lo cual ostenta una verdadera laguna normativa en esta materia, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria concibieron que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la fijación de una cuota alimentaria al otro, toda vez que durante esa situación aún subsiste el matrimonio y, con ello, el deber conyugal de asistencia material –que deriva del vínculo matrimonial en sí mismo y no de la cohabitación-<sup>45</sup>.

La jurisprudencia ha advertido, en este orden de ideas, que “(...) existe unidad de criterio en cuanto a que avalar el derecho alimentario que asiste al que menor caudal económico ostente, no viene dado por la cohabitación sino por el vínculo existente; de este modo, aun durante la separación de hecho, continúa vigente el sistema de asistencia espiritual y material”<sup>46</sup>.

En cambio, el art. 432 del nuevo Código Civil y Comercial cubre el silencio normativo, plasmando la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, fundando expresamente que “los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho”.

Empero, en cuanto a la extensión de la cuota alimentaria durante la separación de hecho, ha habido y seguirá habiendo discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales dado que ni el Código Civil ni el nuevo Código Civil y Comercial contienen disposiciones relativas al alcance de los alimentos durante dicho período. Así, hay quienes consideran que la cuota debe limitarse a los alimentos estrictamente necesarios mientras que existen quienes interpretan que debe mantenerse al cónyuge en el mismo nivel socioeconómico que mantenía durante la vida en común<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Antón, Ricardo E. y Zalduendo, Martín, *Alimentos y separación de hecho. Necesidad de su regulación legal*, en L. L. JA 2004-I-882, pág. 2.

<sup>45</sup> Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 184.

<sup>46</sup> C. Nac. Civ., sala G, “De Nigris, Patricia Delia c/ Sffaeir, Ernesto José s/ Alimentos” 10/04/2012, LL AR/JUR/9662/2012

<sup>47</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 185.

Quienes apoyan la posición de que corresponde fijar una cuota que se limite estrictamente a las necesidades consideradas más elementales, han partido de la base de que la separación de hecho es una situación anómala que no puede equipararse a la situación del consorte declarado culpable toda vez que se estaría castigando jurídicamente a una persona que aún no ha sido declarada como tal.

Antón y Zalduendo se inclinan por esta postura “(...) con sustento en la igualdad jurídica que existe en la actualidad entre los esposos, lo cual se traduce en la reciprocidad del deber alimentario; y, por ende, no se condice con imponer a ninguno de ellos que mantenga el nivel de vida del otro”<sup>48</sup>. Advierten, asimismo, que “como en los casos de juicios de alimentos entre cónyuges separados de hecho no se juzga la culpa en la separación, mal puede reputarse a ninguno de ellos como culpables, aun en el caso de que la separación de hecho se deba al abandono de uno de los esposos”<sup>49</sup>. De esta manera, “hacer soportar sobre el cónyuge separado de hecho la carga alimentaria (de contenido indemnizatorio) prevista en el art. 207 (...) importa aplicarle una condena de culpabilidad que no ha sido juzgada”<sup>50</sup>. En cualquier caso sostienen que el cónyuge inocente de la separación de hecho que pretende percibir la cuota alimentaria que le permita mantener el nivel de vida del que gozaba antes del cese de la convivencia, “(...) deberá accionar por separación personal o divorcio vincular, obtener una sentencia que declare culpable al otro consorte, para recién en esa oportunidad poder reclamar los alimentos necesarios que le permitan mantener el nivel económico del que disfrutaba durante la unión”<sup>51</sup>.

En la misma corriente doctrinaria se ha expresado el Dr. Mizrahi, advirtiendo que los alimentos entre cónyuges separados de hecho deben limitarse a los llamados de toda necesidad con fundamento en que como consecuencia del fracaso de la pareja conyugal, dejan de existir la convivencia y la comunidad de vida, motivo por el cual los alimentos ya no están destinados a mantener el hogar común, sino que de lo que se trata, a fin de cuentas, es de la asistencia económica al cónyuge necesitado.

---

<sup>48</sup> Antón, Ricardo E. y Zalduendo, Martín, *Alimentos y separación de hecho. Necesidad de su regulación legal*, en L. L. JA 2004-I-882, pág. 3.

<sup>49</sup> Antón, Ricardo E. y Zalduendo, Martín. Ob. Cit., pág. 4

<sup>50</sup> Antón, Ricardo E. y Zalduendo, Martín. Ob. Cit., pág. 4

<sup>51</sup> Antón, Ricardo E. y Zalduendo, Martín. Ob. Cit., pág. 4

En el mismo sentido se ha expedido la jurisprudencia en diversas oportunidades, especificando que por “necesidades elementales” deben comprenderse aquéllas que fueren de toda necesidad por carecer recursos propios suficientes o la posibilidad razonable de procurárselos. Así ha resuelto justamente la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el caso “P.,G. y otro c. L.O., L.” con fecha 7 de junio de 2007, instituyendo que “(...) cabe señalar que el fundamento de los alimentos provisionales reside en que deben cubrir las necesidades imprescindibles de los beneficiarios y su cuantía depende la valoración de los elementos de juicio, incorporados al momento de su determinación, hasta tanto se llegue a sentencia definitiva, oportunidad en que cesan –o se transforman en definitivos- por haberse cumplido la condición a la que estaban subordinados”<sup>52</sup>.

El sector doctrinario hoy predominante entendió, en contraposición, que dado que durante la separación de hecho aun persiste el vínculo matrimonial, los alimentos deben asemejarse a aquéllos debidos mutuamente por los cónyuges durante la vida en común. Por ello replican que no deben limitarse exclusivamente a la mera subsistencia, sino que deben velar por la preservación del nivel de vida que el cónyuge reclamante tenía durante la convivencia matrimonial.

Así lo sostuvo la sala G de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, interpretando que el cónyuge debía pasar a su esposa una cuota alimentaria durante la separación de hecho, que atienda a las posibilidades del alimentante y su relación con el nivel de vida sostenido con anterioridad a la separación, el que se procura preservar de la mejor manera posible, pues no se alteran los principios de asistencia material del art. 198 del Código Civil<sup>53</sup>.

Según Grondona, “la tesis más equilibrada y acorde a la realidad reconoce que durante la separación de hecho subsiste el matrimonio y, consecuentemente, los deberes alimentarios entre cónyuges, pero la separación de hecho configura un estado intermedio, que no tolera la aplicación automática y sin matices de las normas establecidas para la vida en común. Dicho de otro modo, parecería que en esta etapa los derechos y deberes personales derivados del matrimonio se atenúan o debilitan debido al cese de la vida en común. En consecuencia, si bien se debe tender hacia la

---

<sup>52</sup> C. Nac. Civ., sala C, 07/06/2007, “P.,G. y otro c. L.O., L.”, LL AR/JUR/3377/2007

<sup>53</sup> C. Nac. Civ., sala G, 10/04/2012, LL AR/JUR/9662/2012

mantención del requirente en el mismo nivel de vida que gozaba durante la convivencia matrimonial, los alimentos tienen que adecuarse a la situación propia que implica la ruptura de la vida en común y que supone mayores gastos”<sup>54</sup>.

Con todo, lo relevante a los fines del presente trabajo es comprender cuáles son los requisitos exigidos para poder interponer el reclamo de alimentos durante la separación de hecho que, si bien el Código Civil no los establece taxativamente, han sido completados por la jurisprudencia y la doctrina. Así, han establecido que los recaudos generalmente exigidos son los siguientes: el título alimentario, los roles desempeñados durante la vida en común matrimonial, el estado de necesidad del requirente, la falta de recursos o imposibilidad de conseguirlos y, finalmente, la posibilidad del alimentante de prestar los alimentos que se solicitan.

En primer lugar, el título alimentario implica, en breve, probar el estado de cónyuge y el hecho de la separación. No es necesario, en cambio, que los cónyuges vivan en casas separadas ya que podría darse el caso de que por razones económicas o de cualquier otra índole, continúen viviendo bajo el mismo techo, aun cuando hayan decidido desunirse.

Toma relevancia, en segundo lugar, y a los fines de que se conciba procedente el reclamo alimentario, los roles desempeñados durante la vida en común matrimonial. Se ha dicho, en este orden de ideas, que el juez deberá valorar los roles desempeñados por cada uno de los esposos durante la vida en común para discernir si quien los solicita requería y, en consecuencia, sigue requiriendo del aporte monetario del demandado. Por tal motivo, “(...) quien reclame alimentos tiene la carga de probar que, por causa de los roles asumidos por cada uno durante la vida en común, el otro proveía los alimentos, y en consecuencia debe seguir aportándolos durante la separación de hecho, para atender a su propio mantenimiento y del hogar, sea en forma total o parcial”<sup>55</sup>.

De más está decir, en razón de la equiparación jurídica entre los cónyuges respecto del deber alimentario, que el pedido de alimentos puede ser formulado no sólo por la mujer sino que corresponde también al marido; aunque, jurisprudencialmente, sobresalen en cantidad los primeros por sobre los segundos.

---

<sup>54</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 188

<sup>55</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 190.

En cuanto a los roles desempeñados durante la vida en común de la pareja matrimonial, la jurisprudencia ha reconocido que a menudo suele presentarse un modelo de familia en el cual uno de los cónyuges (que generalmente es la mujer) es quien se dedica a las tareas domésticas y del hogar, mientras que el otro es el proveedor económico. Así, asegura Grondona que, “cuando los roles del matrimonio resultan claramente diferenciados, se tiende a aceptar la procedencia del reclamo del cónyuge que se ha dedicado a las tareas del hogar frente a quien ha sido el sostén económico durante la vida en común (...)”<sup>56</sup>.

La complicación presentada según lo descripto en el párrafo *ut supra* es, a mi entender, que no se estaría tomando en cuenta la llamada “revolución estancada” puntualizada por Hochschild, que Wainerman ha estudiado para el caso concreto de la Argentina. Si bien, por un lado, se estaría amparando a la mujer ama de casa, es decir, aquella que realiza exclusivamente trabajo doméstico, se deja desprotegidas a aquellas mujeres que cumplen con una doble jornada laboral (doméstica en el hogar y extra doméstica en el mercado laboral), que abundan en la actualidad.

Afortunadamente algunos jueces han tomado en consideración lo antedicho, argumentando que en la actualidad los roles dentro del matrimonio no son tan diferenciados, por lo que es frecuente que se presente la situación familiar en la cual ambos cónyuges –tanto la mujer como el varón-, son los proveedores de recursos económicos para el sostén del hogar, en mayor o menor medida, por lo que dicha circunstancia no obsta a la fijación de alimentos a favor de uno de ellos<sup>57</sup>. El ejemplo que cita Grondona es cuando uno de los esposos, a pesar de tener ingresos propios, necesita del aporte económico del otro para sustentarse una vez separados de hecho, toda vez que el requerido era el principal proveedor durante la vida en común.

Con todo, la jurisprudencia ha entendido que los roles matrimoniales no deben analizarse en forma estática ni ser la justificación para mantener una situación de modo permanente, máxime si quien reclama alimentos no se encuentra imposibilitado de obtener sus propios recursos<sup>58</sup>. En ese análisis debe ponderarse, según lo establecido por la sala E de la Cámara Nacional Civil, la aptitud del requirente de obtener recursos a través de actividades laborales remuneradas –tales como ser la profesión y la

---

<sup>56</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 192.

<sup>57</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 192.

<sup>58</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 194.

experiencia laboral-, las tareas que desempeñó durante la duración de la vida matrimonial y a partir de la separación de hecho, la edad, el estado de salud y demás circunstancias personales<sup>59</sup>. Además, la sala H ha agregado que debe tenerse en cuenta la situación general del país para evaluar las reales posibilidades de acceso al mercado laboral<sup>60</sup>.

