

Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

Audiencia de la Comisión Bicameral

Ciudad de Neuquén

20 de setiembre de 2012

Ponencia: “**El derecho al nombre de las personas humanas en el Proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial**”

Ubicación del tema: **Libro I**, Capítulo 4, arts. 62 a 72.

Autora: Abog. **Moira Revsin** (General Roca, Río Negro)

Docente Civil I Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue
Especialista en Derecho de Familia (UBA)

Coordinadora Carrera Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia
(FADECS, UNComa)
moirarevsin@speedy.com.ar

El derecho al nombre de las personas humanas en el Proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad introducir algunas observaciones respecto a la redacción de algunos de los artículos insertos en el Libro I, Capítulo 4, referidos al *nombre* de las personas humanas.

Estas apreciaciones serán explicadas de manera muy puntual y concisa, a efectos de colaborar con las exigencias temporales de quienes están trabajando en el análisis de este proyecto legislativo, sin perjuicio de las ampliaciones que pudieran acercarse a los legisladores, ya sea en oportunidad de la defensa oral en la audiencia pública como así también en cualquier otra instancia que sea requerida.

EXÉGESIS

En primer lugar, corresponde resaltar lo **acertado** de la inclusión de los artículos que refieren al nombre de las personas humanas dentro del cuerpo normativo constituye este código civil, a diferencia del tratamiento que hasta el momento tiene esta temática a través de una ley “complementaria”.

En cuanto a la *terminología* empleada, también vemos **muy valiosa** la diferenciación entre el uso de las palabras “prenombre” y “apellido”, distinguiéndolas como las dos partes que componen el “nombre” de las personas humanas. Si bien las prácticas no traen problemas relacionados con estas dos partes integrantes del nombre, es correcto que la reforma sirva para mejorar la técnica legislativa empleada hasta el momento. Esta clarificación colabora con los fines pedagógicos y la voluntad de los autores del proyecto de crear una norma que sea comprensible no solo para aquellos que tienen formación jurídica sino también para sus destinatarios.

El **artículo 63** toma de manera adecuada la realidad actual en cuanto a cómo se produce la inscripción de los prenombrados en los registros civiles, eliminándose restricciones que la costumbre viene derogando desde hace varios años (por ejemplo, elimina la prohibición del uso de nombres extranjeros que se encuentran castellanizados, práctica de uso habitual en nuestros días). La eliminación de estas restricciones permite que se reconozca, en la práctica cotidiana, el mismo derecho a personas que habitan distintas zonas del país, puesto a que no deja librado al criterio de

los integrantes de los registros civiles la aceptación o rechazo de un nombre, de acuerdo a su interpretación más restrictiva o amplia de la ley.

La única *crítica* que se le puede hacer a la redacción de este artículo, que se vincula con esta observación de minimizar la mirada del agente del Registro versa sobre la indicación de que inserta en el inc. b) de la norma: “no pueden inscribirse (...) primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos”, debiéndose especificar que sí se puede cuando se trata del “uso de prenombrados compuestos”.

El **artículo 64** genera un cambio absolutamente positivo en cuanto faculta a que los hijos lleven, indistintamente, el apellido de la madre o del padre. Esto aleja la figura de la familia patriarcal, respeta los derechos de las mujeres a tener el mismo tratamiento que los hombre en las cuestiones de familia (conf. CEDAW) y elimina el trato discriminatorio que hasta el momento tienen las mujeres. Por lo tanto, queda claro que esta modificación enrola a este derecho de los hijos en los lineamientos constitucionales y de derechos humanos que impone nuestra legislación vigente.

Por su parte, observamos que esta medida es inclusiva de otras conformaciones familiares (recordamos la amplitud de “familias” que comprende el principio de protección integral consagrado en nuestra Constitución Nacional en el art. 14 bis), respetándose el derecho a la *identidad familiar*, en especial, de las *familias monoparentales* a cargo de madres solas. De acuerdo a la legislación actual, los hijos sin padres reconocientes sufren el estigma de llevar el apellido de su madre, identificándolos rápidamente en el contexto social como “hijos no reconocidos”; también lo sufren aquellos hijos que tienen un padre ausente y ven quebrantado el reconocimiento social de su identidad grupal al carecer de un “nombre de familia” que unifique y legitime socialmente a su tipo familiar.

No obstante, vemos que este respeto a la identidad familiar, a través del uso del apellido, quedaría mejor resguardado si se impusiera el **uso del apellido de los dos padres o madres**. Así, todos los hijos se encontrarían inscriptos con su apellido materno, confundiéndose a quienes no tienen un padre reconociente y viven en hogares monoparentales, los de progenitor ausente compartirían uno de sus apellidos con el padre o madre con quien conviven, generándose esta identidad familiar antes mencionada y, por último, queda legitimada socialmente la *familia ensamblada*, por cuando los medio hermanos van a compartir, necesariamente, uno de sus apellidos, generándose una vinculación a nivel social que, al igual que indicábamos respecto de las

familias monoparentales, es sumamente útil para la legitimación social de este tipo familiar que crece día tras día.

