

Prestación compensatoria: herramienta para la equidad económica entre géneros en Estados familistas**

Compensatory allowance: A tool for economic equity between genders in family states

RESUMEN

El derecho en los Estados contemporáneos debe asumir varios retos en lo referido a la familia: denunciar las inequidades latentes y plantear mecanismos de construcción de escenarios sociales y familiares para la vida paritaria entre los géneros. En el marco de los procesos de divorcio, al Estado le corresponde crear herramientas con miras a promover el equilibrio entre la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia y la protección a las personas vulnerables del núcleo familiar¹. Este texto es resultado de una investigación de tipo cualitativo, de corte jurídico dogmático, desarrollada bajo una metodología hermenéutica. La categoría *familismo* se implementa como herramienta hermenéutica desmitificadora de la institución familiar y da lugar al examen crítico de las normas de divorcio. Se articula el análisis de la prestación compensatoria como herramienta patrimonial para plantear escenarios de reconstitución de la equidad económica entre géneros. Se propone implementar la lente de los derechos y libertades individuales para abordar las tensiones que se producen en los procesos de disolución matrimonial.

* Doctora en Ciencias Sociales y en Ciencias de la Educación. Magíster en Derecho Comparado de la Familia. DSU Derecho Constitucional. Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. E-mail: letobon@uninorte.edu.co. ORCID: 0000-0002-9819-3351.

Recibido 5 de abril de 2024, aprobado 6 de mayo de 2024.

** Para citar el artículo: Tobón Berrío, L. E. *Prestación compensatoria: herramienta para la equidad económica entre géneros en Estados familistas*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 61, enero-abril de 2025, 231-256. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n61.09>

¹ Pérez Fuentes, G. M. *La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México: principales criterios jurisprudenciales*. En *Rev. Boliv. de Derecho*, (25), 2018, 144-173.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional, familia, familismo, prestación compensatoria, divorcio.

ABSTRACT

Contemporary family law must take up several challenges regarding to the family: to denounce latent inequalities and to propose mechanisms for constructing social and family scenarios for gender parity in life. In the context of divorce proceedings, the State is responsible for creating tools aimed at promoting a balance between the autonomy of the will of the family members and the protection of the vulnerable members of the family nucleus. This text is the result of a qualitative research, of a dogmatic legal nature, developed under a hermeneutic methodology. The *familism* category is implemented as a hermeneutical tool to demystify the family institution, giving rise to the critical examination of divorce norms. The analysis of the compensatory allowance as a patrimonial tool is articulated to propose scenarios of reconstitution of economic equity between genders. It is proposed to implement the lens of individual rights and freedoms to address the tensions that arise in marital dissolution proceedings.

KEYWORDS

Constitutional law, family, familism, compensatory allowance, divorce.

SUMARIO

Introducción 1. Contexto hermenéutico. 1.1. La falsa identidad entre dos instituciones: matrimonio y familia. 1.2. El Estado familista, marco contextual de materialización de las normas de divorcio. 1.3. La transformación de la familia por medio del divorcio. 2. La prestación compensatoria, mano invisible del Estado en el divorcio. 2.1. El divorcio, proceso revelador de la inequidad de géneros en la familia. 2.2. La prestación compensatoria: equilibrar la disparidad económica entre cónyuges. Conclusiones. Referencias

INTRODUCCIÓN

La imposición de un número cerrado de causales de divorcio con requisitos rígidos que buscan blindar el contrato matrimonial en tanto institución que aún se defiende como sagrada bajo la apariencia de la letra del Código Civil, limita de manera ilegítima la libertad del individuo de diseñar y ejecutar de manera autónoma su plan de vida. Tal restricción de la libertad mínima de la que debe gozar todo individuo como parte del núcleo esencial del derecho

al libre desarrollo de la personalidad no puede predicarse legítima, pues la imposición de continuar en un matrimonio en contra de la voluntad real de quienes lo conforman no es protectora de los individuos ni de la agrupación familiar en su conjunto. Por el contrario, es el escenario donde se causan tensiones que podrían transformarse en violencias². Ahora bien, integrar el divorcio incausado en el orden legal, es decir, admitir la ruptura del vínculo conyugal fundada en la sola voluntad de uno de los cónyuges de no continuar, también plantea desafíos en la garantía de los derechos de los individuos, especialmente de las mujeres. La terminación del matrimonio, y con ello de la vida a dos, revela las inequidades entre hombres y mujeres producidas por la distribución histórica de roles domésticos³. Inequidades sociales, económicas, psicológicas, culturales, invisibilizadas al encontrarse como patrones naturalizados en los ecosistemas sociales y familiares, soportadas en ordenamientos legales de Estados familistas.

La vulnerabilidad de las mujeres en el ámbito familiar, especialmente en el plano económico, se hace notoria cuando el sistema de dependencia marital se resquebraja (Rodríguez Guitián, 2019)⁴. La solución no puede venir de imponer la continuación del matrimonio más allá de la duración de los afectos, pues implicaría violentar la libertad humana para decidir el proyecto de vida. En contraste, permitir el divorcio unilateral sin consecuencia alguna en un contexto de inequidad entre géneros conduce a solapar la desigualdad material y a desatender las repercusiones en la calidad de vida de las mujeres. De ahí que en el derecho contemporáneo se deban asumir varios retos: denunciar esas inequidades latentes y plantear mecanismos de construcción de escenarios sociales y familiares para la vida paritaria entre los géneros. Siguiendo tal propósito, el objetivo de este texto es la exposición crítica de la prestación compensatoria bajo una lente que reivindica las libertades fundamentales de los cónyuges, al tiempo que su dignidad. Las preguntas de investigación que guiarán el análisis son: ¿Cómo los Estados familistas favorecen la reproducción de inequidades entre géneros en el matrimonio? ¿De qué manera la prestación compensatoria puede ser un mecanismo del Estado para buscar equilibrar la autonomía de los individuos y la protección de los derechos fundamentales en los procesos de ruptura conyugal?

2 Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. *El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros*. En *Revista de Derecho*, (49), 2018, 42-75.