El requisito de estado de necesidad del requirente, en tercer lugar, importa, justamente, la obligación de acreditar la necesidad, ya que no se presume –como ocurría bajo la vigencia de la ley 2393- la necesidad de la mujer para que se le fije una cuota alimentaria durante la separación de hecho. Ello se desprende no solamente del principio de igualdad entre cónyuges, sino también del principio procesal según el cual quien alega es quien debe probar.

En cuarto lugar, el requisito de la falta de recursos o la imposibilidad de conseguirlos, hace hincapié en que es necesario contrastar los recursos de cada uno de los esposos. Así, “(...) si los ingresos de los cónyuges son equivalentes o son mayores los del requirente, ya sea por sus actividades laborales o por las rentas de sus bienes propios o gananciales de su masa de administración, el reclamo no debería prosperar (...)”<sup>61</sup>. En cambio, el reclamo del cónyuge que percibe menos ingresos o cuenta con menos recursos económicos puede prosperar en la medida en que éstos no le permitan mantener el nivel de vida del que gozaba durante la convivencia matrimonial.

El problema que aun subsiste es, según mi opinión, que no se toma en consideración el grueso de los casos en los cuales si bien ambos cónyuges obtienen similares ingresos o incluso mayores el requirente –es decir, el esposo que pretende los alimentos-, es la cónyuge mujer la que se encuentra en la mayoría de las ocasiones en desventaja ya que, además de cargar con las responsabilidades laborales, es la encargada –por una cuestión que algunos entenderán cultural y otros natural- de atender a las necesidades del hogar que incluyen, en la mayoría de los casos, el cuidado de los hijos en común.

---

<sup>59</sup> CNCiv., sala E, 19/11/1999, “S., N. c/M., I. J.”, L. L. 2001-I-57.

<sup>60</sup> CNCiv., sala H, 22/10/2010, “F. B. M. A. Z. c/C. N. R. s/Alimentos”, E. D. Digital (61692) (publicado en 2011).

<sup>61</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 198.

El argumento de quienes advierten que en tal caso no correspondería la fijación de alimentos en favor de la mujer, con sustento en la igualdad jurídica de los cónyuges, y en el consiguiente principio de que los cónyuges separados de hecho que poseen el mismo nivel socioeconómico de recursos económicos deben autoabastecerse cada uno a sí mismo, pues de lo contrario implicaría un desequilibrio injustificado del marido en beneficio de su esposa, descuidan que si bien esa igualdad puede haberse plasmado en las normas, dista de ser alcanzada en la práctica.

Dichosamente, Bossert ha dicho que debe tomarse en consideración, para la fijación de la cuota alimentaria, quien queda a cargo de los hijos menores<sup>62</sup> -toda vez que ello implica, innegablemente, menos tiempo disponible para obtener recursos económicos en el mercado laboral-, la cantidad y edad de los hijos y si el requirente posee o no empleada doméstica que la ayude con las labores del hogar<sup>63</sup> -aunque en este caso, cabe destacar que si bien la mujer puede contar con el auxilio de un familiar o una empleada doméstica contratada a tales fines, es ella misma la encargada de delegar las tareas y velar por su adecuado cumplimiento-.

Por último, existe discrepancia doctrinaria y jurisprudencial en cuanto al requisito de la posibilidad del alimentante de prestar los alimentos que se solicitan en tanto hay un sector que considera que deben tenerse en cuenta los ingresos efectivos o “reales” del alimentante y no su capital<sup>64</sup> mientras que existen quienes consideran que debe tomarse en cuenta también “(...) su capital, la condición social de las partes, modalidades de vida y características propias de existentes durante la vida en común, situaciones éstas que dan una pauta para meritar la capacidad económica del obligado al pago de los alimentos, puesto que, en principio, se debe tender a fijar una cuota equitativa que mantenga, dentro de lo posible, un nivel aproximado al que regla con anterioridad a la separación”<sup>65</sup>. Deben ser ponderados asimismo, tal como señala Grondona, los nuevos gastos que irroga para el alimentante la separación de hecho –

---

<sup>62</sup> Bossert, Gustavo A. Op. Cit., pág. 33.

<sup>63</sup> CNCiv., sala A, 25/08/2009, “C., C. c/C., J. C.”, J. A. 2010-II-49, L. L. Online, AR/JUR/75598/2009.

<sup>64</sup> CNCiv., sala D, 14/08/1990, “R., Ll. c/R., R.”, E. D. 140-811.

<sup>65</sup> CNCiv., sala B, 28/05/1997, “N. A., C. M. I. Y otros c/D. C., J. C. s/Alimentos”, E. D. 174-272 (publicado en 1997).

como, por ejemplo, los gastos generados por la nueva vivienda-, y adecuarse la cuota a las circunstancias fácticas planteadas por la cesación de la vida en común<sup>66</sup>.

A los fines del presente trabajo, en donde se pretenden estudiar las relaciones entre familia, trabajo y género, toma especial importancia la interpretación que le ha dado la jurisprudencia a los roles desempeñados por los cónyuges durante el matrimonio y al entendimiento del recaudo de la falta de recursos o la imposibilidad de conseguirlos.

De esta manera se ha observado sistemáticamente en los antecedentes jurisprudenciales que el cónyuge varón debe alimentos a la mujer si y sólo si ésta no tiene forma de procurárselos por sí misma. Así, se han resguardados los derechos e intereses de la mujer ama de casa, es decir, de aquélla que realiza únicamente trabajo doméstico, que es, sin lugar a dudas, la figura más vulnerable en este esquema.

Siguiendo este lineamiento se ha expedido la sala A, entre otras, de la Cámara de Apelaciones estableciendo que “en orden a los alimentos de la cónyuge, debe atenderse a la edad de esta última (...) que tiene a su cargo la guarda de sus hijos, lo cual crea la presunción (...) de que la ayuda de su esposo le es de toda necesidad, pues, a su turno los menores le demandan dedicación y, en tales circunstancias, se encuentra impedida de desarrollar cualquier tipo de tareas remuneradas sino sólo aquellas que no la obliguen a estar demasiado tiempo fuera de su hogar (...). Por lo demás, la ayuda del esposo no sería más que una mínima contribución que se sumaría al aporte en especie de aquélla, razón por la cual corresponde su confirmación (...)”<sup>67</sup>.

De igual modo ha fallado la sala B de la Cámara, con fundamento en que las distintas funciones que los cónyuges se hayan atribuido durante el matrimonio, serán las que decidirán el modo en que se aplicará el art. 198 del Código Civil una vez cesada la cohabitación, pero reconociendo que dichas funciones no se desligan de ciertos roles de la mujer en nuestra sociedad que perduran más allá del cambio legislativo operado por la ley 23.515 –que consagró la igualdad jurídica entre los cónyuges-, por lo que corresponde dar lugar al reclamo de la mujer “(...) si la esposa trabajó en el hogar, dedicándose al cuidado y conservación del mismo, con la obvia restricción que ello

---

<sup>66</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 202.

<sup>67</sup> CNCiv., sala A, 22/09/1995, “K. de K., Ch. c/ K., M.”, L. L., 1996-C, 622. Online, AR/JUR/157/1995.



acarreó en orden a sus posibilidades laborales, en tanto que era el marido el único que efectuaba los aportes económicos necesarios para el desenvolvimiento del matrimonio (...)<sup>68</sup>.

De forma similar, aunque frente a circunstancias de hecho algo disímiles –donde la mujer se había dedicado al trabajo en el hogar durante la convivencia, pero habiéndose graduado de una carrera universitaria una vez separada de hecho- se ha expedido la sala E de la Cámara Nacional, instaurando que “(...) lo cierto es que (...) la cónyuge tiene derecho a que se le fije una suma acorde con sus necesidades y al nivel de vida en que se desarrolló el matrimonio. Máxime si (...), pese a que la actora se dedicó a actividades culturales y ya separada se graduó en periodismo (...), lo cierto es que no está acreditado que tenga un ingreso fijo, lo que unido a la edad (aproximadamente sesenta años), hace presumiblemente difícil su inserción en el mercado laboral”<sup>69</sup>.

No se arriba a la misma solución, sin embargo, y se termina declarando improcedente el reclamo alimenticio, siempre que la mujer trabaje (ya sea a tiempo completo o parcial) o por lo menos se estime que tenga la posibilidad razonable de procurarse sus propios recursos.

Así se pronunció la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, concluyendo que “corresponde revocar la resolución que admitió la cuota alimentaria a favor de la esposa con fundamento en que durante el matrimonio fue el cónyuge el único proveedor dedicándose aquélla a estudiar, toda vez que la actora –en el caso, se trataba de una joven universitaria de 30 años- no ha acreditado imposibilidad para trabajar, pues en virtud del art. 198 del Cód. Civil existe una obligación alimentaria recíproca y no se presume la necesidad de la mujer”<sup>70</sup>.

En igual sentido se expidió la misma sala en otro caso estableciendo que “es improcedente la petición de alimentos provisorios formulada por un cónyuge separado de hecho, si no demostró la existencia de una necesidad real que justifique la fijación de

---

<sup>68</sup> CNCiv., sala B, 04/05/1994, “A. de C., A. M. c/ C., J. M.”, L. L. 1995-D, 39. Online, AR/JUR/1886/1994.

<sup>69</sup> CNCiv., sala E, 12/10/2004, “Galardi Elitchery, Alba Francisca c/ Lescano, Carlos Eduardo”. Online, AR/JUR/7958/2004.

<sup>70</sup> CNCiv., sala K, 13/07/2004, “V., V. B. c/ C., M.”, L. L. 2004-E, 96. Online, AR/JUR/1030/2004.

dicha cuota, aun cuando el poder económico del demandado la torne viable, pues no se configura el requisito de verosimilitud del derecho –condición necesaria para acoger esta pretensión de carácter cautelar-, máxime si el peticionante habita en la sede del hogar conyugal y su autonomía económica durante el matrimonio se encuentra controvertida”<sup>71</sup>.

De las sentencias analizadas se desprende, a mi juicio y a modo de síntesis, un razonamiento erróneo, o por lo menos debatible, toda vez que estimo que no es sensato que se reconozca el trabajo que realiza la mujer en el ámbito doméstico solamente si se dedica exclusivamente a ello, pero se olvide de dicho esfuerzo en el caso de la mujer que, además de trabajar en el mercado laboral y percibir sus propios ingresos, efectúe las tareas domésticas del hogar (obviamente debiendo probar en tal caso dicho extremo). En definitiva, deduzco que se les termina dando tratos diferenciados a situaciones prácticamente idénticas –con la salvedad de que en el segundo caso la mujer ha sido y seguirá siendo, en adición, proveedora económica del hogar-.

Reconozco que el derecho ha intentado –y logrado- resguardar los derechos de la figura más vulnerable del esquema una vez producida la ruptura de la pareja conyugal (la mujer “ama de casa”), pero considero que deja escapar un panorama ineludible de nuestro contexto actual en el cual la mujer ha salido a trabajar fuera del hogar, a la vez de que sigue realizando la mayoría del trabajo doméstico dentro del hogar. Por ende, la aplicación del principio de igualdad a dicha situación no equivaldría a tratar a los consortes de modo idéntico, sino justamente reconocer dichas diferencias para poder así equipararlos fehacientemente.

## **ii. Alimentos entre cónyuges posteriores a la sentencia de divorcio**

Según lo establecido por el régimen del Código Civil vigente, son procedentes los alimentos debidos entre los ex cónyuges en tres casos específicos, enumerados taxativamente en el Capítulo X del Título I de la Sección Segunda: a favor del cónyuge

---

<sup>71</sup> CNCiv., sala K, 07/10/2002, “V., T. c/ G., R.”, L. L. 2002-F, 545. Online, AR/JUR/637/2002.

inocente (art. 207), a favor del cónyuge enfermo (art. 208) y, por último, los alimentos considerados de toda necesidad (art. 209).