En la práctica, vemos con mayor frecuencia el uso del doble apellido y en algunos registros del país se ha implementado la recomendación a los padres para que inscriban al hijo con esta modalidad. En definitiva, su uso, a través de la costumbre también es útil para la efectivización de los derechos antes mencionados y, seguramente, esto se hará más habitual gracias a este avance del proyecto al poner en pie de igualdad el derecho de los dos padres en relación al apellido que llevarán sus hijos.

En cuanto a la forma de resolver qué apellido debe inscribirse primero, en caso de desacuerdo de los padres (matrimoniales o extramatrimoniales que se acercan a inscribir el niño en forma conjunta), la adoptada por el proyecto resulta ser la solución que **mejor resguarda** el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, pese a que pueda ser criticada por parecer demasiado coloquial y poco jurídica, motivo por el cual considero importante que se mantenga de la forma que está contemplado el sorteo que deberá realizar el empleado del Registro Civil en caso de desacuerdo entre los padres/madres. Esta solución se aleja de la otorgada por la ley 26.618 cuando dispone que en caso de controversia se tendrá al orden alfabético, puesto que también queda alterada la igualdad, otorgándose una ventaja a quien se encuentra primero en este orden.

Es decir, la mejor solución que nos aporta la reforma en este tema del apellido de los hijos es **que se inscriban aleatoriamente cualquiera de los dos, sin orden de preferencia, ya se a través del acuerdo de partes o por sorteo realizado al momento de la inscripción.**

En referencia al apellido del hijo extramatrimonial reconocido tardíamente por uno de sus padres, el texto propuesto (artículo 64, último párrafo) prescribe que el hijo llevará al apellido de quien lo inscribe y si el reconocimiento del otro padre es posterior y no se ponen de acuerdo entre ellos sobre este aspecto, deberán concurrir al juez para que determine si lleva inscripto el apellido de uno o de otro. Como vemos, acá hay un enfoque a aquellos casos de reconocimiento tardío por parte del padre en donde, con la ley vigente, al hijo se le modifica su apellido y, por ende, se altera su identidad, de manera inmediata y automática desde que se produce este reconocimiento, vulnerándose derechos fundamentales de estos niños o adultos que con este proyecto se ven resguardados. Sin perjuicio de estas situaciones, también es muy frecuente que el padre

se acerque a hacer el reconocimiento de manera tardía, pero con una demora tan breve que no se ve afectada la identidad del niño y, por consiguiente, no se justifica la intervención judicial para entender en estos casos. Consideramos lógico que se determine un plazo dentro del cual no se vea afectada la identidad del hijo en caso de ser reconocido tardíamente por su otro padre o madre. A estos fines, proponemos que cuando el reconocimiento del hijo inscripto por el otro progenitor se realiza dentro de los dos (2) años de su nacimiento, corresponderá que la elección del apellido y su orden sea elegido mediante sorteo a realizarse en el Registro Civil. Es dable destacar que este escenario encontraría rápida solución si se obligara a la inscripción con los dos apellidos, ya sea a través de la imposición legal o la práctica habitual en los registros civiles.

El **artículo 67** trata el tema del apellido entre los cónyuges. Este tema que en algún momento tenía una relevancia jurídica de importancia, en la actualidad no guarda la misma impronta debido a que a partir de la ley de divorcio vincular se impuso el uso optativo para la mujer casada del apellido del marido y, con el paso del tiempo, dejó de admitirse el uso del apellido marital para la realización de trámites y para la identificación de las mujeres casadas en la documentación emitida por el Estado. Por lo tanto, en la actualidad el único tema que se vincula con esto es el social, motivo por el cual vemos con acierto la amplitud que otorga esta norma, dejando librado a quienes conforman la pareja conyugal el modo con el que se van a presentar frente a la sociedad. De este modo se elimina el tinte discriminatorio de la mujer en una relación heterosexual, la desigualdad entre las opciones que tienen hasta el momento los matrimonios homosexuales frente a los heterosexuales, y la relación de subordinación que implica el uso “de”, para algunos sectores.

Resta agregar que esta finalidad, meramente social que no producir efectos jurídicos, que tiene el uso del apellido del cónyuge, también podría haberse extendido a las uniones convivenciales extramatrimoniales, puesto que si el apellido únicamente refleja la existencia de una relación como pareja afectiva entre dos personas, y la ley también podría facultar su uso entre miembros de la pareja que no tienen su partida de matrimonio. Esta decisión sería otra forma más de reconocer legislativamente a las uniones convivenciales, las que tienen la misma jerarquía de protección que las matrimoniales.