3 Núñez Noriega, G. y Zazueta Luzanilla, E. I. *Los hombres y la cuestión del divorcio*. En *Revista Casa del Tiempo*. 1(11.12), 2008, 15-20; Infante Ruiz, F. J. *Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado*. En Mesa Marrero, C. y Grau Pineda, M. del C. (coord.), *Manual de Derecho civil*. España: Tirant lo Blanch, 2014, 191-250.

4 Rodríguez Guitián, A. M. *Los pactos de pre-ruptura conyugal: a la búsqueda del equilibrio entre la libertad y la solidaridad*. En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (38), 2019, 99-134. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.004>

Desde el ángulo metodológico, el texto es resultado de una investigación⁵ de tipo cualitativo, de corte jurídico dogmático, porque busca la comprensión de las instituciones jurídicas a partir del estudio de las fuentes formales del derecho, como la ley, la jurisprudencia, la doctrina (Courtis, 2006)⁶. El análisis se nutre de la experiencia legal del derecho foráneo; de manera principal se extraen elementos del ordenamiento y de la doctrina argentina, española y francesa, países con los cuales se comparte una influencia jurídica romanista, que conduce a la identificación de estos órdenes legales bajo el llamado sistema de derecho continental (David y Jauffret-Spinozi, 2002)⁷. Además, la conformación de sociedad y Estado en el plano legal se encuentra bajo la influencia religiosa de origen católico, lo que permite trasladar elementos críticos para la comprensión de las instituciones jurídicas. El estudio se lleva a cabo bajo una metodología hermenéutica, es decir, mediante la confrontación de la institución jurídica con los fines y el contexto catalizador (Valencia Grajales y Marín Galeano, 2018)⁸. En este ejercicio las categorías de las ciencias sociales se inscriben en el análisis, para profundizar la interpretación de las tensiones que se generan entre el derecho y la sociedad normada.

El escrito analiza la institución de la prestación compensatoria en el derecho foráneo, como mecanismo transitorio para aliviar la inequidad entre géneros presente en el ámbito familiar, develada tras la ruptura de la unión conyugal por divorcio. Una herramienta que se desarrolla en el avance de la constitucionalización del derecho de familia, al impulsar la relectura del ordenamiento desde los derechos fundamentales. La estructura del artículo está organizada en dos apartes principales que sustentan las conclusiones. El primer aparte del texto invita a romper con el paralelismo entre matrimonio y familia, mediante el reconocimiento de la naturaleza propia de la institución familiar. La categoría hermenéutica de *familismo* se implementa como herramienta conceptual desmitificadora de la institución familiar y da lugar al examen crítico de las normas sobre divorcio en el contexto jurídico colombiano. Se propone una comprensión del divorcio como etapa de transformación familiar que dé lugar a la reconstrucción de rutinas y a la

5 Este artículo es resultado del proyecto de investigación interno de la Universidad del Norte, titulado Familias y Derecho, registrado ante la Vicerrectoría de Investigación, Creación e Innovación con el código 2023-029. Fue desarrollado en el Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte.

6 Courtis, C. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En Courtis, C. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, 05-156.

7 David, R. y Jauffret-Spinozi, C. *Les grands systèmes de droit contemporains*. París: Dalloz, 2002, 538.

8 Valencia Grajales, J. F. y Marín Galeano, M. S. *Investigación teórica, dogmática, hermenéutica, doctrinal y empírica de las ciencias jurídicas*. En *Revista Ratio Juris*. 13(27), 2018, 17-26. doi: <https://doi.org/10.24142/raju.v13n27a1>.

reorganización orgánica de la familia, al tiempo que garantice la protección de las libertades individuales y la pacificación de la célula familiar.

El segundo aparte del texto mantiene el hilo analítico desde el familismo. Expone cómo la familia idealizada en una reproducción jurídica acrítica de su rol en tanto núcleo social, sellado por la consagración constitucional, esconde tensiones y vulneraciones entre géneros que se normalizan. Se plantea entender la figura de la prestación compensatoria, desarrollada en el derecho foráneo, como herramienta para reequilibrar la desigualdad económica entre géneros derivada del fin del vínculo conyugal por divorcio. Las conclusiones enfatizan la necesidad de integrar la prestación compensatoria a un conjunto más amplio de medidas jurídicas y sociales, dirigidas al cambio sociocultural, a repensar la institución fundante del Estado con el fin de asegurar la familia como espacio de realización de las libertades fundamentales de los sujetos durante sus diversos ciclos vitales y transformaciones.

1. CONTEXTO HERMENÉUTICO

La desmitificación de la familia, particularmente la matrimonial, como principal entidad responsable del sustento y del cuidado de las personas más vulnerables en un Estado –infantes, personas con discapacidades, adultos mayores– es impulsada por nuevas concepciones sobre qué es una familia⁹. La jurisprudencia con un nivel de respuesta más ágil en comparación con el movimiento legislativo ha reconocido que el matrimonio no es la única forma de constituir un grupo familiar y ha nutrido el panorama de las formas familiares con visibilidad en el ámbito legal (Ordóñez Torres y Sterling Casas, 2022)¹⁰. Este acápite permite entender que el ordenamiento jurídico debe flexibilizar las normas sobre divorcio para permitir a las familias fluir y transformarse, de acuerdo con las necesidades vitales de los individuos, en respeto de sus derechos y libertades fundamentales. La categoría familismo pone de manifiesto que las normas actuales sobre divorcio no ofrecen solución a la desigualdad económica entre géneros oculta por la dinámica histórica de las familias. La inequidad develada con el divorcio es una barrera a la realización de los derechos humanos de las mujeres.

9 Oliva Gómez, E. *El divorcio incausado en México*. México: Moreno Editores, 2013, 205.

10 Ordóñez Torres, N. y Sterling Casas, J. P. *El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica*. En *Revista Derecho del Estado*, 52, 2022, 175-206. <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.06>

1.1. La falsa identidad entre dos instituciones: matrimonio y familia

“[...] que no necesariamente el matrimonio es una institución protectora de la familia”¹¹.