A los fines del presente trabajo, y dada la perspectiva de género que procura señalar, importa exclusivamente el estudio del primer y del tercer supuesto, excluyendo de esta manera el análisis del art. 208 por tratarse de un caso específico que se aparta de lo que pretende abarcar este capítulo.

Se evidencia que la situación económica de la mujer es aun más preocupante una vez pronunciada la sentencia de divorcio que originada la separación de hecho, ya que el principio general que plantea el Código es que los alimentos entre ex cónyuges son debidos únicamente si se tratare del divorcio sanción o contradictorio, es decir, si el divorcio fuera subjetivo, atribuyéndosele la culpa de la ruptura matrimonial a uno de los cónyuges, según lo establecido en el art. 207 de dicho cuerpo legal.

Es relevante destacar, en relación al divorcio contradictorio, que suele darse cada vez con menor frecuencia en la práctica pues la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten las familias que deciden encarar el fin del matrimonio por esa vía<sup>72</sup>, motivo por el cual el nuevo Código Civil y Comercial decide suprimirlo, fundando el llamado divorcio incausado, según el cual “(...) se deja de lado la culpabilidad y la inocencia a la hora de establecer las consecuencias, impidiéndose valorar la conducta matrimonial al tiempo de la disolución (...)”<sup>73</sup>.

Toma relevancia, en esta sección del capítulo, asimismo, la naturaleza jurídica de la figura de los alimentos prevista en el art. 207 del Código Civil, toda vez que implica definir qué mirada tiene el derecho de familia vigente hoy en la Argentina acerca de la mujer. Esto es, si los alimentos previstos en el art. 207 del Código Civil tienen naturaleza alimentaria o asistencial, teniendo una mirada tuitiva sobre la mujer; o si, por el contrario, gozan de naturaleza compensatoria o resarcitoria.

---

<sup>72</sup> Lloveras, Nora, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2211/2012.

<sup>73</sup> Medina, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com), pág. 13.

Los doctrinarios que afirman la naturaleza alimentaria o asistencial de los alimentos, tales como Osvaldo Onofre Álvarez<sup>74</sup>, toman como punto de partida que la solidaridad conyugal subsiste aún después de disuelto el vínculo matrimonial.

Sugiere Belluscio, en definitiva, que el art. 207 del Código Civil presenta una naturaleza más alimentaria que compensatoria dado que rige exclusivamente en la separación personal o en el divorcio por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, a diferencia de lo que acontece con las prestaciones compensatorias que son autónomas de la responsabilidad en el fracaso matrimonial y se basan en una situación objetiva de desigualdad económica<sup>75</sup>.

Fanzolato, en cambio, adhiere a la posición que defiende la naturaleza resarcitoria o compensatoria, arguyendo que como el vínculo matrimonial queda disuelto con la sentencia de divorcio vincular, los alimentos no pueden tener naturaleza asistencial. Los alimentos, según el autor, serían una suerte de indemnización a favor del cónyuge inocente por no haber causado el divorcio y haber sufrido un daño injusto como consecuencia de la conducta reprochable del obligado al pago, convirtiéndose así los alimentos conyugales en una prestación resarcitoria a favor del cónyuge declarado incinere en el juicio<sup>76</sup>.

Otros célebres doctrinarios tales como Zannoni, han advertido la naturaleza mixta de la figura de los alimentos, aunque con una especial tendencia hacia la naturaleza asistencial, argumentando que si bien se trata de una prestación de carácter alimentario en cuanto a su naturaleza y determinación de su cuantía y extensión, puede entreverse, a su vez, un fundamento indemnizatorio<sup>77</sup>.

Queda demostrado, a mi juicio, que la figura del art. 207 ha tenido, más allá de las presentes discusiones acerca de la naturaleza jurídica, en todo caso, un propósito sancionatorio, ya que poco importa la riqueza económica del reclamante para que se estime procedente su reclamo, por lo que revela que el objetivo último de la existencia

---

<sup>74</sup> Álvarez, Osvaldo Onofre, *Alimentos en la separación de hecho y en el divorcio*, en E. D., págs. 161-685.

<sup>75</sup> Belluscio, Augusto César, *Alimentos y prestaciones compensatorias*, en L. L. 1995-A-1032, pág. 1.

<sup>76</sup> Fanzolato, Eduardo I. *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*. Buenos Aires: Depalma, 1991, pág. 28.

<sup>77</sup> Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea, 2006, Tomo 2, pág. 219.

de dicha institución es castigar al culpable, y no compensar a quien realiza un trabajo extra (doméstico).

En cuanto al divorcio remedio u objetivo, por el otro lado, y bajo el régimen jurídico instaurado por el Código Civil, donde no se declara la culpa de uno de los cónyuges, sino que se encuadran los hechos en alguno de los supuestos del art. 214, inc. 2 (separación de hecho por un tiempo continuo mayor de tres años) o del art. 215 (divorcio por presentación conjunta) o del art. 216 (conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular), se posiciona a la mujer en una situación de desventaja en comparación con el varón, sea ésta trabajadora o no –especialmente en éste último caso-, salvo que se juzgue configurado el supuesto denominado indistintamente “alimentos de toda necesidad” o “alimentos para la subsistencia” del art. 209 del Código Civil.

El art. 209 del Código Civil. por su parte, establece que “Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviere recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia (...)”. El art. 217 del mismo cuerpo legal extendió lo dispuesto anteriormente a los casos de divorcio vincular.

Concibe Grondona que el fundamento de los alimentos de toda necesidad radicó en la solidaridad subsistente entre cónyuges pese a la ruptura del vínculo en razón de la separación personal o del divorcio vincular. Agrega, además, y en lo que aquí interesa, que “estos alimentos se fijan en forma excepcional y son de carácter estricto o limitado, toda vez que deben proveer sólo lo necesario para la subsistencia del cónyuge que los reclama”<sup>78</sup>, acreditando quien los reclama que necesita del aporte monetario del otro, toda vez que carece de recursos propios suficientes e imposibilidad razonable de procurárselos<sup>79</sup>.

Recapitulando, en cuanto a la mujer ama de casa –es decir, aquélla que realiza exclusivamente trabajo doméstico y no trabajo remunerado en el mercado laboral-, se la deja totalmente desamparada –excepto que logre acreditar la culpabilidad de su cónyuge- y concibo que habría que repensar el tratamiento jurídico de la cuestión de los

---

<sup>78</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 226.

<sup>79</sup> Grondona, Paula, Ob. Cit., pág. 229.

alimentos desde el derecho toda vez que se trata de un sistema familiar que se organizó de cierta manera por decisión conjunta de ambos cónyuges, por lo que pareciera ser totalmente injusto dejarla abandonada y a la suerte de conseguir un trabajo remunerado cuando la misma resignó al mismo para poder dedicarle ese tiempo a la realización del trabajo doméstico.

En este contexto, y aún en el caso de que procedieran los llamados alimentos de toda necesidad del art. 209 del Código Civil, considero que si solamente alcanzarían para proveer lo necesario para la subsistencia, tampoco éstos constituirían una solución jurídica adecuada para el desequilibrio económico que produce la ruptura de la pareja conyugal para con la mujer.

En tal sentido, y con fundamento en el art. 209 del Código Civil, se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes fallando a favor de una ex esposa en un juicio sobre alimentos pese a la existencia de una sentencia firme de divorcio fundada en causal objetiva<sup>80</sup>. Según relatan los hechos, mientras los cónyuges vivieron de consuno, la mujer se dedicó al hogar y al cuidado de los hijos, además de ayudar al marido en su actividad comercial, sin recibir jamás participación en las ganancias. La Cámara declaró cesantes de pleno derecho los alimentos provisorios debido a la firmeza de la sentencia de divorcio. El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en cambio, descalificó ese pronunciamiento, manteniendo los alimentos provisorios, encuadrando los hechos en el art. 209 del Código Civil pues la cónyuge carecía tanto de “recursos propios suficientes” como de “posibilidad razonable de procurárselos” en tanto se dedujo que “(...) no es dudoso en los tiempos que corren que conforme al curso normal y ordinario de las cosas es difícilísimo para una mujer de 50 años insertarse en el mercado laboral”. En palabras del Dr. Omar U. Barbero que comentó dicho fallo, la decisión final se ajustó a la ley vigente: “el marido atendió a su comercio y generó los ingresos familiares, pero siempre con la colaboración de su mujer; no puede ahora después del divorcio dejar librada a su suerte a quien resignara su desarrollo personal en aras del progreso del conjunto”<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 15/08/2014, “L. de F., G. E. c/ M. J. F. s/ divorcio vincular”.

<sup>81</sup> Barbero, Omar U., “Alimentos para una ex esposa, a pesar de sentencia firme de divorcio fundada en causal objetiva, con fundamento en el art. 209 del Código Civil”, Publicado en: LLLitoral 2015 (marzo), 135. Online: AR/DOC/519/2015.

El hecho de que el comentario del Dr. Barbero al fallo recién descrito se titule como “Alimentos para una ex esposa, a pesar de sentencia firme de divorcio fundada en causal objetiva, con fundamento en el art. 209 del Código Civil” no es casual y denota, a mi entender, su escasa aplicación en la práctica pese a una redacción normativa que explícitamente lo permite al prescindir de la declaración de culpabilidad para estimar procedentes los alimentos en el caso de que el cónyuge reclamante no tenga recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

Retomando, en cuanto a la mujer trabajadora –ya sea a tiempo parcial o completo-, por el otro lado, si bien se reconoce que está en una mejor posición después de la ruptura familiar que la mujer ama de casa, entiendo que se sigue poniendo en cabeza de ella, por un problema cultural, y de división del trabajo según el género, la realización de las tareas domésticas, obligándola a realizar la ya mencionada doble jornada laboral.

De acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial, en contraste con lo analizado en los párrafos *ut supra*, se establece como principio general que no se admiten los alimentos derivados del divorcio, “(...) aunque excepcionalmente pueden establecerse respondiendo a la autonomía personal o a la situación en que uno de los cónyuges sufra un grado de vulnerabilidad importante”<sup>82</sup>, a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse y a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (confrontar art. 434), por cuanto, de forma simultánea, se instaura la figura de la compensación económica –improcedente para quien percibe alimentos-.

Esta cosmovisión que introduce el nuevo régimen en lo relativo al derecho alimentario de los cónyuges con posterioridad al divorcio responde a dos motivos centrales siendo estos la supresión del divorcio causado y el principio de autosuficiencia de los ex cónyuges y la recepción del postulado de igualdad en términos de “igualdad real de oportunidades”<sup>83</sup>, pero por sobre todo se edifica sobre la base del fundamento de

---

<sup>82</sup> Lloveras, Nora, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2211/2012, pág. 2.

<sup>83</sup> Molina de Juan, Mariel. *Matrimonio*. Vol. I, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 245-308. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 283.

la solidaridad familiar toda vez que las excepciones al principio general del art. 434 del nuevo cuerpo legal denotan su carácter totalmente asistencial y tuitivo.

## B. Las figuras de la Patria Potestad y la Tenencia

La patria potestad es, según el art. 264 del Código Civil, “(...) el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. Según el inciso 1º del mencionado artículo, su ejercicio corresponde, en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente; y, en caso de separación de hecho o divorcio vincular, “(...) al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación”.

Si bien el derecho de guarda no ocasiona mayores dificultades cuando los cónyuges están casados, puede plantearse el problema de atribuir judicialmente la tenencia de los menores cuando los progenitores están separados de hecho o de derecho<sup>84</sup>.