El **artículo 68** se refiere al prenombre del hijo adoptado y remite a lo regulado en el artículo 623. Sobre este aspecto, es **buena la observación** del autor del proyecto

en cuanto preserva la identidad del hijo adoptado al disponer que “El prenombre del adoptado debe ser respetado”, pudiendo modificarse de manera excepcional y por razones fundadas. Esto responde a la existencia de casos en que se adopta a niños que ya tienen formada su identidad con un prenombre y los padres adoptivos lo modifican para que lleve uno que sea de su mayor agrado, situación que puede vulnerar derechos del adoptado.

El **artículo 69** trata el tema de la modificación del nombre y el **artículo 70** describe el proceso judicial hacer viable este derecho. Si bien se observa una apertura respecto al régimen actual argentino, el proyecto continúa manteniendo una línea muy rígida para la modificación del nombre, a diferencia a lo que ocurre en otras legislaciones del derecho comparado e, incluso, con lo dispuesto en la ley de identidad de género, recientemente sancionada en Argentina (ley 26.743).

En este aspecto, nuestra legislación vigente (ley 18.248) está signada por el *principio de inmutabilidad* del nombre¹, el que se lo vincula estrechamente con la seguridad jurídica. La actual *ley de identidad de género* rompe con esta relación al reconocer que la seguridad jurídica (vista desde la individualización estatal y social de los ciudadanos) no se vincula con el uso del prenombre y la imagen inserta en el documento sino que, en virtud de la identidad dinámica, hay una escisión entre ambos, quebrándose el paradigma que hasta ahora marcaba la ley 18.248. Por consiguiente, el derecho a la identidad de la persona, desde el punto de vista del reconocimiento de sí mismo (“autopercepción”, en los términos de la ley de identidad de género), es suficiente justificación para que todas las personas puedan modificar su prenombre sin que el Estado controle su viabilidad a través de los organismos judiciales. Debe entenderse que una persona se percibe de un modo distinto a lo que indica su documentación personal no solo en aquellos supuestos en que se diferencia en su género sino también cuando se identifica a sí mismo con un nombre diferente al impuesto en su inscripción registral, y así se lo hace saber al resto de la sociedad en donde interactúa (por ejemplo, cuando una persona decide no usar su primer nombre y adoptan el

¹ El derecho al nombre de las personas físicas es un tema que ha sido poco desarrollado por la doctrina jurídica. Existe una sola obra completa y abarcativa de esta temática, de autoría del jurista Adolfo Pliner (*El nombre de las personas*, Ed. Astrea), cuya primera edición data del año 1966, momento histórico en el cual el desarrollo del derecho a la identidad tenía un contenido diferente al que se concibe en la actualidad y con ello se observa una férrea relación entre el nombre, la identificación de las personas, la identidad y la seguridad jurídica, cuya ponderación hacía primar la inmutabilidad del nombre por encima de la identidad “autopercebida”.

segundo o uno diferente y así se hace llamar por sus conocidos, muchos de los cuales desconocen la existencia de otra identificación).

Respecto de la seguridad jurídica, lo único que diremos en esta breve ponencia, es que es claro que hoy en día el Estado tiene otras formas de identificar a sus ciudadanos, sin necesidad de inmovilizar sus nombres en sus registros. Esta situación ha quedado plasmada en la ley de identidad de género, en la cual se indica que con esta finalidad de identificación el Estado mantendrá el número de documento de las personas y, a través de este dato numérico, brindará la seguridad jurídica necesaria para garantizar el cumplimiento de los deberes de cada habitante.

Por lo tanto, si existe flexibilidad de este principio de inmutabilidad en aquellos casos en que las personas se autoperciben con un género distinto al identificado en su documentación, corresponde –con idéntico alcance- reconocer este derecho a quienes se autoperciben con un nombre distinto al que tienen en su documentación estatal. Este trato distintivo entre unos ciudadanos y otros (que existe con las leyes vigentes) podría ser morigerado a través de otorgar a todos la misma posibilidad para cambiar su prenombre.

Nótese la importancia que tuvo la *ley de identidad de género* (sancionada después de la elaboración del anteproyecto de reforma en análisis) respecto a este principio de inmutabilidad que hasta el momento regía el derecho al nombre en el derecho argentino. Esto generó un estándar superador que por aplicación del principio constitucional de *no regresividad* de los derechos no puede disminuirse y, por aplicación del principio de *progresividad* debe extenderse su prerrogativa hacia otros supuestos, ya sea en esta oportunidad de reforma legislativa o bien en un futuro, posiblemente cercano. Es decir, la ley debería facultar a todas las personas la posibilidad de modificar su prenombre, reproduciéndose el régimen que ha implementado la ley 26.743 (incluido el previsto para los menores de edad).

Asimismo, sería beneficioso flexibilizar también la mutación de los apellidos, al menos para aquellos supuestos en que se decide usar el apellido del otro progenitor, intercambiar el orden de los apellidos de los padres o madres o bien adicionar el apellido del otro progenitor (sean hijos de personas del mismo o distinto sexo).