El catolicismo permeó la construcción del Estado y condujo a una organización estatal confesional, declarada así en la Constitución Política de 1886. Bajo esta influencia, el matrimonio fue impuesto como modelo ideal de familia y los grupos familiares constituidos mediante el rito matrimonial obtuvieron protección jurídica especial¹². La idealización de la familia matrimonial en el ámbito legal ha gestado una confusión de identidad entre familia y matrimonio, asimilando ambas instituciones y equiparándolas en protección. “La familia, en nuestra sociedad, tiene como fundamento el matrimonio, delimitándose así lo social a lo matrimonial”¹³. Empero, esta idea de identidad entre matrimonio y familia se encuentra hoy en jaque, pues la jurisprudencia constitucional para el caso de Colombia ha impulsado el avance del derecho (Molinares Hassan, 2011)¹⁴, particularmente en la elaboración de una definición de la familia más allá del vínculo matrimonial. Germina lo que Natalia Rueda (2020)¹⁵ ha denominado una “revolución jurisprudencial en materia de familia en Colombia”.

La Corte Constitucional propone en su doctrina circunscribir los elementos característicos de la familia, es decir, aquellos que permiten reconocerla como grupo social e institución jurídica, a tres características básicas: la vivencia de los valores del amor, el respeto y la solidaridad. Siguiendo esta idea, la familia es un grupo de personas vinculadas en un proyecto de vida conjunto que se desarrolla en el respeto entre sus integrantes. Cohesionadas por lazos de afecto y de solidaridad. Este entendimiento amplio de la familia supera los estereotipos sexualizados y las exigencias formalistas como la firma de un contrato o las solemnidades de un acto jurídico particular. La definición constitucional de familia prescinde de la consanguinidad y de los ritos conyugales para reconocer una agrupación familiar.

11 Delgado Cifuentes, M. E. *Divorcio unilateral, aproximaciones a una causal taxativa a partir del matrimonio como contrato en el Código Civil colombiano*. Trabajo de grado para obtener el título de abogado. Universidad Santo Tomás, 2016, 53.

12 Núñez Noriega, G. y Zazueta Luzanilla, E. I. *Los hombres y la cuestión del divorcio*. En *Revista Casa del Tiempo*. 1(11.12), 2008, 17.

13 Ried Soto, N. *Venciendo a Procusto. El concepto de familia: el feminismo liberal, el post-feminismo y el problema del género*. En *Derecho y Humanidades*, (17), 2011, 220.

14 Molinares Hassan, V. *El precedente constitucional: análisis de la sentencia T-292 de 2006*. En *Revista de Derecho*, (35), 2011, 118-144. En este artículo puede verse el impacto de la jurisprudencia constitucional en la construcción de derecho para el caso colombiano.

15 Rueda, N. *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad: un estudio comparado entre Italia y Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, 531.

El debate legal sobre el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a conformar familia impulsó esta definición amplia del grupo familiar a hito jurídico (Sentencia C-577 de 2011)¹⁶. Para ese entonces la Corte ya había expuesto en sentencias anteriores esta conceptualización de la familia¹⁷. Pero el poderoso contexto sociojurídico de defensa de derechos fundamentales que rodeó la Sentencia C-577 despertó a los juristas del letargo doctrinal. Desde entonces la identificación de la familia con fundamento en el amor, la solidaridad, el respeto, la voluntad de proyectarse en conjunto para la vida, ha contribuido al reconocimiento de derechos por parte de la rama judicial en diferentes temas: ejemplo, respecto a la protección de los hijos de crianza, el poliamor, la pluriparentalidad, entre otros.

De forma contradictoria, el nuevo concepto de familia fundado en el amor no ha conducido a que la falta de amor sea una razón para entender que se ha producido una ruptura en la agrupación familiar. Obligar a la permanencia bajo el vínculo matrimonial sin amor es insostenible desde lo humano, social y jurídico. Conduce a una violencia estatal silenciosa. Empero, el derecho en Colombia mantiene blindado el contrato matrimonial bajo el entendido de salvaguardar a la familia, sin extender la aplicación del reconocimiento dado en otros escenarios relacionados con la protección constitucional de derechos en la familia, de que la familia es “donde están los afectos” (Sentencia C-296 de 2019).

1.2. El Estado familista, marco contextual de materialización de las normas de divorcio

El familismo es una categoría analítica que permite observar de manera crítica cómo los Estados erigen en protagonistas sociales a los grupos familiares, tratando de edificar una superioridad de lo familiar y dándole un carácter de hecho natural incontrovertible, incluso sacro. Se trata de una idealización de la familia que no es ingenua; por el contrario, esconde intereses varios, entre ellos, políticos y económicos. Los llamados Estados familistas, como en el caso de Colombia, sobrecargan a la familia de funciones¹⁸. Se confía en que la familia será el actor central responsable de la construcción social, ella debe

16 Se debe recordar que el matrimonio entre parejas del mismo sexo fue reconocido por la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU-214 de 2016. En la Sentencia C-577 de 2011 la Corte reconoce el derecho a conformar familia a las parejas del mismo sexo, pero tratándose de vínculos jurídicos exhortó al órgano legislativo la elaboración de una nueva figura de contrato solemne para formalizar las uniones conyugales entre personas del mismo sexo.

17 La Corte Constitucional cita en la Sentencia C-577 de 2011 fallos que desde el 2003 proponían una definición amplia de familia. Por ejemplo, la Sentencia T-163 del mismo año.

18 Puyana Villamizar, Y. *El familismo: una crítica desde la perspectiva de género y el feminismo*. En Puyana, Y. y Ramírez, M. H. (eds.), *Familias, cambios y estrategias*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, y Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Integración Social, 2007, 263-277.

educar al ciudadano, servir como mecanismo de control de la colectividad y encargarse de responder económicamente por aquellas personas dependientes, ya sean niños, individuos con discapacidad, adultos mayores, sujetos fuera del mercado laboral, etc. El Estado familista suele tener presupuestos de inversión social limitados y descansa en las solidaridades intrafamiliares para responder a las necesidades de sus asociados¹⁹.

De ahí que la defensa de lo familiar llegue a ser una *raison d'état*²⁰, un valor superior a los propios sujetos. La familia es defendida por encima de los derechos de quienes la conforman, pues asegura el bienestar general de la comunidad estatal. Sin la existencia del grupo familiar, el Estado y particularmente los llamados Estados de bienestar, pero sin presupuesto para serlo, colapsarían.