Se introduce en esta sección del capítulo un breve apartado dirigido a las figuras de la patria potestad y la tenencia ya que si bien el Código Civil proclama que el primer derecho corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, y el segundo a aquél progenitor que ejerza la tenencia, puede observarse un claro patrón no sólo en las normas, sino también en la práctica, que indica que en la gran mayoría de los casos, son las madres quienes obtienen la tenencia de los hijos menores de edad, sin perjuicio de los derechos de visita y de supervisión sobre la educación que se mantienen para con el otro progenitor (9 de 10 tenencias son otorgadas a las madres según un relevamiento realizado por Clarín en juzgados de Capital y de Provincia<sup>85</sup>).

Ello incide de forma directa en el presente trabajo toda vez que importa, sin lugar a dudas, la realización de un esfuerzo adicional en la ejecución del trabajo

---

<sup>84</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pág. 840.

<sup>85</sup> Sousa Dias, Gisele, “Divorcio: 9 de 10 tenencias son otorgadas a las madres”, en [http://entremujeres.clarin.com/tenencias\\_madres\\_0\\_1334268857.html](http://entremujeres.clarin.com/tenencias_madres_0_1334268857.html)



doméstico por parte de la madre separada de hecho o divorciada y, conjuntamente, una complicación más frente a la realización del trabajo productivo en el mercado laboral pues importa menos tiempo y esfuerzo disponible, por el período dedicado al cuidado de los hijos en común en el seno del hogar.

Tanto en la separación personal, como en el divorcio vincular y en la separación de hecho –por aplicación analógica-, se ha considerado aplicable el segundo párrafo del art. 206, no solamente en lo que respecta a la guarda provisional (que se otorga durante la tramitación del juicio), sino también a la definitiva, que establece que “los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”. Asimismo, se ha establecido que “cuando los menores son varios, es conveniente ponerlos a todos al cuidado de la misma persona, a fin de mantener la unidad de educación”<sup>86</sup>.

En palabras de Daniel Rubín, abogado de ANUPA (Asociación de Nuevos Padres), “Después de los dos años, la edad en la que un niño deja de ser amamantado, no hay ninguna razón científica que avale la prioridad de la madre hasta los cinco años como marca la ley”. Agrega, además, que cumplidos los 5 años de edad se decide por la madre no obstante no exista un parámetro legal que indique quien es el progenitor más idóneo por un “prejuicio arraigado no sólo en Tribunales sino en la sociedad”<sup>87</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia consideraron inconveniente la llamada tenencia alternada “(...) por juzgar que la educación y la formación del carácter, para tener éxito, requieren unidad de criterio en la dirección, y que ello se desvirtúa cuando los niños pasan continuamente de mano en mano, cambiando de hábitos de vida, de relaciones, y hasta variando las ideas que puedan inculcárseles”<sup>88</sup>.

El propósito de esta sección del capítulo es apreciar que si los tribunales y la sociedad misma le atribuyen la tenencia de los hijos menores a la cónyuge mujer en la mayoría de los casos, por seguir considerando –en base un prejuicio arraigado de la cultura patriarcal especialmente después de cumplidos los 5 años donde ya es menos

---

<sup>86</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pág. 659.

<sup>87</sup> Sousa Dias, Gisele, “Divorcio: 9 de 10 tenencias son otorgadas a las madres”, en [http://entremujeres.clarin.com/tenencias\\_madres\\_0\\_1334268857.html](http://entremujeres.clarin.com/tenencias_madres_0_1334268857.html)

<sup>88</sup> Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pág. 660.

latente la cuestión biológica- a la mujer como una figura materna y doméstica y al varón, en cambio, como el proveedor económico –no adaptándose a la realidad relatada en el capítulo primero del presente trabajo-, estimo que el derecho deberá reconocérselo desde la perspectiva económica al momento de la ruptura toda vez que la misma se ha visto obligada a resignar a trabajar en igualdad de condiciones que los varones en el mercado laboral a tiempo completo por acarrear con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican, especialmente durante los primeros 5 años de vida de los niños.



Universidad de  
**San Andrés**

### Capítulo III: El nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha pretendido tender hacia la constitucionalización del derecho de familia, receptando y consagrando el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, disponiendo en sus artículos primero y segundo que la interpretación debe ser conforme a la Constitución Nacional y a los tratados de jerarquía constitucional, impidiendo, a su vez, la intromisión injustificada del Estado dentro de la intimidad de la familia para resolver cuestiones que no han derivado en incumplimiento de deberes ni en perjuicios para los miembros que la componen.

El derecho ha reconocido que hoy en día no existe una única forma de integración familiar que sea sujeto pasivo de la protección constitucional que impone el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, sino que se presentan, en la realidad, y con el consiguiente amparo, diversas estructuras familiares como ser las heterosexuales, las homosexuales, las monoparentales –como producto del divorcio, nulidad del matrimonio o viudez-, y las ensambladas. Además, todas estas variantes pueden ser generadas por situaciones de hecho si entre sus integrantes no existe vínculo matrimonial alguno, dando lugar y reconociendo jurídicamente a las ahora llamadas uniones convivenciales<sup>89</sup>.

Los principios rectores introducidos por la ley 26.994 pueden resumirse en: pluralismo moral, derecho a la no discriminación, evolución del derecho de igualdad ante la ley, recepción de la autonomía de la voluntad como elemento central del derecho de familia en algunos institutos, dejando atrás varias normas morales de orden público, y solidaridad familiar, “(...) y todo ello, transversalizado por la protección al más débil y junto a ello, la obligada perspectiva de género ya que en muchas ocasiones, las más débiles son las mujeres que tras la ruptura de la pareja se quedan totalmente desamparadas”<sup>90</sup>.

En palabras de la Dra. Medina, la nueva legislación “(...) deja de lado todos los resabios desigualitarios que contiene el derecho civil entre los géneros, como lo son – entre otros- el apellido del cónyuge, el de los hijos, el derecho de habitación de la nuera

<sup>89</sup> Azpiri, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015, pág. 27.

<sup>90</sup> Herrera, Marisa. «El nuevo Código Civil, un texto decidido a puertas abiertas.» *Infojus Noticias*, 3 de Febrero de 2015.

viuda sin hijos y la preferencia a la madre para la atribución de la tenencia de los menores de cinco años, al tiempo que reconoce expresamente el trabajo doméstico y las tareas en el hogar, en plena prueba de la equiparación de los géneros”<sup>91</sup>.

Con todo, cabe preguntarse si puede un Código Civil receptor todas estas diversidades personales y familiares. En palabras de Marisa Herrera, los interrogantes a responder son, en definitiva: “¿Puede colaborar (...) a romper estructuras de dominación de larga data y poner en crisis la ruptura binaria: hombre proveedor/mujer cuidadora –hoy en franca decadencia- (...)? ¿Puede una nueva legislación civil ser una herramienta hábil para lograr salir de la doble responsabilidad o carga que aún continúan titularizando una gran cantidad de mujeres, quienes llevan sobre sus espaldas el ser las principales proveedoras y a la vez, cuidadoras del hogar?”<sup>92</sup>.

El presente capítulo toma como disparadores los interrogantes planteados en el párrafo *ut supra*, y propone explorar -como fue planteado en la introducción- si los nuevos institutos incorporados por la ley 26.994, que importan a los fines del presente trabajo –compensación económica y responsabilidad parental-, efectivamente consiguen quebrar, por lo menos desde un plano teórico, con un patrón cultural fuertemente arraigado en la sociedad y si dan una respuesta jurídica adecuada a la situación de desamparo económico en la que se encuentra la mujer luego de una ruptura matrimonial.

## A. La Compensación Económica

Ha quedado demostrado en los capítulos que anteceden, que la ruptura matrimonial suele ser causa de un desequilibrio económico en perjuicio de alguno de los cónyuges.

Tal como plantea el Dr. Belluscio, “la solución tradicional para paliar esa situación fue hallada por el orden jurídico en el mantenimiento de la obligación alimentaria entre esposos separados o ex-esposos basado principalmente en la persistencia de la obligación del marido de mantener a la mujer –normalmente como

---

<sup>91</sup> Medina, Graciela, “Matrimonio y Disolución” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)

<sup>92</sup> Herrera, Marisa. *El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género*, en La Ley 19/02/2015, 1. Online: AR/DOC/160/2015

consecuencia de su culpa- pero también en la solidaridad debida entre aquellos que motiva que ninguno pueda desentenderse del destino del otro cuando se halla en estado de necesidad”<sup>93</sup>, refiriéndose a los arts. 207 y 209 del Código Civil respectivamente. No se concebía –ni se sigue concibiendo–, bajo el tratamiento jurídico actual de la cuestión, otro modo de adjudicar a uno de los consortes una prestación periódica a cargo del otro.

No obstante, y concomitante con el nacimiento del divorcio incausado, que suprime las causales subjetivas de divorcio, se instaura de la mano de la ley 26.994 un nuevo instituto jurídico que posibilita la concesión de una pensión a favor de un cónyuge y a cargo del otro: el de las denominadas prestaciones compensatorias, existente con variantes en varias legislaciones del derecho comparado (Francia, España, Italia, Dinamarca, Alemania, El Salvador, Quebec y Chile).

En palabras de la Dra. Mariel F. Molina de Juan, “las compensaciones económicas (...) son derechos que algunos sistemas legislativos prevén con la finalidad de compensar el injusto desequilibrio patrimonial que la ruptura de la vida en común provoca en uno de los integrantes de la pareja, y que lo coloca en una situación de desventaja frente al otro para afrontar en forma independiente la organización económica de su vida futura”<sup>94</sup>.

Así, se establece en el art. 441 del Código Civil y Comercial que: “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”.

El art. 442, en consonancia, establece las pautas para su fijación y la caducidad del derecho: “A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de

---

<sup>93</sup> Belluscio, Augusto César, *Alimentos y prestaciones compensatorias*, en L. L. 1995-A-1032. Online: AR/DOC/5643/2001.

<sup>94</sup> Juan, Mariel F. Molina de. «Alimentos y compensaciones económicas.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan, 299-345. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 299.

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. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”.

En resumidas cuentas, “la pensión compensatoria consiste en la prestación económica que debe abonar un cónyuge al otro, nacida en virtud del desequilibrio manifiesto que importa un empeoramiento de la situación patrimonial, ocasionada por el quiebre del matrimonio”<sup>95</sup>.

Establece Graciela Medina, en consonancia, que “la pensión compensatoria es un derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio, colocándolo en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte”<sup>96</sup>, siendo el presupuesto esencial para otorgar dicha prestación “(...) la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura”<sup>97</sup>.

La figura de la compensación económica tiene su fundamento, según la Dra. Veloso, en el principio de solidaridad familiar<sup>98</sup>.

La naturaleza de la compensación económica es independiente de los alimentos, de los daños y perjuicios y del enriquecimiento sin causa.

---

<sup>95</sup> Veloso, Sandra F. «Efectos del divorcio.» En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014, pág. 86.

<sup>96</sup> Medina, Graciela. “Matrimonio y Disolución” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)

<sup>97</sup> Medina, Graciela. Op. Cit.

<sup>98</sup> Veloso, Sandra F. Op. cit., pág. 86.

La Dra. Sandra Fabiana Veloso considera que la compensación económica y el esquema alimentario comparten ciertas similitudes, como ser que ambos institutos tienen entidad económica y que tanto el derecho a reclamarlo, como su respectiva obligación de prestarlo están fundados en la relación de familia –específicamente en lo concerniente a la solidaridad familiar-. Además agrega que en ambos supuestos se busca proteger al más débil teniendo como pautas comunes la situación del reclamante y el caudal económico del demandado<sup>99</sup>.