Tanto para la modificación del nombre y del apellido que aquí se propone, sin intervención judicial, deberá dejarse aclarado en la ley que solo podrá utilizarse este mecanismo una sola vez, debiéndose recurrir al sistema judicial si se pretende hacer una segunda mutación.

CONCLUSIONES

En resumen, podemos afirmar que la reforma propuesta adecua el derecho al nombre de las personas humanas de un modo superador respecto del régimen vigente, motivo por el cual el Honorable Congreso de la Nación debe procurar que estos cambios propuestos se transformen en ley.

Podemos enumerar, sintéticamente, sus **aspectos más positivos**:

- Inclusión de las normas que regulan el nombre de las personas humanas en el LIBRO PRIMERO del Código Civil y Comercial.
- La eliminación de las restricciones para la inscripción de prenombrados, adecuándose a los cambios sociales que se observan en la actualidad (por ejemplo, la autorización de inscribir nombres extranjeros).
- Los hijos pueden llevar, indistintamente, el apellido de cualquiera de sus padres/madres, sin ningún orden preferente.
- Ante la falta de acuerdo entre los padres para definir con qué apellido inscribirlo, que sea elegido azarosamente por el Registro Civil.
- El uso optativo y recíproco del apellido conyugal, antecedido o no de la preposición “de”.
- El prenombre del hijo o hija adoptados debe ser respetado, salvo excepciones fundadas, previstas en resguardo al derecho a la identidad.

Por su parte, hay dos aspectos que bien pueden ser introducidos en la reforma actual o ser tenidos en cuenta para futuras reformas legislativas:

- La obligación legal reinscribir a los hijos con el apellido de sus dos progenitores o el doble apellido del único progenitor que lo hubiera reconocido, situación que beneficia especialmente a las familias ensambladas y monoparentales con un padre o madre ausente. Destacamos nuevamente que este uso puede ser (y de hecho lo es en varias provincias) implementado a través de la costumbre, ya que no hay contradicción alguna con la manda legal.
- Asimilar el mecanismo para la modificación del prenombre que está instaurado en la ley de *Identidad de Género* a todas las personas que se autoperciban con un prenombre diferente al de su inscripción registral.

Más allá del tema presentado en esta ocasión, es preciso mencionar que la reforma integral que se está analizando esta Comisión Bicameral es un paso adelante en materia de protección de derechos civiles de los ciudadanos argentinos, motivo por el

cual apoyamos y petitionamos, desde los ámbitos académicos y profesionales, su pronta sanción.

Abog. Moira Revsin
General Roca, Río Negro

* * *

RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL DE LA “COMPENSACIÓN ECONÓMICA” EN EL DERECHO ARGENTINO

1. INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo versará sobre la figura de la “compensación económica” que se encuentra inserta en los arts. 441/442 y 524/525 del proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la República Argentina. Esta figura no tiene antecedentes en la legislación civil de nuestro país y la encontramos en legislaciones europeas y chilena, con distintas configuraciones.

En este trabajo nos detendremos a analizar la procedencia de este nuevo instituto a la luz del derecho constitucional argentino, prescindiendo de profundizaciones vinculadas con la exégesis de las normas proyectadas.

2. LA MIRADA CONSTITUCIONAL

El artículo 14 bis de la nuestra Carta Magna dice expresamente que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.” Este artículo se introduce en nuestro ordenamiento mediante la reforma constitucional del año 1957 y en él se procuran resumir varios derechos que estaban más desarrollados en la derogada reforma del año 1949, que había llegado de la mano del Presidente Perón

y estaba imbuida en el paradigma del constitucionalismo social iniciado décadas antes con las constituciones de Querétano de 1917 y la de Weimar de 1919.

El texto de la constitución del '49 regulaba cuestiones civiles (matrimonio, patria potestad, ejercicio de las funciones conyugales y parentales dentro de la familia, protección de la vivienda familiar y de la unidad económica familiar), cuyo único modelo familiar receptor era la familia matrimonial heterosexual, solución razonable para la coyuntura socio-política y jurídica de la época. “La reforma constitucional argentina de 1949 insertó principios de alta categoría moral y jurídica relacionados con la familia en un capítulo que correspondió al artículo 37-II y la norma del artículo 38” (Ramella).

Debe advertirse que este texto constitucional contenía definiciones precisas y muy extensas, a diferencia del uso de conceptos amplios característicos de los otros textos constitucionales que nos rigieron en la historia (1853-60, 1957 y 1994). Desde el punto de vista de la interpretación, la técnica empleada en el artículo 14 bis favorece el dinamismo del texto constitucional, posibilitándose la adecuación del texto legislado en base a los avances sociales y axiológicos vigentes al tiempo de la aplicación de la norma, por tratarse de una norma abierta e indeterminada. Esto permite que los intérpretes trabajen con mayor soltura las definiciones contenidas en las palabras o frases dadas por la ley y, como consecuencia de ello, ir incorporando un nuevo contenido a cada una de ellas. “La constitución formal prevé a menudo cláusulas abiertas, como las que aluden a los derechos no enumerados, que obviamente tendrán que ser reconocidos y descriptos por vía de interpretación. La misma constitución emplea vocablos, conceptos y valores cuyo contenido necesariamente cambia con el tiempo (v.gr., libertad, igualdad, dignidad humana, moral pública) y que el intérprete deberá apreciar según lo quiera entender la comunidad actual, ya que es ella, y no la generación que hizo otrora la constitución, quien protagoniza la vida constitucional. Todo este proceso de actualización interesa, asimismo, a la constitución viviente.” (Sagüés) Son normas pasibles de agregar o modificar su contenido de acuerdo a los avances de la sociedad, sin necesidad de realizar una reforma del texto constitucional.