La visión familista se inscribe en un sistema binario empleado para entender el mundo desde oposiciones simples, que parecen evidentes, naturales y de allí innegables.

[La lógica familista] busca encasillar los fenómenos sociales en dos cajas dicotómicas, con pretensiones de descripción universal del mundo. Una lógica binaria expresa que el mundo se divide en dos: hombres y mujeres; femenino y masculino; familia y mercado; familia y Estado; público y privado²¹.

De ahí que desde el familismo suele pensarse la relación entre familia y Estado bajo una tensión traducida en la pugna entre la visión solidarista donde prevalecen los intereses familiares, y con ellos los de toda la sociedad, frente a la ideología liberal de corte individualista. Según Rueda (2020)²², el conflicto puede tratar de conciliarse mediante la vinculación de la autonomía con la solidaridad, que en el plano familiar implica una jerarquía en la atención de necesidades. En esta lógica, la familia como medio primario de protección de las personas es la llamada inicialmente a prestar socorro. Cuando tal vía de auxilio representa un riesgo o resulta insuficiente, el Estado entra a suplir las tareas de apoyo. Sin embargo, esta especie de suplencia en la atención a las necesidades de los individuos entre el Estado y la familia genera un desequilibrio entre los grupos familiares según las capacidades socioeconómicas diversas de las familias. Desde el ángulo funcional se hace imposible el análisis de las necesidades por hogares con miras a establecer la oportunidad

19 Sánchez Vera, P. y Bote Díaz, M. *Familismo y cambio social. El caso de España*. En *Sociologías*, (21), 2009, 121-149.

20 Curzio, L. *La forja de un concepto: la razón de Estado*. En *Estudios políticos* (México), (2), 2004, 27-71.

21 Beltrán y Puga, A. *La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio*. En *Isonomía*, (45), 2016, 50.

22 Rueda, N. *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, 531.

del Estado para ejercer la suplencia en la atención a los individuos del grupo familiar. Se requiere establecer un umbral para conocer cuándo el Estado debe entrar en acción y desplegar la atención a las necesidades familiares e individuales. Tras la construcción de criterios para excluir ciertos colectivos familiares del apoyo estatal e incluir a otros, subyacen discusiones y conflictos de poderes velados bajo el eufemismo de lo objetivo. Además, un umbral siempre implicará algún grado de inequidad, al dejar una brecha donde un número de familias sin los recursos suficientes para conseguir el desarrollo sostenible como grupo familiar y lograr la realización de las personas en el plano individual, quede por fuera de los programas estatales.

Aquí se produce una situación peligrosa para la mujer, quien en el marco ideológico familista es investida como pilar de la familia²³. El enfoque biológico²⁴ robustece la identidad de la familia en tanto espacio femenino, donde la mujer es la responsable de asegurar que el engranaje familiar funcione mediante el desempeño principal del trabajo de crianza, cuidado y la prestación de servicios domésticos. En las familias donde no se logra alcanzar el umbral para ser meritorias de apoyo social de fuente estatal, deberá la mujer afrontar el reto de llevar a cabo el trabajo de atención social de los miembros de la familia, haciendo eco de las solidaridades familiares que gravitan sobre ella. Así se llega a una responsabilización de la mujer por la suerte de la sociedad. Si la mujer falla en su labor familiar, la sociedad fracasa, muy a la imagen de la culpa de Eva quien al morder la manzana condenó a la humanidad. La mujer soporta el peso de una función pública²⁵, que debería desarrollarse por medio de programas sociales dirigidos de manera diferencial al cuidado de personas dependientes de diversa condición, según se trate de niños, adultos mayores, o de personas con discapacidades severas.

Los Estados familistas arrastran una contradicción: propugnan la defensa de la familia como unidad de estructuración social y promueven las solidaridades familiares en tanto tejido conector de este andamiaje. Pero, siguiendo a Garzón (1998)²⁶, el familismo conduce a un riesgo de atomización social. Alienta al interés y a la generosidad frente al grupo familiar, mientras descuida la construcción de una red social de apoyo más amplia que pueda suplir necesidades macrosociales. El familismo no salvaguarda los intereses colectivos de la sociedad, sino que oculta las incapacidades de los Estados.

23 Puyana Villamizar, Y. *El familismo: una crítica desde la perspectiva de género y el feminismo*. En Puyana, Y. y Ramírez, M. H. (eds.), *Familias, cambios y estrategias*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, y Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Integración Social, 2007, 263-277.

24 Sánchez Rivera, M. *Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad*. En *Opción*, 32(13), 2016, 921-953.

25 Beltrán y Puga, A. *La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio*. En *Isonomía*, (45), 2016, 47-81.

26 Garzón, A. *Familismo y creencias políticas*. En *Psicología Política*, (17), 1998, 101-128.

1.3. *La transformación de la familia por medio del divorcio*

“[...] hay que recordar que no todo matrimonio duradero es de calidad ni los matrimonios breves tienen por qué haber sido más infelices”²⁷.

El Estado busca asegurar la permanencia de las agrupaciones familiares mediante la garantía de la estabilidad del contrato matrimonial, bajo la idea de que mantener la duración de la unión conyugal es una forma de asegurar la consolidación familiar. Se pasa por alto que el divorcio no pone fin al matrimonio, es un hito de formalización del proceso de ruptura de la relación conyugal; tal proceso ha tenido lugar a través del tiempo. El divorcio se pronuncia cuando la conexión entre los cónyuges está fracturada y ha desaparecido el proyecto de vida conjunto. La formalización del divorcio le permite al individuo fluir, transformar su historia familiar de acuerdo con su proyecto de vida, ser coherente y leal con su búsqueda de bienestar psicoemocional²⁸. La familia no termina con el divorcio. Al ser declarada la disolución del vínculo conyugal el grupo familiar se ve abocado a realizar cambios en su funcionamiento interno, adaptaciones en la repartición de roles, ajustes en la comunicación, notablemente cuando hay hijos menores de edad. El divorcio tampoco termina con la solidaridad entre los miembros de la familia, porque no releva de la responsabilidad en el cuidado de unos y otros, solo modifica su operacionalización. Los padres mantienen el encargo de cumplir con éxito la crianza y la socialización de los hijos, una misión que se tiene en virtud de la parentalidad, y no de la conyugalidad. Tras la ruptura de la vida común las personas que conformaban la pareja pueden conservar lazos de solidaridad, materializados por ejemplo en pensiones alimentarias. Así, el divorcio es en realidad un proceso transformador del individuo, del grupo familiar y por esta vía de las relaciones en agrupaciones sociales.