No obstante, la compensación económica es independiente de los alimentos ya que su propósito no es solventar las necesidades materiales y espirituales del cónyuge, sino compensar de manera razonable el desequilibrio que la ruptura matrimonial le ha producido al cónyuge reclamante. Así, “prueba de que no se trata de alimentos la tenemos en que la compensación económica es exigible desde que el divorcio se produce mientras que los alimentos lo son desde que surge la necesidad”<sup>100</sup>.

Por el otro lado, y al margen de su conceptualización, María Victoria Pellegrini establece que mientras los alimentos se caracterizan por su mutabilidad –en tanto su monto se relaciona estrechamente con las variaciones de fortuna tanto del alimentante como del alimentado, que incluso podrían provocar su extinción-, el monto de la compensación económica se determinará judicialmente teniendo en cuenta el desequilibrio económico provocado por el divorcio al momento de la ruptura del matrimonio. Si bien es cierto que se establecen ciertas pautas legales y se admite su pago en la modalidad de cuotas mensuales, su cuantificación se mantiene ajena, en principio, a las variaciones en las situaciones económicas tanto de quien debe abonarla como de quien debe recibirla<sup>101</sup>.

Se diferencian también en que, mientras los alimentos, en tanto derecho, son irrenunciables, la compensación económica es renunciable y se mantiene en el ámbito dispositivo de los consortes quienes podrán solicitarla o desistir de ella.

---

<sup>99</sup> Veloso, Sandra F. «Efectos del divorcio.» En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014, pág. 88.

<sup>100</sup> Medina, Graciela. “Matrimonio y Disolución” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)

<sup>101</sup> Pellegrini, María Victoria. *Matrimonio*. Vol. I, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2014, pág. 439.

Por último, mientras la obligación de alimentos cesa con la muerte del obligado, la de abonar la pensión compensatoria perdura tras la muerte de aquél en tanto se transmite a sus herederos<sup>102</sup>.

La compensación económica comparte con la indemnización por daños y perjuicios, en segundo lugar, la idea de que ambos institutos son estimables en dinero y que debe ser demostrado tanto el daño ocasionado como la relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio ocasionado –o, en el caso de la pensión compensatoria, más específicamente, entre el divorcio y el desequilibrio económico-<sup>103</sup>.

En este orden de ideas, si bien la compensación presenta características de tipo indemnizatorio, ello “(...) no implica su asimilación total con una indemnización ni una derivación del sistema de responsabilidad civil, ya que en la compensación económica no tiene relevancia alguna la imputación de culpabilidad a alguno de los cónyuges, resultando suficiente la constatación de un desequilibrio económico que implique un empeoramiento de la situación de un cónyuge respecto al otro y respecto a la vida matrimonial, con causa adecuada en la ruptura matrimonial”<sup>104</sup>. En definitiva, “en nada inciden las conductas de los cónyuges, diferenciándose así cualquier supuesto de responsabilidad por daños”<sup>105</sup>.

Agrega la Dra. Veloso, asimismo, que la compensación difiere también del enriquecimiento sin causa ya que si bien ambas instituciones procuran restaurar el equilibrio alterado, debiendo ofrecerse y producirse la prueba que dé cuenta del perjuicio de quien lo está reclamando, mientras en la segunda debe probarse el empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir, en la primera “(...) lo que deberá probarse es el desequilibrio manifiesto que haya significado un empeoramiento de su situación patrimonial y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura”<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Medina, Graciela. Op. Cit.

<sup>103</sup> Veloso, Sandra F. «Efectos del divorcio.» En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014, pág. 89.

<sup>104</sup> Pellegrini, María Victoria. *Matrimonio*. Vol. I, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2014, pág. 440.

<sup>105</sup> Pellegrini, María Victoria. Op. Cit., pág. 440.

<sup>106</sup> Veloso, Sandra F. Op. Cit., pág. 89.



Sobre la base de la diferencia de la compensación económica con otras instituciones jurídicas del Código Civil, que impiden su asimilación completa a una única institución, algunos autores del derecho comparado como Veloso Valenzuela, Gómez de la Torre Vargas y Rodríguez Grez han considerado que la naturaleza jurídica de la compensación económica es sui generis.

El derecho a obtener la compensación económica, por su parte, no resulta de una consecuencia inmediata y necesaria del divorcio, sino que solamente procede si se dan los requisitos previstos por el Código Civil y Comercial, siendo estos: el desequilibrio económico manifiesto, el empeoramiento de la situación del cónyuge que la reclama, que tenga como causa adecuada el matrimonio y el divorcio y, por último, que exista sentencia firme de divorcio.

El desequilibrio económico manifiesto, en primer lugar, se define, según la Dra. Medina, como “(...) un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de la relación, con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza esencialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que pudiera haber creado el cónyuge solicitante en base a las condiciones bajo las que se hubiera desarrollado y conformado la vida conyugal, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualdad, determinado automáticamente por el hecho de contraer matrimonio”<sup>107</sup>.

Así, el desequilibrio que exige el art. 442 para que se configure procedente la prestación compensatoria, implica una desigualdad en las posiciones económicas de los consortes que no se traduce en el requerimiento de un estado de necesidad, por lo que el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser a su vez el acreedor de la pensión aunque tenga medios económicos suficientes para mantenerse por sí mismo.

El segundo requisito de procedencia, es decir, el empeoramiento de la situación del cónyuge que la reclama, significa que el desequilibrio que la ruptura matrimonial ha provocado debe significar un perjuicio concreto en la situación del cónyuge que la peticiona.

---

<sup>107</sup> Medina, Graciela, “Matrimonio y Disolución” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)

Que el desequilibrio tenga como causa adecuada el matrimonio y el divorcio, en tercer lugar, está relacionado con la distribución de roles y funciones entre los consortes durante la vida conyugal, la cual va a provocar un menoscabo a uno de los esposos al momento de la ruptura. En palabras de Molina de Juan, “Se trata de un mosaico infinito, en el cual el Derecho entromete sus reglas sólo cuando uno o ambos deciden romper ese vínculo matrimonial y el sistema implementado es causa adecuada del desequilibrio económico entre ellos; las razones por las que optaron por una u otra dinámica no interesan, lo que sí interesa es la efectiva relación causal entre la postergación personal y el ulterior menoscabo frente a la vida separada”<sup>108</sup>.

En otras palabras, el cónyuge desfavorecido debe demostrar que no ha podido desarrollarse laboral o profesionalmente de modo acorde y consecuentemente, a partir de la sentencia de divorcio, está en peores condiciones –en comparación con su cónyuge-, para afrontar la vida de forma independiente.

Por último, la exigencia de la sentencia firme implica que la pensión compensatoria sólo es exigible luego de decretado el divorcio ya que requiere valorar el desequilibrio que el mismo ha provocado. No obstante, la compensación puede haber sido pactada en el convenio regulador de los efectos del divorcio que instaura el art. 439.

Es claro que la compensación económica, instituida por la ley 26.994, alcanza el supuesto de la mujer que realizó tareas domésticas durante la vida en común del matrimonio. Así se ha establecido no sólo en los Fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial, sino también en los reiterados ejemplos que han utilizado los doctrinarios en el análisis de la nueva figura jurídica: “Un ejemplo que puede dar claridad a esta pensión lo constituye el caso de quienes, al momento de contraer nupcias, optaron por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar, en apoyo a la profesión o desarrollo profesional del otro”<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Juan, Mariel F. Molina de. «Alimentos y compensaciones económicas.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan, 299-345, pág. 327.

<sup>109</sup> Veloso, Sandra F. «Efectos del divorcio.» En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014, pág. 86.

En ese mismo orden de ideas, ha dicho la Dra. Marisa Herrera que la prestación compensatoria es procedente cuando, “Por ejemplo, una mujer universitaria se recibe y cuando está haciendo la residencia en medicina, su marido tiene una oportunidad laboral en el exterior; por lo tanto, dejan el país y ella su carrera. Ella lo hace de manera consciente y en total acuerdo con su marido. Pasan varios años y se divorcian. El hombre al estar inserto en el mercado laboral, recibe un sueldo que le permite afrontar solo las necesidades económicas; ella, por el contrario, carece de una fuente de ingresos para cubrir sus gastos. En este contexto, ella podrá solicitar una compensación económica”<sup>110</sup>.

El interrogante que surge a partir del estudio del presente trabajo es si la figura jurídica instaurada por el nuevo plexo normativo podría proceder también a favor de la mujer trabajadora, con fundamento en que la ruptura matrimonial produce un desequilibrio económico manifiesto en perjuicio de ella en tanto se carga en su persona la realización de los quehaceres domésticos, especialmente en los casos en los cuales los hijos menores quedan a su cargo.

Consecuentemente, y con motivo de la reciente aprobación de la ley, por lo cual no existen antecedentes jurisprudenciales nacionales que ayuden a debatir la pregunta planteada, resulta imperioso recurrir al derecho comparado, específicamente al tratamiento que le ha dado la legislación española y chilena a la compensación económica –fuentes directas de la figura prevista en el Código Civil y Comercial argentino- para poder así hacer un pronóstico acerca de su aplicación en el derecho argentino.

Se deja de lado, en cambio, la prestación compensatoria prevista en el Código Civil francés que si bien fue precursor, incorporando la figura en el año 1975, existe una limitación en torno al idioma para poder analizar las normas, decisiones jurisprudenciales y artículos doctrinarios sobre la materia en cuestión.

El Código Civil español, tomando como precedente y fuente directa el Código Civil francés, incorporó la figura de la pensión compensatoria en la reforma del año 1981.

---

<sup>110</sup> Herrera, Marisa. «El nuevo Código Civil, un texto decidido a puertas abiertas.» *Infojus Noticias*, 3 de Febrero de 2015.

El art. 97 de dicho cuerpo legal, fuente directa de la incorporación al derecho nacional, establece adecuadamente que: “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 que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1º) Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2º) La edad y el estado de salud. 3º) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4º) La dedicación pasada y futura a la familia. 5º) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6º) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7º) La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8º) El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9º) Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

Al igual que en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, la figura prevista por el derecho español prescinde de la culpabilidad en el divorcio vincular. Tal es así que el criterio de otorgamiento no está en el dolo o culpa de los interesados, sino en la constatación objetiva de un desequilibrio económico con respecto al otro consorte que implique un empeoramiento de su situación en relación a la que gozaba durante el matrimonio, que tenga como causa adecuada la separación o el divorcio.

Sostuvo el Tribunal Supremo de España, en lo que aquí respecta, que “La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Esta Sala (STS de 17 de julio de 2009 [RC nº 1369/2004]) se ha pronunciado al respecto diciendo que, en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares». Por tanto, valorando esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la

situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante.

Finalmente, no puede obviarse el hecho de que, privada la pensión compensatoria del componente asistencial, lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, puede instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”<sup>111</sup>.

El Código Civil chileno, por el otro lado, ha incorporado más recientemente –en el año 2004- la figura de la compensación económica, al introducir el divorcio vincular a su legislación, mediante la ley 19.947 de matrimonio civil. Según lo establecido por la Dra. Mariel F. Molina de Juan, “A diferencia de otras experiencias del Derecho Comparado, no se produjo un proceso paulatino de asentamiento de la institución, ni existió una transición desde los alimentos entre cónyuges hacia la compensación económica”<sup>112</sup>.