La reproducción que quedó asentada en el vigente artículo 14 bis no especifica la protección de derechos civiles dejando establecida, en cambio, de manera palmaria la protección de los derechos de la seguridad social. Desde esta mirada, podemos afirmar que este artículo tiene una estructura bastante particular porque cada uno de los párrafos

está destinado a la regulación de una categoría de derechos, expresamente enunciado al inicio de cada uno de ellos. Su último párrafo –objeto de nuestro estudio– se refiere a los derechos de la “seguridad social”, en virtud de lo cual, una primera lectura nos hace pensar que todo su contenido debe, necesariamente, circunscribirse a esta rama del derecho. “El tercer párrafo consagra los derechos de la seguridad social, rama distinta del derecho del trabajo y que alcanza no sólo a los trabajadores que desempeñan sus actividades en relación de dependencia sino también a los trabajadores autónomos. Aquí aparece como titular de derechos constitucionales otro ‘grupo intermedio’, como la familia” (Sabsay-Onaindia).

No obstante, este análisis parece contrariarse con lo manifestado previamente en cuanto a que este artículo “recicla” los arts. 37 y 38 de la constitución del ’49, el cual consagraba derechos civiles a los integrantes de este grupo intermedio de la sociedad, que estaba signada por el reconocimiento de derechos y no la restricción: “...debe agregarse la marcada tendencia actual de incorporar a los principios del derecho público las instituciones fundamentales sobre la que reposa la familia –matrimonio, sociedad conyugal, patria potestad, tutela–” (Cardoso Ayala). Tan directa era la vinculación entre el texto de la constitución del peronismo y el del año 1957 que el jurista y convencionalista RAMELLA analiza en sus obras el art. 14 bis desmembrando cada parte del texto derogado: “Aunque esas normas no están, por el momento, en vigencia seguiremos su desarrollo porque es la manera de dar un concepto cabal y sistemático de cómo debe estructurarse la familia en el orden constitucional.” (Ramella)

Como la “Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico y nunca estrecho, limitado y técnico, en forma que en la aplicación práctica de sus disposiciones se cumplan cabalmente los fines que la informan” (Linares Quintana), debemos reconocer que a través del estudio de la evolución histórica del artículo 14 bis, corresponde aceptar que también quedan comprendidos en los derechos que ampara, también, los derechos civiles. “Cabe reiterar que la decisión del constituyente de incluir en la constitución reglas de contenido referentes a otras ramas del derecho, es legítima si es ejercida con prudencia y si tales áreas ‘constitucionalizadas’ hacen efectivamente a la organización fundamental del Estado (...) En tales supuesto, la norma constitucional de contenido es, necesariamente, de derecho constitucional, aunque simultáneamente su materia aluda a puntos laborales, civiles y comerciales. Es factible así hablar de un

derecho constitucional civil (si la regla constitucional disciplina cuestiones de matrimonio, dominio, herencia, etc.)...” (Sagüés).

Es así como los autores coinciden en reconocer contenido civil a los conceptos “protección integral de la familia”, “bien de familia” y “vivienda digna”. De todos modos, nos resulta más relevante la evolución interpretativa del primero de ellos, el cual ha tenido un marcado avance en cuando a la cantidad de derechos que contiene y, asimismo, a la cantidad de tipos familiares que merecen protección por parte del Estado. “La permanente resignificación que produce el discurso constitucional sobre los ordenamientos jurídicos inferiores, a partir de un Otro que colabora en la construcción de la subjetividad de la persona sobre la base de su deseo, posibilita un permanente movimiento reconstructivo de lo jurídico, con el objeto de interpelar los directrices ocultos que intentan imponerse bajo una técnica supuestamente exenta de referencias parcialmente idealizadas” (Gil Domínguez).