Las discusiones sobre la pertinencia de la flexibilización de la disolubilidad del vínculo matrimonial se encuentran embebidas por el imaginario religioso²⁹, en el cual se representa el divorcio bajo la figura de institución culpable de la destrucción familiar. El debate planteado en estos términos genera dos posiciones básicas que oscilan entre garantizar la libertad individual

27 Eguiluz Romo, L. *Las mujeres y el divorcio: una visión de género*. En *Temas de Mujeres*. 1(1), 2004, 10.

28 El estudio de Tamez-Valdez y Ribeiro-Ferreira (2016), llevado a cabo en la ciudad de Nuevo León, México, evidencia esas transformaciones en las relaciones familiares. Las personas divorciadas iniciaron nuevos ciclos familiares, constituyeron nuevos grupos. La familia como institución encargada de estructurar relaciones microsociales no desapareció del cotidiano personal de los individuos divorciados.

29 García Figueroa, G. *Violencia intrafamiliar y divorcio: las contradicciones entre los dichos legales y los hechos conservadores en Hermosillo, Sonora*. En *Región y sociedad*. 26(especial 4), 2014, 217-260.

o proteger la estabilidad de la institución familiar. Varados en tal discusión, aún se tiene la percepción de que es posible evitar el divorcio para tratar de garantizar la estabilidad social. Persiste la creencia de que el divorcio es un mal eludible, so pena de sacrificar al individuo y su proyecto de vida personal. Esta miopía crítica, parte de una patología cultural, impide profundizar en el análisis de las implicaciones del diseño de un sistema de divorcio conforme a las necesidades actuales de los individuos y de sus familias.

Al analizar el fenómeno del divorcio desde una perspectiva crítica, guiada por el marco conceptual del familismo, se revelan tensiones de género presentes en las relaciones familiares. Queda claro que el proceso de divorcio va más allá de la formalización de la disolución del vínculo conyugal. El ritual legal encubre cómo el juego de poderes entre géneros incide en la reorganización económica de la pareja derivada de la ruptura de la vida conjunta, y pone en riesgo de pobreza especialmente a mujeres y a niños³⁰, una problemática que atañe al Estado garante final del bienestar social. Es tarea de los juristas pensar el mecanismo de pesos y contrapesos que busque reducir las inequidades propias de las relaciones de poder, en términos principalmente de género y de edad, vivenciadas en los espacios familiares, que repercuten a nivel macro en la composición socioeconómica del tejido social. Desde la perspectiva del divorcio en tanto resultado de la mutación en la vida conyugal, que conduce a transformaciones en la organización familiar, se genera un interrogante: ¿Cómo se debe redistribuir el juego de poderes y las cargas de cuidado instaladas en el cotidiano del grupo familiar tras la ruptura conyugal? Al responder esta pregunta se debe tener por objetivo construir relaciones más equitativas en los grupos familiares, particularmente entre los cónyuges. “Se trata de una renegociación entre autonomía de la voluntad y orden público que busca brindar mayores márgenes de libertad con garantías de igualdad, solidaridad familiar y responsabilidad”³¹.

2. LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA, MANO INVISIBLE DEL ESTADO EN EL DIVORCIO

El divorcio no extingue la solidaridad entre los miembros de la familia. Es evidente cómo en los casos de ruptura conyugal la solidaridad derivada del parentesco resulta afectada en la forma de ejercicio, sin desaparecer. Padres a hijos se deben alimentos, protección. Así mismo, entre las personas divorciadas la solidaridad alimentaria se extiende por acuerdo o debido a un mandato judicial. Es decir, la solidaridad va más allá del vínculo matrimonial

30 Bourreau-Dubois, C. y Doriat-Duban, M. *Réponse aux commentaires*. En *Population*. 71(3), 2016, 543-545.

31 Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. *El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros*. En *Revista de Derecho*, (49), 2018, 63.

y permea las relaciones familiares en el tiempo. Los fallos judiciales en que se debaten derechos tras la ruptura conyugal, como alimentos, obligaciones de cuidado, indemnizaciones por daños en las relaciones de familia, sanciones patrimoniales por incumplimiento de deberes familiares, amplían los márgenes del concepto de familia por fuera de los límites de la vida matrimonial y por esta vía contribuyen a resolver conflictos de solidaridad para la satisfacción de necesidades humanas. Bajo este razonamiento, el acápite resalta cómo las normas dirigidas a blindar la duración del contrato matrimonial pierden sentido. El Estado debe velar por que el orden legal sirva para facilitar las transiciones orgánicas de las familias, reconocer las inequidades encubiertas en el proceso y contribuir a la materialización de derechos y libertades, en respeto a los proyectos de vida de cada persona. Se presenta la figura de la prestación compensatoria como instrumento de armonización del bienestar y de la solidaridad entre los individuos, bajo un enfoque de reequilibrio económico entre géneros.

2.1. El divorcio, proceso revelador de la inequidad de géneros en la familia

La división sexual del trabajo siguió una lógica de separación entre los espacios público y privado. Con base en esa comprensión, la familia, en especial la matrimonial heterosexual, constituyó un escenario donde se instalaron jerarquías decantadas de la distribución de roles. La división de tareas condujo a la dependencia económica de la mujer frente al marido, pues se signó al hogar como universo femenino y el mercado laboral externo constituyó un espacio masculino. Esta posición llegó a ser disfrazada en ventaja de quien puede quedarse en casa mientras el otro cónyuge posee la carga de cumplir el deber: salir a trabajar fuera del espacio confortable del hogar. La función biológica de la procreación fundamentó el estatus doméstico femenino en tanto destino natural³². La misión de cuidar la familia reviene a quien posee la condición de gestar, parir, amamantar. De acuerdo con Alberdi (2003)³³, esta distribución de funciones en casa no se ha implantado por la fuerza, pues el sistema de valores que soporta la ideología patriarcal se encuentra interiorizado. Los individuos actúan conforme al sistema ideológico de pertenencia aprendido en el mismo espacio de la familia y recibido en tanto designio de la naturaleza o mandato sacro.