De esta manera, considerando la situación precaria en la que puede quedar alguno de los consortes al término del matrimonio, en particular la mujer que se ha consagrado a la familia y crianza de los hijos, el legislador se preocupó de reconocerle el derecho a obtener una compensación y de este modo proteger al cónyuge “débil”, incorporando el art. 61 de la ley de matrimonio civil que establece: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del

---

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de España con Sede en Madrid, STS 851/2014, del 20-02-2014, Id Cendoj: 28079110012014100105, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>112</sup> Juan, Mariel F. Molina de. «Alimentos y compensaciones económicas.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan, 299-345. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 313.

hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

No obstante, y dado que se mantiene el sistema inculpatario de divorcio, aún encontrándose cumplimentados todos los requisitos de procedencia de la pensión compensatoria, el juez podrá negar la compensación al cónyuge que resulte culpable del divorcio, o disminuir parcialmente su monto<sup>113</sup>, siguiendo así el modelo francés, y apartándose en este sentido del criterio que instaura explícitamente el nuevo Código argentino en tanto se enrola en un sistema jurídico que recepta el divorcio incausado como única posibilidad de legalizar la ruptura matrimonial. Con todo, si bien el Código Civil y Comercial argentino se diferencia del chileno en el sentido recién mencionado, hay un punto de contacto entre ambos regímenes en lo relativo a la exigencia de la no superposición entre las figuras de los alimentos y de la compensación económica que instaura el art. 434, criticable a mi entender, toda vez que poco debiera importar la presencia de una prestación alimentaria a favor del cónyuge reclamante de la prestación compensatoria para estimar concedida esta última, ya que mientras la primera tiene un carácter tuitivo, la segunda se aleja por completo de ese sentido asistencial.

En relación a la procedencia del reclamo compensatorio de la mujer trabajadora, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tomado un criterio restrictivo, entendiendo, a diferencia del sistema español, que en el ordenamiento chileno “(...) se excluye del derecho a la compensación al cónyuge que normalmente trabajó o que lo hizo en un grado menor por dedicarse a la familia”<sup>114</sup>.

En palabras de Rodrigo Barcia Lehmann y Carolina Riveros Ferrada, “(...) el sentido de esta institución proviene de la protección de la familia, por cuanto esta figura básicamente protege al cónyuge que se queda en el hogar común, en beneficio de los otros integrantes de la familia, permitiendo al cónyuge, que pospuso su desarrollo laboral o profesional por la familia, tener acceso a los beneficios que dicha acción produce en el patrimonio del otro cónyuge (...). Así, la funcionalidad económica de la

---

<sup>113</sup> Confrontar art. 54 de la Ley 19.947.

<sup>114</sup> Segura, Francisco. «La Compensación Económica al Cónyuge más Débil.» *Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 214 (LXXI): 109-126, pág. 117.

compensación económica está dada por la distribución del trabajo, en el seno de la familia, con miras a la protección del hogar común y sobre todo de los hijos comunes”<sup>115</sup>.

En consonancia con lo antedicho, la Corte de Apelaciones de Chile se ha pronunciado al respecto, estableciendo “(...) que la compensación económica es funcional a las formas de relación de la pareja o modelo de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura, que en la especie se produjo hace varios años. Conforme a ello, en este caso, la compensación económica jugará una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en entidad, teniendo en cuenta la edad similar de ambos, su salud y su situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que la cónyuge que entregó su dedicación al hogar y a los hijos, no se reinsertó laboralmente al momento de la ruptura y ahora, le será muy difícil hacerlo”<sup>116</sup>.

Con todo, pareciera ser discordante la interpretación que le ha dado la jurisprudencia y la doctrina chilena al alcance de la figura jurídica de la compensación económica, en el sentido estudiado en el presente trabajo –es decir, su procedencia o no a favor de la mujer trabajadora-, toda vez que la propia norma advierte textualmente en su redacción que la compensación procede a favor del cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio pero también a favor de aquél que “(...) lo hizo de menor medida de lo que podía y quería (...)”.

En este contexto, y retomando el análisis de la legislación argentina, entiendo que es menester interpretar a la figura de la compensación económica como comprensiva del supuesto de la mujer trabajadora, tal como sostiene la Dra. Graciela Medina en cuanto advierte que “(...) el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión *aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo*” [énfasis añadido], toda vez que la interpretación gramatical, sistemática y teleológica de la norma así lo permite. De lo contrario, no sólo nos encontraríamos frente a la “revolución estancada” descrita por Hochschild, sino que,

---

<sup>115</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo, y Carolina Riveros Ferrada. «El carácter extrapatrimonial de la compensación económica.» *Revista Chilena de Derecho* 38, nº 2 (2011): 249-278, pág. 262.

<sup>116</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 29 de mayo del 2006, Rol N° 225-2006.

además, la figura no encuadraría dentro del paradigma constitucional de derecho, por hacer distinciones violatorias del principio de igualdad, ya que si el objetivo último del instituto fue pensado para, precisamente, compensar a aquél cónyuge que ha realizado un trabajo no remunerado en el seno del hogar, poco debiera importar si, por el otro lado, obtuvo sus propios ingresos en el mercado laboral, pudiendo compatibilizar ambos trabajos.

Cabe recordar, en este orden de ideas, que el art. 16 de nuestra Constitución Nacional consagra la igualdad ante las leyes y que el art. 75, inc. 23 de la Constitución Argentina –incorporado tras la reforma de 1994– enumera, entre las atribuciones del Congreso, la de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y el trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

En palabras la Dra. María Gracia Andía, la reforma constitucional de 1994 amplió no sólo el concepto, sino también la protección del derecho a la igualdad, evolucionando desde una igualdad formal hacia “(...) una nueva concepción más desarrollada de la igualdad en el plano constitucional”<sup>117</sup>, protegiendo a las minorías (o “categorías sospechosas” según la denominación estadounidense) contra la discriminación, imponiendo a su vez al Estado la obligación de tomar medidas concretas para que dicha igualdad sea efectiva.

Tal como advierte la Dra. Kemelmajer, es innegable que “la principal obligación del Estado (...) es mantener un ordenamiento en el que todos sean iguales”<sup>118</sup>. El concepto de igualdad en lo que aquí interesa debe entenderse comprensivo de sus tres nociones: igualdad en la ley –para que el legislador regule diversas situaciones sin hacer discriminaciones odiosas–; igualdad ante la ley –en la propia aplicación de la misma por

---

<sup>117</sup> Andía, María G. “Igualdad y Orientación Sexual”, en *“Tratado de los Derechos Constitucionales”*, Sebastian Elías, Lucas Grosman, Santiago Legarre, and Julio Cesar Rivera (h) editores, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2014.

<sup>118</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Las acciones positivas*. Vol. 27, de *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho*. Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 1998, pág. 49.



los jueces-; e igualdad por la ley –corrigiendo el Estado ciertas desigualdades de hecho a través de la ley-<sup>119</sup>.

La igualdad por la ley o a través de la ley implica, según Kemelmajer, reconocer las desigualdades de la naturaleza. El Estado, por su parte, no debe abstenerse, sino que está llamado a “(...) promover la igualdad a través de medidas concretas, a volverla más real, a corregir las desigualdades naturales y sociales, a emancipar a las víctimas de los desequilibrios sociales”<sup>120</sup>.

El punto que pretende hacerse, es, en síntesis, que la figura de la compensación económica debería pensarse como un instrumento de igualación que pretende extirpar el binarismo social de que es la mujer –por razones ya sean naturales o sociales- la encargada de velar por el cuidado de los hijos y del hogar, por lo cual si fue ella quien se encargó de realizar dicho labor durante la convivencia, deberá ser recompensada tras la ruptura matrimonial, por lo menos hasta que se genere una igualdad de hecho entre el grupo dominante –los varones- y el grupo discriminado –las mujeres-, logrando salir así de la bien llamada “revolución estancada”.

Por último, resulta forzoso comprender que la compensación económica debe abarcar los supuestos de la mujer trabajadora que además realiza tareas domésticas para lograr así salir de la doble responsabilidad o carga que aún continúan titularizando gran cantidad de mujeres quienes llevan sobre sus espaldas el deber de ser las principales proveedoras y, a la vez, cuidadoras del hogar. Con la incorporación de la figura jurídica de la pensión compensatoria al Código Civil y Comercial se ha pretendido lograr la igualdad en la ley; ahora bien, es responsabilidad de los jueces, en la aplicación de la ley, que interpreten su alcance para que haya una real y efectiva igualdad ante la ley y la llamada “liberación femenina” no se convierta en una hipocresía.

---

<sup>119</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Op. Cit., pág. 52.

<sup>120</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Op. Cit., pág. 52.

## B. La Responsabilidad Parental y el deber de Cuidado Personal Compartido

La nueva redacción del Código Civil y Comercial sustituye la denominación de “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, siguiendo la tendencia del Derecho Comparado, dando cuenta de los cambios que se han producido en el contenido de la relación entre padres e hijos, poniendo énfasis en la responsabilidad con la que deben ser ejercidos los derechos y deberes que se establecen en protección del hijo.

El concepto de “potestad” está vinculado a la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica; en cambio, “el vocablo adaptado, “responsabilidad”, implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente en cabeza de ambos padres, tal como lo establece la CDN (art. 18)”<sup>121</sup>, resultando más conveniente y acorde a la consideración del niño como un sujeto de derechos.

Precisamente, el art. 639 del Código Civil y Comercial reza: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

En lo relativo a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, el art. 648 del nuevo cuerpo legal instauro la noción de “cuidado personal”, definida como “(...) los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”, es decir, la protección necesaria y periódica del menor de edad en el proceso de formación.

Los artículos subsiguientes especifican las clases de cuidados cuando los progenitores no conviven, las modalidades del cuidado personal compartido y sus respectivas reglas, la autonomía de los padres en cuanto a la formulación de los aludidos

---

<sup>121</sup> Lloveras, Nora, Olga Orlandi, y Gabriel Tavip. *Responsabilidad Parental*. Vol. IV, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 18.

“planes de parentalidad” y las normas de las decisiones judiciales en los casos de ausencia de dichos planes.

En consonancia con los cambios de paradigma que motivaron la sanción del nuevo código en materia de derecho de familia, también hubieron adecuaciones en la terminología. En lo que aquí respecta, la ley cambió la denominación “tenencia” –que significa, según la Real Academia Española, “ocupación y posesión actual y corporal de algo”<sup>122</sup>- por “cuidado personal del hijo”, resultando más acorde a la consideración del niño como una persona titular de derechos y respetando así los mandatos constitucionales inclusive en la terminología ya que bien es sabido que el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico.

En el orden de los contenidos, la ley 26.994 quiebra el esquema tradicional, en respuesta a una importante demanda social receptada por la jurisprudencia, instituyendo como norma preferente, en los supuestos de ruptura de convivencia entre los padres y ausencia de pactos de relaciones familiares, la custodia compartida frente a la individual<sup>123</sup>. En palabras de Lloveras, Orlandi y Tavip, “la normativa apunta a favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores”<sup>124</sup>.

En este orden de ideas, los artículos comprendidos bajo el capítulo cuarto del nuevo código establecen que el cuidado personal de los hijos es de ambos progenitores, es decir, compartido, y que excepcionalmente puede ser atribuido a uno solo de ellos. Ello no presenta mayores dificultades cuando ambos progenitores conviven, pero el tema cobra especial relevancia cuando éstos ya no comparten una vivienda en común o se genera una ruptura en la unión que mantenían, existiendo hijos menores.

Según María Soledad Miguez de Bruno, “el cuidado personal compartido no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, implica mucho más. Por un lado este régimen aspira a realizar una equitativa distribución de responsabilidades (...); y, por el otro, a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no

---

<sup>122</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua española*. 10 de 2014. <http://www.rae.es/> (último acceso: 27 de Mayo de 2015).