Algunos destacados constitucionalistas ponen mayor énfasis al contenido social de la protección integral, sin perjuicio de aceptar cierta apertura hacia los derechos civiles. Así lo entiende, entre otros, QUIROGA LAVIÉ: “Los derechos de la familia son prácticamente derechos sociales sectoriales, es decir colectivos”. Este autor reconoce como un avance en el reconocimiento de derechos civiles en la norma del artículo 14 bis al fallo “Sejean” (308:2268), dictado por nuestra Corte Suprema en el año 1986, al expedirse sobre la inconstitucionalidad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, utilizando como fundamento el concepto constitucional de protección integral de la familia (Quiroga Lavié). Otros autores, en trabajos más recientes, han conseguido desarrollar más ampliamente los derechos civiles que conforman el “derecho constitucional de familia”, utilizando como punto de partida la norma del artículo en estudio, armonizándolo con la normativa internacional de los derechos humanos (las obras que recopilan más integralmente estos estudios son las de los autores Gil Domínguez-Famá-Herrera y Lloveras-Salomón).

Este estadio de la evolución interpretativa del concepto de protección integral de la familia es el sirvió de apoyo para los autores del anteproyecto de reforma. Así es como encontramos desarrollado este concepto para validar muchos de los cambios introducidos en el Libro II, y también se considera comprendido dentro de aquellos principios rectores de todo el ordenamiento proyectada por cuando es una norma constitucional y además emanen de ella principios fundamentales que deben ser

utilizados por los operadores a la hora de interpretar las normas civiles (conf. artículos 1 y 2 del proyecto de reforma). “El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de ‘democratización de la familia’, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del ‘derecho de familia’ al ‘derecho de las familias’ en plural; esta opinión se sustenta – entre otras razones- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la ‘protección integral de la familia’, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo la fundada a partir de la unión convivencial, las que se general tras la ruptura de la unión anterior, habiendo hijos o no (conformación familiar que se conoce en doctrina –y en menor medida, en la jurisprudencia- como ‘familia ensamblada’), las que aparecen reconocidas por la ley 26.618, etcétera” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

Existe una fuerte incidencia del principio de solidaridad familiar en varios de los derechos contenidos en el principio de protección integral de la familia (Revsin) y, consecuentemente, en la regulación infraconstitucional de allí derivada. Observamos, también, que este principio da sustento a otros de los conceptos insertos en el texto del artículo 14 bis: “la compensación económica familiar”.

Desde siempre, esta manda constitucional era vinculada únicamente con los derechos de la seguridad social; es decir, este concepto no tuvo la apertura hacia otras ramas del derecho que sí tuvo la protección integral de la familia. Así vemos que el “Derecho a la compensación económica familiar, lo cual se encuentra reglado en la legislación del trabajo: salario familiar por cónyuge e hijos, escolaridad, prestaciones por matrimonio, nacimientos o defunciones” (Quiroga Lavié), o bien que la compensación, “comúnmente llamada salario familiar, consiste en una asignación dineraria que se adiciona al sueldo percibido por el trabajador” (Gelli). El principio constitucional que sustenta este concepto es la solidaridad, en palabras de EKMEKDJIAN: “Hemos mencionado ya el fundamento de la seguridad social: la solidaridad” (Ekmekdjian). Esta mirada clásica postula que la compensación económica familiar refiere a las asignaciones familiares por nacimiento de los hijos, escolaridad, matrimonio y, por su

parte, integran los derechos a la “protección integral de la familia” las pensiones por viudez.

En el proyecto de reforma, esta solidaridad también la observamos en las razones que dan fundamento a la “compensación económica”, según lo establecen sus redactores: “El Anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas.” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

Por otra parte, además de la solidaridad, también es característico de la “compensación económica” regulada en el artículo 14 bis el hecho de evitar o morigerar desequilibrios económicos, pues “seguridad social significa protección contra las consecuencias económicamente desfavorables de ciertos riesgos sociales (...)” (Ekmekdjian). Cuando ampliamos la mirada para que también queden contenidos en esta norma los derechos civiles, vemos que la finalidad es la protección contra desequilibrios económicos, todo lo cual denota que los reformadores tomaron este precepto que existe en nuestra constitución desde el año 1957 y lo resignificaron, ampliándolo en cuanto a la recepción de derechos.

Es, sin vacilar, un paso adelante, que cuadra en el principio de progresividad de derechos y continúa con el lineamiento de ampliar el contenido de las normas constitucionales, en pro de la protección de los derechos humano y del principio de justicia que verbalizan los máximos tribunales nacionales y supranacionales. “La Corte, adscripta al Movimiento por el Acceso a la Justicia ha rotado su punto de mira, dando papel decisivo a la necesidad de tutela que estimula –desde la Constitución, art. 14 bis- a la solidaridad, a la cooperación, a computar de manera más sensible la oportunidad en que se presta la justicia; y de manera que la protección se prevea en el momento oportuno (art. 75, incs. 19 y 23, L.F).” (Morello).

Como decíamos, los artículos del proyecto que regulan la compensación económica (441, 442, 524 y 525) tienen por fin impedir desequilibrios económicos que sean injustamente lesivos para uno de los integrantes de la pareja marital o convivencial,

requisito que la torna viable y debe encontrarse en las resoluciones que apliquen este instituto a partir de la vigencia del nuevo código.