32 Sánchez Rivera, M. *Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad*. En *Opción*. 32(13), 2016, 921-953.

33 Alberdi, I. *El feminismo y la familia. Influencia del movimiento feminista en la transformación de la familia en España*. En *Arbor*. 174(685), 2003, 35-51. doi: <https://doi.org/10.3989/arbor.2003.i685.627>.

La realidad contemporánea femenina parece mutar; las puertas de nuevos espacios sociales, económicos, entre ellos el sector laboral, se abren a las mujeres. Se trata de un impulso de igualdad entre géneros que busca ganar un lugar para la mujer en el ámbito público. No obstante, el contexto privado continúa signado por la recarga de las tareas domésticas en brazos de las mujeres. “Hoy en día las mujeres continúan sobrellevando la abrumadora responsabilidad del trabajo doméstico y de la crianza de hijos e hijas, y el mercado de trabajo remunerado se caracteriza aún por una segmentación por sexo tanto horizontal como vertical”³⁴. Este desequilibrio en el espacio familiar ha incidido en la vida laboral femenina al restringir el acceso a trabajos y el ascenso en las carreras que requieren disponibilidad, flexibilidad horaria, rotación de turnos, cumplimiento de horas extras. En esta vía, las licencias por maternidad y los permisos para atender asuntos propios como la enfermedad de los pequeños ponen un freno a la carrera profesional femenina y generan la subordinación económica de las mujeres, aun cuando trabajan. “Estos roles y funciones diferentes, o sea esta división sexual del trabajo, acarrea una distribución diferente de los recursos y encubre desigualdades en la distribución del poder”³⁵.

La inequidad entre géneros en la apropiación de tareas domésticas tiene múltiples vértices. El problema de la sobrecarga en labores del hogar y de cuidado debe ser analizado de manera integral, porque no solo genera una afectación a la carrera laboral. Se debe pensar en las consecuencias personales, en la salud física y mental de las mujeres. Realidades como el *burnout femenino* o el problema de la carga mental carecen de análisis y debate social suficiente que posibilite generar acciones desde lo público y transformaciones sociales en el plazo inmediato. De ahí que los mecanismos económicos de ayuda y estímulo a las mujeres, en especial los dirigidos a apoyar la independencia de las amas de casa, deben estar acompañados de otro tipo de dispositivos encaminados a trabajar el bienestar integral del individuo como reapropiación de la misión del Estado de bienestar (Martin, 2016)³⁶. En Suecia desde mitades del siglo pasado se ha desarrollado una política social para fomentar la independencia económica de las mujeres; por ejemplo, se ha estimulado que el sector privado ofrezca empleos estables y bien remunerados para la población femenina; el diseño de la licencia parental incita al padre a querer encargarse del recién nacido y así se equilibran las consecuencias de la licencia parental en la empleabilidad. Como lo asegura Laplante (2016), en

34 Núñez Noriega, G. y Zazueta Luzanilla, E. I. *Los hombres y la cuestión del divorcio*. En *Revista Casa del Tiempo*. 1(11.12), 2008, 17.

35 Fama, M. V. y Herrera, M. *Tensiones en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género. Algunas propuestas*. En *Revista Jurídica*, (11), 2007, 48.

36 Martin, C. À quelles conditions peut-on penser le divorce comme un risque? En *Population*. 71(3), 2016, 540-542.

el caso de Suecia “La redistribución permite reducir los costos del divorcio y la desigualdad que podría alimentar: se trata de prevención más que de compensación”³⁷. La falta de un conjunto integral de servicios públicos y de programas sociales para el apoyo en materia de cuidado a personas dependientes y en quehaceres domésticos suma a la discriminación por género con una violencia estatal invisible. Las mujeres ven exacerbada la recarga del trabajo doméstico ante la carencia de este tipo de asistencias. La falta o la insuficiencia de servicios de apoyo a bajo costo profundiza la brecha de clases entre mujeres con posibilidades de pagar un servicio de ayuda para la labor doméstica y quienes solo pueden acceder a recibir los eventuales favores de la red de apoyo personal.

El divorcio no ocasiona la pobreza femenina, devela la inequidad del cotidiano. Exhibe cómo la igualdad entre cónyuges inscrita en las normas en abstracto es una falacia.

El panorama, por lo tanto, por mucho que la sociedad quiera mirarse en el espejo del derecho, donde la igualdad formal se proclama de un modo altisonante, no es el de la igualdad real, sino el de la desigualdad silenciosa en ámbitos cruciales para el desarrollo personal y de la felicidad³⁸.

Es perentoria una transformación ideológica que sustente la paridad entre géneros. No basta la liberación de la mujer de su encierro en el mundo doméstico hacia un universo laboral externo, por cuanto se requiere conducir al hombre a asumir funciones domésticas y a generar desde el Estado mayor acción social de apoyo a las familias. Este proceso implica un trabajo de desmonte ideológico, pasando por la transformación de valores, creencias, representaciones. Involucra una innovación educativa, porque no se puede pretender obtener comportamientos distintos a las conductas insertas en las consciencias de los individuos desde los procesos de socialización en la infancia. Siguiendo este rumbo, las madres y los padres deben emprender la reflexión sobre cómo están educando en casa. Son necesarios procesos de transformación representacional para generar cambios en las instituciones y en los diferentes estamentos sociales. El derecho se encuentra a cargo de impulsar estos cambios con estrategias propositivas.

37 Texto original en francés: “La redistribution sociale permet de réduire les coûts du divorce et l’inégalité qu’il pourrait alimenter: il s’agit de prévention plutôt que de compensation” (Laplante, B. *La diversité des cadres législatifs en Europe: le droit «moyen» n’existe pas*. En *Population*. 71(3), 2016, 527).

38 Infante Ruiz, F. J. *Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado*. En Mesa Marrero, C. y Grau Pineda, M. del C. (coord.), *Manual de Derecho civil*. España: Tirant lo Blanch, 2014, 241.

[...] el derecho debería operar en dos vías distintas: reconociendo vínculos de dependencia familiares existentes y deconstruyendo binarios que promueven patrones de discriminación de género en los arreglos familiares, tanto en las normas familiares como en las que estructuran el mercado de trabajo y la seguridad social³⁹.