<sup>123</sup> Lloveras, Nora, Olga Orlandi, y Gabriel Tavip. Op. Cit., pág. 105.

<sup>124</sup> Lloveras, Nora, Olga Orlandi, y Gabriel Tavip. Op. Cit., pág. 105.

colocarlos en una situación de permanentes tironeos e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar”<sup>125</sup>.

Con respecto a lo antes mencionado, una de las ventajas del cuidado compartido es, según las autoras aludidas precedentemente, que favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre varones y mujeres, puesto que se trata de un sistema progresista que “(...) fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su responsabilidad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre”<sup>126</sup>.

Ahora bien, el art. 649 admite distintas modalidades del cuidado personal compartido, admitiendo que puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, “(...) el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia”; en el indistinto, “el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y de distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Plantea Miguez de Bruno, que “la diferencia fundamental que existe entre el sistema alternado y el indistinto es que en este último el hijo residirá de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, con el cual pasará la mayor parte del tiempo y de forma secundaria lo hará con el otro, compartiendo una menor cantidad de tiempo”<sup>127</sup>.

El art. 651 agrega, en lo que aquí interesa, que “a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

---

<sup>125</sup> Miguez de Bruno, María Soledad. «Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos.» En *Código civil y Comercial de la Nación comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina, 513-537. Buenos Aires: La Ley, 2014, pág. 516.

<sup>126</sup> Lloveras, Nora, Olga Orlandi, y Gabriel Tavip. Op. Cit., pág. 106.

<sup>127</sup> Miguez de Bruno, María Soledad. Op. Cit., pág. 519.

La legislación privilegia el sistema de cuidado compartido indistinto, en contraste con el alternado, por considerar que “(...) es el que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”<sup>128</sup>. Esta regla o primera opción admite dos excepciones: cuando el cuidado personal compartido en su modalidad indistinta no sea posible o sea perjudicial para el hijo.

Según el Dr. Azpiri, correcta es la eliminación de la preferencia materna respecto de los hijos menores de cinco años que fundaba la legislación anterior, en tanto implicaba un trato discriminatorio respecto del padre, violatorio del principio de igualdad. Bajo el nuevo régimen jurídico, ninguno de los progenitores tiene un privilegio en la asignación del cuidado de los hijos, y deberá, en cambio, resolverse eventualmente según lo que resulte más beneficioso a los intereses del menor. Agrega, además, que la ruptura del lazo entre los progenitores no altera, en principio, la responsabilidad del cuidado de los hijos que pesa sobre ellos, toda vez que sigue siendo compartida, concretándose de este modo el derecho del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular<sup>129</sup>.

Sin embargo, la preferencia creada por el art. 651 resulta incongruente según el autor, toda vez que la modalidad indistinta implica que, aunque se compartan las decisiones y se hayan distribuido de modo equitativo las labores atinentes al cuidado del hijo, uno de los progenitores tendrá más tiempo con el hijo como resultado de la residencia principal en su domicilio.

En palabras de Azpiri, “Si el objetivo del cuidado compartido es mantener en igualdad de condiciones y responsabilidades a los progenitores, parece más adecuado para cumplir con ese propósito que se hubiera considerado como primera alternativa para conferir el cuidado compartido a la modalidad alternada, ya que ésta no denota preferencia por ninguno de ellos al pasar períodos equivalentes con cada uno de los progenitores”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Lloveras, Nora, Olga Orlandi, y Gabriel Tavip. Op. Cit., pág. 123

<sup>129</sup> Azpiri, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015, pág. 237.

<sup>130</sup> Azpiri, Jorge O. Op. Cit., pág. 237.

La crítica formulada por Azpiri a la preferencia dispuesta por el art. 651 del Código Civil y Comercial resulta apreciable desde un estudio de género, en tanto obliga a replantearnos los interrogantes que inspiraron la elaboración del presente capítulo, ya que de preferirse el cuidado personal compartido de los hijos con la modalidad indistinta a la alternada, predecible es –por los antecedentes jurisprudenciales, las estadísticas que así lo demuestran y, en general, la cultura patriarcal dominante- que será la madre quien pasará más tiempo con sus hijos como resultado de la adjudicación de la residencia principal del menor en su domicilio, asignándole así la propia ley que procura colocar en un pie de igualdad a los progenitores, la dificultosa tarea de ser no solamente proveedora, sino también cuidadora del hogar.

Empero, el art. 660 agrega que “Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

De la mano de la introducción de dicho artículo, se consolidaron las luchas promovidas por los movimientos feministas que ya habían tenido amplia aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, reconociendo el valor económico de las tareas cotidianas que realiza el progenitor a cargo del hijo que, en la mayoría del casos, suele ser la mujer.

La jurisprudencia, en lo que aquí interesa, ya había sostenido que: “El deber alimentario correspondiente a ambos progenitores pero la obligación materna se estima cumplida con la atención que brinda al hijo cuya tenencia ejerce, viéndose el aporte económico –que debe ser menor al material- compensado en gran medida con dicha guarda y los gastos cotidianos que implica”<sup>131</sup>.

Así, “si bien la obligación alimentaria a favor de los hijos recae de manera conjunta en ambos padres, quien tras la ruptura se queda a cargo del cuidado de los hijos cumple tal obligación al realizar las tareas cotidianas de la vida del hijo (llevar y traer del colegio, ocuparse de la salud, de la recreación etc.). Estas tareas tienen un

---

<sup>131</sup> CCiv., Com. Y Lab. Rafaela, 12/7/2002, LLLitoral 2003 [abril], 372, AR/JUR/3385/2002.

costo económico que debe ser expresamente reconocido por la ley, revalorizando el trabajo de la mujer en el hogar”<sup>132</sup>.

En palabras de Osvaldo Felipe Pitrau, “Esta innovación no sólo implica que las tareas cotidianas de atención del hijo tienen un valor económico, sino que otorga entidad asistencial alimentaria a dichas importantes acciones diarias que realiza el progenitor que convive con el niño”<sup>133</sup>.

Con todo, y no obstante la incorporación del art. 660 –que, sin lugar a dudas, implica un gran avance del nuevo código con respecto al anterior-, cabe cuestionarse si la responsabilidad parental –específicamente en lo relativo al cuidado personal compartido-, que es la institución que pretendería cambiar los roles al colocar a los ex consortes en un pie de igualdad, efectivamente lo logra o si, por el contrario, termina manteniendo el status quo o hasta reforzando los patrones culturales establecidos.

A mi entender, y en consonancia con lo dicho por el Dr. Azpiri, grave es la preferencia establecida en el art. 651, en tanto denota una incongruencia entre lo plasmado en la norma y los objetivos que inspiraron la sanción del nuevo código desde la perspectiva de género, pese a la incorporación del art. 660 que, si bien implica un avance en relación al código anterior, no extirpa el problema de raíz rompiendo verdaderamente el binarismo latente de hombre proveedor y mujer cuidadora del hogar.

---

<sup>132</sup> Herrera, Marisa. *El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género*, en La Ley 19/02/2015, 1. Online: AR/DOC/160/2015, pág. 5.

<sup>133</sup> Pitrau, Osvaldo Felipe. *Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos*. Vol. II, de *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina, 539-569. Buenos Aires: La Ley, 2014, pág. 546.

## Conclusión

El presente trabajo ha pretendido estudiar en profundidad, a través de los tres capítulos principales que componen la obra, los cambios que se han producido a nivel social en la Argentina en las últimas décadas y la evolución legislativa del Código Civil vigente al nuevo Código Nacional Civil y Comercial –específicamente en la incorporación de las figuras de la prestación compensatoria y del cuidado personal compartido-, desde una perspectiva de género, obligada por el hecho de que en muchas circunstancias son las mujeres quienes, tras la ruptura de la pareja conyugal, quedan especialmente desamparadas.

Tal como establece la Dra. Herrera, “Sucede que las personas “fuertes” ya por ello se encuentran en una situación ventajosa; es por eso que la ley –en especial la legislación civil- debe estar al servicio del más débil, para fortalecerlo y sacarlo de ese lugar de fragilidad en el que se encuentra inmerso”<sup>134</sup>.

En tal sentido, si bien es sabido que las leyes por sí solas no producen cambios, sino que requieren de una sociedad que las recepte y aplique a consciencia, el propósito del presente trabajo ha sido analizar, por lo menos desde un plano teórico, y teniendo en miras la interpretación que le han dado países que ya cuentan con figuras semejantes a la de la compensación económica, si puede un Código Civil colaborar en debilitar las estructuras de larga data y poner en crisis la ruptura binaria de varón proveedor y mujer cuidadora del hogar, que se encuentra hoy, según lo expresado en el capítulo primero, en notorio cambio. Esta situación lleva a una gran cantidad de mujeres a cargar con una doble responsabilidad: ser proveedoras principales o a la par del varón y, a la vez, cuidadoras del hogar.

Así, el punto de partida del presente trabajo fue el entendimiento de que la incorporación de una nueva norma que escapara del escenario sociológico descrito en el capítulo primero, resultaría vano para un análisis del derecho de familia desde una perspectiva de género toda vez que, si bien protegería a la figura más vulnerable del esquema planteado –la mujer ama de casa-, dejaría disipar el grueso de la población de mujeres que hoy en día realizan trabajo remunerado en el mercado laboral a tiempo

---

<sup>134</sup> Herrera, Marisa. *El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género*, en La Ley 19/02/2015, 1. Online: AR/DOC/160/2015, pág. 2.



completo al igual que los varones, o parcial, además de trabajo doméstico no remunerado en el seno de los hogares.

Obviar esa realidad implicaría no solamente una ignorancia con respecto a la situación social actual de la Argentina y de la sociedad mundial en general, sino también un avasallamiento sobre derechos fundamentales como lo son la igualdad y la no discriminación, resguardados por nuestra Constitución Nacional y por los Pactos Internacionales.

Por ende, el estudio de las figuras incorporadas por el nuevo código exige, según mi entendimiento, la comprensión del escenario sociológico, ya que de lo contrario, la norma devendría vetusta e implicaría un gran avance legislativo en materia de protección de derechos, pero abarcativa de muy pocos supuestos toda vez que hoy en día predominan las mujeres que realizan, además de trabajo doméstico, trabajo remunerado.

Por el otro lado, interpretar que la figura de la compensación económica es comprensiva de las mujeres amas de casa, más no de las mujeres trabajadoras, implicaría hacer una discriminación arbitraria ya que si bien es evidente que las mujeres trabajadoras quedan mejor posicionadas después de una ruptura matrimonial que las mujeres que realizan únicamente trabajo doméstico, ello no significa que las primeras estén en igualdad de condiciones que sus cónyuges varones. Sumado a ello, cabe poner de relieve que la preferencia por la modalidad indistinta en lo relativo al cuidado personal compartido que instaura el nuevo código podría mantener el status quo en cuanto al rol maternal impuesto a la mujer y así contribuir a la situación de desamparo de la cónyuge posterior a la ruptura del vínculo.

Por lo tanto, si la figura de la prestación compensatoria se interpretara como limitada solamente a los supuestos de la mujer ama de casa, se generaría una injusticia para con la mujer trabajadora y doméstica, separada o divorciada de su cónyuge, que no encontraría una respuesta jurídica adecuada para su situación familiar, en la cual seguiría cargando con una doble responsabilidad, no suprimiendo así, en los hechos, el binarismo de varón proveedor y mujer trabajadora, y convirtiéndose así la llamada “liberación femenina” en un peso, pues debe reconocerse que si bien las mujeres han salido a trabajar en el mercado laboral, no ha habido una revolución equivalente por

parte de los varones en el seno de los hogares, tal como ha advertido la Dra. Wainerman.