Por todo lo analizado, corresponde afirmar que no solo es correcta sino también necesaria en nuestro régimen jurídico, la inclusión de la figura de la compensación económica proyectada, por cuanto existe una manda constitucional que obliga al legislador inferior a disponer las pautas que considere atinadas a fin de evitar desequilibrios económicos entre los integrantes de una familia, que sean injustos desde la mirada de la solidaridad familiar.

En cuanto a la regulación de esta figura para beneficiar tanto a las uniones conyugales como a las convivenciales, también es consecuente con la normativa constitucional, por cuanto ambos tipos familiares están receptados por la Constitución Nacional, por lo tanto, no puede regularse la figura regulatoria de derechos constitucionales para un solo tipo de unión y dejarse sin este derecho a la otra. Vale decir, el tratamiento igualitario de todas las distintas conformaciones de uniones afectivas de parejas (matrimoniales, convivenciales, hétero u homosexuales) es coincidente con el paradigma de no discriminación que emana de la Constitución y que está contemplado como un de los ejes de la reforma.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y LOS ALIMENTOS

Tanto los alimentos entre los cónyuges como la compensación económica encuentran su génesis en el principio de solidaridad familiar, el cual nutre a muchos de los derechos que emanan de la norma del art. 14 bis de nuestra Carta Magna, tal como hemos referenciado. No obstante esta coincidencia, esta solidaridad no tiene el mismo contenido en un caso y en otro.

En el derecho alimentario, la solidaridad versa sobre la “necesidad” del otro miembro de la familia que requiere el pago de una prestación (que puede ser periódica o única, tal como ocurre en supuestos de los alimentos extraordinarios). Si no se demuestra la necesidad para el suministro de los alimentos, no hay razón de ser para la implementación de la cuota. Debe aclararse que la existencia de una necesidad para fundar el reclamo alimentario puede verse reflejada con distintas extensiones en la cuantificación de la cuota y en los hechos que la sustentan. Es así, que puede existir necesidad total para procurarse alimentos para la subsistencia básica o, incluso,

podemos extender la necesidad a elementos que exceden lo mínimo para subsistir, como vemos en el otorgamiento de alimentos para el cónyuge enfermo regulado en este mismo proyecto de reforma y, en el caso más usual, para los alimentos debidos a los hijos que tienen menos de 21 años de edad. Sin importarnos la cuantificación o la razón que justifica la pretensión, lo cierto es que en todos los casos vemos que es la necesidad de quien reclama el sustento jurídico lo que justifica el otorgamiento de los alimentos.

A efectos de evitar confusiones entre figuras que a primera vista pueden parecer similares, es importante destacar que los alimentos que benefician únicamente al cónyuge que es inocente del divorcio (art. 207 C.C., vigente al tiempo de la elaboración de este trabajo), también encuentran sustento en la necesidad de reclamante: la “necesidad” de continuar manteniendo el mismo nivel de vida que tenía ese cónyuge durante la convivencia. Por ello, es que cuando quien solicita el pago de la prestación tiene medios suficiente para mantener por sí ese nivel de vida, corresponderá el rechazo de la acción.

A diferencia de todo lo relatado, en la figura de la compensación económica esta solidaridad surge a partir de la existencia de un desequilibrio económico que corresponde reparar; este equilibrio debe ser elocuente y nace a partir de un esfuerzo o sacrificio de uno de los miembros de la pareja, quien no ha visto gratificación y, mientras tanto, el otro ha percibido beneficios económicos que han sido facilitados gracias a la conducta del compañero.

Entonces, nos queda claro que en un caso se pretende ayudar a quien lo necesita y, en el otro, se busca morigerar los efectos del desequilibrio económico, injustamente generado.

Cuando traducimos estos principios constitucionales en la legislación inferior, vemos que los alimentos tienen naturaleza personal y la compensación económica es meramente patrimonial, pese a que en la práctica pueden satisfacerse ambos derechos con prestaciones monetarias.

4. ALGUNOS SUPUESTOS EN LOS QUE PUEDE RESULTAR ÚTIL SU APLICACIÓN

A modo de ejemplificar sobre los posibles usos que puede tener esta figura, vamos a indicar algunas ocasiones para las cuales puede ser útil, en un análisis apriorístico, que

no será enriquecido con el aporte de doctrina y jurisprudencia extranjera por cuanto este punto excede el marco de esta ponencia.

Es sabido que esta figura encuentra su máxima capacidad de empleo cuando los integrantes de la pareja tienen un RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES, mediante el cual cada uno será mercedor único de las ganancias que hubiera adquirido durante la convivencia, sin posibilidad de reclamo a una parte de estas adquisiciones al producirse la ruptura. Mediante el empleo de la compensación económica se podrá equilibrar una diferencia económica muy grande entre los miembros de la pareja, sin que ello sea sinónimo de división en partes iguales, como ocurre con la partición de los bienes en el régimen de comunidad.