Es urgente entonces crear medidas fuera del espectro patrimonial para lograr romper los límites de la condición femenina impuestos por los estereotipos de la mujer ama de casa y mitigar los efectos. Esos procesos de transformación sociocultural toman tiempo y generaciones. Entretanto se debe responder ante la vulnerabilidad actual de la mujer, que pasa de una vida de dependencia económica en el marco de un matrimonio, al estado de necesidad por la pérdida de la fuente de su sustento debido a la ocurrencia de un divorcio. El Estado desde el orden legal y político debe proponer, promover y sustentar transformaciones en lo simbólico, y al tiempo generar mecanismos de reacción para solventar las necesidades inminentes de los individuos, que obstaculizan el disfrute de otros derechos, lo cual suscita cadenas de vulneraciones.

2.2. *La prestación compensatoria: equilibrar la disparidad económica entre cónyuges*

El divorcio es una ruta en la transformación de las familias. Imponer un vínculo matrimonial indisoluble implicaría violentar la libertad humana para decidir el proyecto de vida. Pero admitir en el orden jurídico el rompimiento del pacto matrimonial sin un sistema que dé respuesta a la desigualdad material entre los cónyuges es encubrir la inequidad bajo el rótulo de la libertad individual. En el marco de los procesos de divorcio, el Estado debe crear herramientas jurídicas con miras a guardar el equilibrio entre la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia y la protección a las personas vulnerables del núcleo familiar⁴⁰.

En derecho comparado, por ejemplo, las figuras de la compensación económica del derecho argentino⁴¹, la pensión compensatoria del derecho español⁴², la *prestation compensatoire* del ordenamiento francés⁴³, o las *temporary spousal support* y *rehabilitative spousal support* de algunos Estados en Norteamérica⁴⁴, buscan atender el problema del desequilibrio económico

39 Beltrán y Puga, A. *La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio*. En *Isonomía*, (45), 2016, 71.

40 Pérez Fuentes, G. M. *La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México: principales criterios jurisprudenciales*. En *Rev. Boliv. de Derecho*, (25), 2018, pp. 144-173.

41 Código Civil y Comercial de la Nación 2015, arts. 441 y ss.

42 Código Civil de España, arts. 97 y ss.

43 Code Civil de Francia, arts. 271 y ss.

44 Family Code: California Section 3600, Ney York Section 236, Texas Chapter 8.

entre los miembros de la pareja materializado tras un divorcio. Se trata de un remedio al advenimiento de un riesgo de pobreza por ruptura del núcleo conyugal que repercute mayormente en las mujeres y los hijos menores de edad. En ningún caso es una solución a la problemática de fondo, producida por la disparidad entre géneros con ocasión de la división sexual del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado. Estos remedios, consistentes en una prestación económica a ser entregada de manera posterior a la conclusión del divorcio, ocasionan efectos sociofamiliares, más allá del plano patrimonial, no todos deseables. Mantener un auxilio monetario entre quienes fueron cónyuges refuerza el lazo de dependencia respecto a la persona que posee el poder económico. El amparo patrimonial sustenta en el tiempo la sinergia de la relación matrimonial y actualiza la vulnerabilidad de la parte más débil. Finalizando los años noventa, Facio (1999)⁴⁵ advertía sobre el peligroso efecto de las normas de compensación para las mujeres, porque tienden a reforzar los estereotipos de género y no suman a la transformación simbólica y funcional de las instituciones como la familia y el matrimonio.

GRÁFICA 1. DENOMINACIONES DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO FORÁNEO



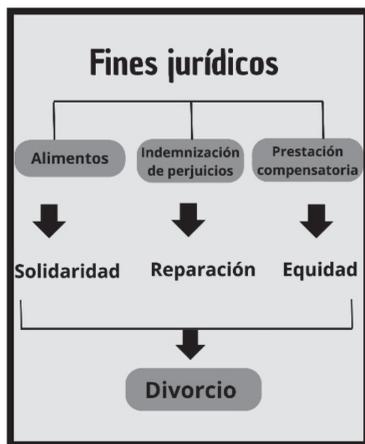
Ahora bien, no deben confundirse estas herramientas patrimoniales cuyo objetivo es la compensación material a la *sobreinversión* que realizan de manera más recurrente las mujeres en el hogar o en la carrera de su cónyuge, a costa del sacrificio de su desarrollo profesional⁴⁶, con una indemnización de perjuicios en virtud de la producción de un daño en el escenario de la

45 Facio, A. *Hacia otra teoría crítica del derecho*. En: Facio, A. y Fries, L. (comp.), *Género y Derecho*. Santiago: LOM, La Morada, 1999, 201-229.

46 De Verda y Beamonte, J. R. *La noción de “desequilibrio” en la compensación por separación o divorcio (una reelaboración del concepto por parte de la jurisprudencia)*. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (16 bis), 2022, 1054-1077.

vida matrimonial. En países como Francia y Chile la compensación y la indemnización no son excluyentes, son dos herramientas jurídicas que pueden solicitarse en el trámite del divorcio con fines diferenciados (Tapia, 2017)⁴⁷. La equidad para la primera, la reparación para la segunda. Así, el principio general de la compensación es tratar de reequilibrar las condiciones de vida posmatrimonial entre quienes fueron cónyuges. Aunque la doctrina sostiene debates sobre el carácter de esta figura, si indemnizatorio, alimentario, resarcitorio, con el fin de establecer los principios que podrían ser empleados para llenar vacíos normativos o guiar la interpretación. “Las características de los ordenamientos chileno y español impiden configurar con absoluta nitidez la calificación jurídica de la compensación económica”⁴⁸. A la complejidad de la figura se suma que los requisitos para que surja el derecho a reclamar una compensación, las modalidades de otorgamiento y los eventos que pretende compensar, son propios del derecho de cada país.