Lo antedicho no implica, no obstante, que no ha habido una evolución con respecto al plexo normativo anterior, dado que surge del estudio del capítulo segundo del presente trabajo, que bajo el régimen del Código Civil vigente sólo existía como solución jurídica el mantenimiento de la obligación alimentaria entre esposos separados o ex esposos, con fundamento en los artículos 207 y 209, que cuentan con una naturaleza jurídica asistencial y tuitiva, en comparación con lo normado en el art. 441 del nuevo código.

El trabajo ha tenido como objetivo primordial, en lo que respecta a la compensación económica, establecer que la letra de la ley no restringe su aplicación sólo a los casos de la mujer ama de casa, por lo cual es fundamental, por lo antedicho, que los jueces y los operadores jurídicos, en la interpretación de la norma, entiendan a la figura en cuestión comprensiva también de las mujeres trabajadoras.

En lo relativo a la antigua “patria potestad” y la ahora llamada “responsabilidad parental”, significativos han sido los cambios en materia de género. No obstante, la preferencia por la modalidad indistinta que funda el art. 651 obliga, según mi opinión, a prestar particular atención a si la interpretación y aplicación de esta norma por los jueces, tendrá o no en cuenta los mandatos constitucionales, y la perspectiva de género que ha inspirado la creación del nuevo código o mantendrá el status quo.

Sin lugar a dudas, el derecho de familia ha sido el ámbito de derecho privado que más ha modificado el nuevo Código. Los cambios del nuevo cuerpo normativo en materia de familia han sido trascendentales y producto de una evolución jurisprudencial que demandaban dicha renovación. El Código Civil y Comercial de la Nación no sólo cambia las denominaciones, sino que también genera una revolución en orden a los contenidos, aceptándose una amplia autonomía de la voluntad y un menor impacto de las leyes de orden público en ciertas instituciones fundamentales del derecho de familia como el matrimonio.

El presente trabajo ha tenido como claro objetivo la profundización de ciertos cambios presentados por el nuevo código en materia de género, específicamente tras la ruptura de la pareja matrimonial, a favor del real quiebre de los estereotipos culturales

sobre el varón proveedor y la mujer maternal y doméstica, perjudicial no sólo para las mujeres, sino también para los propios varones, por cargar también con un fuerte mandato de manutención económica del hogar.

Ha quedado demostrado a partir del análisis normativo realizado en el presente trabajo, que el Código Civil vigente presenta casos de evidente injusticia para con las mujeres que han sufrido una ruptura matrimonial, toda vez que las deja desamparadas económicamente por concebir desde el poder y la imposición, que es tarea de las mismas la realización del labor doméstico, reproduciendo así el binarismo social y cultural de mujer maternal y doméstica y varón proveedor económico. Por el otro lado, si bien el nuevo Código Civil y Comercial visibiliza de cierta forma la problemática al introducir las figuras de la compensación económica y el cuidado personal compartido, el estado de situación impone una doble agenda para la comunidad jurídica argentina. En primer lugar, se advierte necesario clarificar el alcance del instituto de la prestación compensatoria, interpretando que la redacción de la norma permite extenderlo también a favor de las mujeres trabajadoras y no solamente de aquéllas que realizan exclusivamente trabajo doméstico. En segundo término, resulta significativo vigilar la aplicación de la norma de la modalidad indistinta del cuidado personal compartido a los fines de respetar el principio de igualdad que según los autores del nuevo código la inspiró. Todo ello, compatible con la articulación simultánea de propuestas de reforma desde el Estado para promover la igualdad real y efectiva entre varones y mujeres a través de medidas concretas, emancipando a las mujeres del desequilibrio social que se ha producido en materia de familia, trabajo y género, para que las reformas del nuevo código no hayan sido en vano y reflejen una preocupación genuina de la sociedad por romper estructuras de larga data que se encuentran hoy en evidente transformación.

## Bibliografía

- Álvarez, Osvaldo Onofre, *Alimentos en la separación de hecho y en el divorcio*, en E. D. 161-685.
- Andía, María G. “Igualdad y Orientación Sexual”, en “*Tratado de los Derechos Constitucionales*”, Sebastian Elías, Lucas Grosman, Santiago Legarre, y Julio Cesar Rivera (h) editores, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2014.
- Antón, Ricardo E. y Zalduendo, Martín, *Alimentos y separación de hecho. Necesidad de su regulación legal*, en L. L. JA 2004-I-882.
- Azpiri, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- Barbero, Omar U., “Alimentos para una ex esposa, a pesar de sentencia firme de divorcio fundada en causal objetiva, con fundamento en el art. 209 del Código Civil”, Publicado en: LLLitoral 2015 (marzo), 135. Online: AR/DOC/519/2015.
- Barcia Lehmann, Rodrigo y Riveros Ferrada, Carolina. «El carácter extrapatrimonial de la compensación económica.» *Revista Chilena de Derecho* 38, n° 2 (2011): 249-278.
- Belluscio, Augusto César, *Alimentos y prestaciones compensatorias*, en L. L. 1995-A-1032. Online: AR/DOC/5643/2001.
- Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- Bossert, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- Burin, Mabel. «Los techos de cristal.» *El sostén de los hogares. Trabajo, participación social y relaciones de género*. (Ateneo), 2003: 27-31.
- Consejo Nacional de las Mujeres. *Consejo Nacional de las Mujeres*. <http://www.cnm.gov.ar/AresDeIntervencion/MujerTrabajoEmpleo.html> (último acceso: 5 de Marzo de 2015).
- Esquivel, Valeria, entrevista de CIPPEC. *Entrevista a Valeria Esquivel* (21 de Agosto de 2014).

- Esquivel, Valeria, Eleonor Faul, y Elizabeth Jelin. *Las lógicas del cuidado infantil: entre las familias, el estado y el mercado*. Editado por Valeria Esquivel, Eleonor Faul y Elizabeth Jelin. Buenos Aires: IDES, UNFPA, UNICEF, 2012.
- Fanzolato, Eduardo I. *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- Fernández, Luis O. «El nuevo Código y el impuesto a las ganancias.» *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Suplemento especial*. (Thomson Reuters), Octubre 2004: 1-5.
- Giovannetti, Patricia S. y Ricolfi, Florencia. «Alimentos.» En *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, de Graciela y Rivera, Julio César Medina, 310-331. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- Grondona, Paula. «Alimentos entre cónyuges.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- Herrera, Marisa. *El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género*, en La Ley 19/02/2015, 1. Online: AR/DOC/160/2015.
- Herrera, Marisa. «El nuevo Código Civil, un texto decidido a puertas abiertas.» *Infojus Noticias*, 3 de Febrero de 2015.
- Hochschild, A. R. *The second Shift*. Nueva York: Avon Books, 1989.
- INDEC. «Instituto Nacional de Estadísticas y Censos». 10 de Julio de 2014. [http://www.indec.mecon.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=4&id\\_tema\\_2=31&id\\_tema\\_3=117](http://www.indec.mecon.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=31&id_tema_3=117) (último acceso: 3 de Febrero de 2015).
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Las acciones positivas*. Vol. 27, de *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho*. Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 1998.
- Lepin Molina, Cristian. «La compensación económica en el derecho comparado.» *Gaceta Jurídica* (Legal Publishing), nº 344 (Febrero 2009): 74-94.
- Lloveras, Nora, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2211/2012.
- Lloveras, Nora, Olga Orlandi, y Gabriel Tavip. *Responsabilidad Parental*. Vol. IV, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

- Medina, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)
- Medina, Graciela, “Matrimonio y Disolución” en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)
- Miguez de Bruno, María Soledad. «Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos.» En *Código civil y Comercial de la Nación comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina, 513-537. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- Molina de Juan, Mariel F. «Alimentos y compensaciones económicas.» En *Alimentos*, de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan, 299-345. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- Molina de Juan, Mariel F. *Matrimonio*. Vol. I, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 245-308. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- Peker, Luciana. «El género del dinero.» *Página 12*, 25 de Abril de 2014.
- Pellegrini, María Victoria. *Matrimonio*. Vol. I, de *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2014.
- Pitrau, Osvaldo Felipe. *Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos*. Vol. II, de *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina, 539-569. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua española*. 10 de 2014. <http://www.rae.es/> (último acceso: 27 de Mayo de 2015).
- Segura, Francisco. «La Compensación Económica al Cónyuge más Débil.» *Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 214 (LXXI): 109-126.
- Sousa Dias, Gisele, “Divorcio: 9 de 10 tenencias son otorgadas a las madres”, en [http://entremujeres.clarin.com/tenencias\\_madres\\_0\\_1334268857.html](http://entremujeres.clarin.com/tenencias_madres_0_1334268857.html)
- Veloso, Sandra F. «Efectos del divorcio.» En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, de Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- Wainerman, Catalina. «Conyugalidad y paternidad ¿Una revolución estancada?» Editado por María Alicia Gutiérrez. *Género, familias y trabajo: rupturas y*

- continuidades. Desafíos para la investigación política.* (CLASCO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales), 2007: 182-222.
- Wainerman, Catalina. *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003.
  - Wainerman, Catalina. «Mercado de trabajo, familias y género.» *El sostén de los hogares. Trabajo, participación social y relaciones de género* (Ateneo), 2003: 38-41.
  - Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia.* Buenos Aires: Astrea, 2006.
  - 191/2011, Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial. *Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires: La Ley, 2012.

#### JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA:

- CNCiv., sala D, 14/08/1990, “R., Ll. c/R., R.”, E. D. 140-811.
- CNCiv., sala B, 04/05/1994, “A. de C., A. M. c/ C., J. M.”, L. L. 1995-D, 39. Online, AR/JUR/1886/1994.
- CNCiv., sala A, 22/09/1995, “K. de K., Ch. c/ K., M.”, L. L., 1996-C, 622. Online, AR/JUR/157/1995.
- CNCiv., sala B, 28/05/1997, “N. A., C. M. I. Y otros c/D. C., J. C. s/Alimentos”, E. D. 174-272 (publicado en 1997).
- CNCiv., sala E, 19/11/1999, “S., N. c/M., I. J.”, L. L. 2001-I-57.
- CCiv., Com. Y Lab. Rafaela, 12/7/2002, LLLitoral 2003 [abril], 372, AR/JUR/3385/2002.
- CNCiv., sala K, 07/10/2002, “V., T. c/ G., R.”, L. L. 2002-F, 545. Online, AR/JUR/637/2002.
- CNCiv., sala K, 13/07/2004, “V., V. B. c/ C., M.”, L. L. 2004-E, 96. Online, AR/JUR/1030/2004.
- CNCiv., sala E, 12/10/2004, “Galardi Elitchery, Alba Fracnisca c/ Lescano, Carlos Eduardo”. Online, AR/JUR/7958/2004.
- C. Nac. Civ., sala C, 07/06/2007, “P.,G. y otro c. L.O., L.”, LL AR/JUR/3377/2007.
- CNCiv., sala A, 25/08/2009, “C., C. c/C., J. C.”, J. A. 2010-II-49, L. L. Online, AR/JUR/75598/2009.

- CNCiv., sala H, 22/10/2010, “F. B. M. A. Z. c/C. N. R. s/Alimentos”, E. D. Digital (61692) (publicado en 2011).
- C. Nac. Civ., sala G, “De Nigris, Patricia Delia c/ Sffaeir, Ernesto José s/ Alimentos”, 10/04/2012, LL AR/JUR/9662/2012.
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 15/08/2014, “L. de F., G. E. c/ M. J. F. s/ divorcio vincular”.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA:

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 29 de mayo del 2006, Rol N° 225-2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de España con Sede en Madrid, STS 851/2014, del 20-02-2014, Id Cendoj: 28079110012014100105, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)



Universidad de  
**San Andrés**