Del mismo modo que ocurre con la compensación que puede otorgarse en caso de que uno brinde un apoyo especial a quien se está PERFECCIONANDO PROFESIONAL O LABORALMENTE y en virtud de esto se produzca un desequilibrio entre el beneficio económico de uno y un perjuicio para el otro (o un beneficio evidentemente menor), corresponderá valorar el esfuerzo hecho por quien no obtuvo la ganancia para que le sea reconocido este beneficio. Este supuesto ha tenido bastante desarrollo con las primeras legislaciones europeas que preveían la figura y se da cuando uno resigna su crecimiento personal, profesional o laboral o hace un aporte mayor, para apoyar al otro con la finalidad de mejorar la situación familiar en el futuro (por ejemplo, cuando se acuerda que no uno trabaja y el otro se va a dedicar a proseguir los estudios o a emprender un proyecto económico que tardará un tiempo en generar rentas). En estos casos, como muchas veces los ingresos que nacieron a partir del esfuerzo se producen incluso con posterioridad a la separación, se deberá considerar esta proyección futura para otorgar y cuantificar la compensación económica.

En algunos supuestos en donde se generen bienes propios como consecuencia del cobro de una INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS podrá aplicarse la compensación económica, cuando quien reclama la compensación no se ve beneficiado por tratarse de una indemnización que configura un ingreso “propio” (ya sea que impera un régimen de separación o de ganancialidad) si se prueba que el otro miembro de la unión ha hecho algún esfuerzo tendiente a colaborar con aquel que percibió la indemnización (v.gr. dedicarse a sus cuidados, realizar mayores aportes en el hogar).

La existencia de SOCIEDADES DE FAMILIA es otro de los supuestos en los cuales podrá aplicarse la figura de la compensación económica. En estos casos, incluso con el

régimen de comunidad, observamos desigualdades cuando la mayor ganancia de uno de los miembros de la unión queda destinada a una empresa que pertenece a la familia y no se ven los beneficios en la familia sino que quedan reservados a la familia de origen. Con el régimen imperante de ganancias, resolver los desequilibrios que emergen de estas cuestiones son sumamente complejos, debiéndose emplear figuras como el fraude, que son de difícil prueba. Por lo tanto, la existencia de la compensación económica puede aportar nuevas variantes probatorias a la hora de resolver cuestiones muy injustas.

No corresponderá, por su parte, otorgar el beneficio de la compensación en los casos que el beneficio económico sea producto de la recepción de una HERENCIA o DONACIÓN, salvo que a través de estos institutos queden encuadradas otras figuras.

Como se puede observar a través de estos limitados ejemplos, la figura colabora en la resolución de conflictos que sin ella serían difíciles de encontrar una solución justa. Esto coincide con el criterio de justicia y de solidaridad expresado en los párrafos anteriores.

5. CONCLUSIONES

La figura de la “compensación económica”, incorporada en el texto de la reforma del Código Civil de la República Argentina, encuentra fundamento constitucional en el texto del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que reza: “El Estado otorgará (...) En especial, la ley establecerá: (...) la compensación económica familiar (...)”

A diferencia de la “protección integral de la familia”, regulada en el mismo artículo de la constitución, a la figura de la compensación no se le habían atribuido hasta el momento derechos de contenido civil, tal como lo hace el autor del proyecto en esta reforma legislativa. Los fundamentos empleados para ampliar estos derechos son los mismos utilizados con la finalidad de regular derechos en el área de la seguridad social, la solidaridad y la morigeración de desequilibrios económicos, todo lo cual implica la coherencia del régimen regulado con el resto del ordenamiento jurídico

A decir de la Corte del año 1902, “Cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido” (95:334). Por eso, vemos con buenos ojos que, al regular este nuevo instituto, los redactores del proyecto han podido encontrar el significado de este concepto atribuyéndole un poder inmenso para dar soluciones justas a muchas injusticias que se dan en el marco de la familia.

BIBLIOGRAFÍA:

- CARDOSO AYALA, Luis, “La familia en la nueva Constitución Argentina”, en Anuario del Instituto de Derecho Público y de Ciencias Sociales y Políticas, T. IX, Rosario, 1949.
- EKMEKDJIAN, Miguel A., Tratado de Derecho Constitucional, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, EDIAR, Buenos Aires, 2011.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, EDIAR, Buenos Aires, 2005.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., La Constitución interpretada, Depalma, Buenos Aires, 1960.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.
- MORELLO, Augusto, “Dinámica de la Constitución. Las Consecuencias valiosas de la interpretación”, La Ley Suplemento especial Aniversario de la Constitución Nacional Abril, Buenos Aires, 2003.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Constitución Argentina comentada, Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- RAMELLA, Pablo, Derecho Constitucional, 2ª ed, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- REVSIN, Moira, “Las uniones homosexuales también conforman familias en sentido constitucional”, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia (Dir. Cecilia Grosman), 2005-III, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José Miguel, La Constitución de los Argentinos, 3ª ed., Errepar, Buenos Aires, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, Teoría de la Constitución, Astrea, Buenos Aires, 2004.