GRÁFICA 2. FINES DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL DIVORCIO EN EL DERECHO FORÁNEO



Robba y Lerussi (2018)⁴⁹ presentan de manera comparada el caso del derecho español y del ordenamiento argentino. En España la compensación se calcula sobre dos criterios, el llamado coste de replazo o sustitución y el coste de

47 Tapia R., M. *Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLVIII, 2017, 51-77.

48 Céspedes Muñoz, C. y Vargas Aravena, D. *Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica: la situación en Chile y en España*. En *Revista chilena de derecho*. 35(3), 2008, 458.

49 Robba, M. y Lerussi, R. *Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídica feminista*. En *Ius et Praxis*. 24(2), 2018, 595-620.

oportunidad. El criterio de sustitución representa el salario que hubiese ganado un trabajador de servicios domésticos durante el tiempo del matrimonio de haberse encargado del cuidado del hogar una tercera persona. De acuerdo con el criterio de oportunidad, se reconoce que la responsabilidad del trabajo doméstico sesgó o aplazó la posibilidad de construir una carrera laboral fundada en todas las capacidades del individuo. El derecho argentino reconoce la disminución de oportunidades para construir una mejor carrera laboral cuando se está comprometido con la mayor parte de las tareas domésticas y de cuidado, pero va más allá. El Código civil y de comercio argentino valora el trabajo doméstico como un aporte de carácter económico al patrimonio familiar⁵⁰ (Herrera y Salituri Amezcua, 2018)⁵¹. Bajo esa lógica, la norma conjuga una serie de criterios para atribuir la compensación económica que rememoran la historia de vida doméstica por medio del estudio de la dedicación de cada cónyuge a la crianza de los hijos y a las tareas del hogar. Toma en cuenta la inversión realizada por el cónyuge para apoyar al otro en sus actividades económicas mercantiles o laborales. Esto recuerda esa frase que se repite de manera acrítica: detrás de cada gran hombre hay una gran mujer. En el derecho argentino también se utilizan como criterios de cálculo las capacidades actuales de cada excónyuge (en el momento del divorcio) para retomar la vida de manera autónoma; por ejemplo: la fuerza del patrimonio propio, la edad y el estado de salud, la capacitación laboral. Ahora bien, la existencia de un listado de criterios que guían el otorgamiento de la compensación no es suficiente para tasar su valor exacto. En general, desde el ámbito jurídico, falta mayor comprensión y análisis de la labor doméstica para entender su impacto en la economía de un hogar.

La confesión frecuente de los magistrados en cuanto al hecho de que se sienten impotentes para calcular objetivamente este tipo de prestaciones constituye una seria sospecha sobre la realidad de la equidad horizontal en esta materia⁵².

La prestación compensatoria puede ser entregada mediante diversas modalidades de pago. En Argentina, la legislación establece tres posibles formas de desembolso: un pago único, una renta limitada en el tiempo o una renta por un tiempo indeterminado. En este último caso, el artículo 441 del Código

50 El artículo 660 del Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, establece que las labores de cuidado personal del hijo constituyen un aporte a la manutención del infante.

51 Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. *El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros*. En *Revista de Derecho*, (49), 2018, 42-75.

52 Texto original en francés: “L’aveu fréquent des magistrats quant au fait qu’ils se sentent très démunis pour calculer objectivement ce type de prestations constitue un sérieux soupçon quant à la réalité de l’équité horizontale en la matière” (Bourreau-Dubois, C.; Doriat-Duban, M. y Jeandidier, B. *La prestation compensatoire et la pension alimentaire pour enfant. L’apport de l’analyse économique*. En *Les cahiers de la justice*, (2), 2015, 253).

civil y comercial de la Nación señala expresamente que la renta ilimitada es una modalidad excepcional, con el fin de conservar la identidad de la prestación como una suma global destinada a contrarrestar la inequidad generada por la distribución desigual del trabajo doméstico durante la vida matrimonial. Nozay (2009) advierte el peligro de sumisión inherente a las prestaciones periódicas. “La renta mantiene la dependencia económica de la mujer en el tiempo”⁵³. Aunque la autora reconoce que la independencia derivada del divorcio es meramente formal cuando no se cuenta con los medios para materializarla. Por esta razón, mientras las disparidades entre géneros continúen vigentes, deben mantenerse mecanismos de protección económica dirigidos a las mujeres.

En el caso francés existen dos sistemas de pago de la prestación, uno de aplicación general mediante la entrega de capital y otro excepcional con el establecimiento de una renta. El artículo 274 del Código civil francés ofrece, dentro del sistema de pago general, dos alternativas para materializar la entrega de la prestación compensatoria, el pago de un capital y la atribución de un bien en propiedad o usufructo. Sin embargo, la misma norma permite al juez ordenar el escalonamiento del pago del capital por un tiempo máximo de ocho años, cuando del estudio de las circunstancias del deudor se evidencia la necesidad de aplicar un plazo en los pagos. El artículo 276 del Código civil francés presenta el sistema de pago excepcional. Habilita al juez para tomar la decisión de establecer una prestación económica a modo de renta vitalicia. Con la reforma legal de la compensación económica, en vigor desde el año 2000, el derecho francés priorizó el sistema de pago de compensación mediante capital sobre el sistema de renta. Pero la entrega de una renta es posible en los casos en que el cónyuge acreedor no puede ser autosuficiente para solventar su subsistencia debido a su avanzada edad o al deterioro en su estado de salud. En virtud del carácter inusual de esta renta vitalicia, el juez debe motivar la decisión. La norma ordena erigir una argumentación reforzada, “par décision spécialement motivée”. El sistema de pago de capital evita que el lazo de dependencia entre cónyuges se extienda en el tiempo. Sin embargo, Nozay (2009)⁵⁴ con fundamento en su estudio anota que el abandono del sistema de renta en favor del pago mediante la entrega de un capital ha tenido por efecto en el contexto francés la reducción del monto de la prestación compensatoria, ante la dificultad del deudor para reunir la suma de dinero, aun cuando la norma permite un pago diferido.

53 Texto original en francés: “La rente maintient la dépendance économique de la femme dans le temps” (Nozay, C. *Il n’y a pas de vol entre époux: la prestation compensatoire en droit français*. Éditions juridiques associées, (73), 2009, 729).

54 Nozay, C. *Il n’y a pas de vol entre époux : la prestation compensatoire en droit français*. Éditions juridiques associées, (73), 2009, 725-745.

GRÁFICA 3. MODALIDADES DE PAGO DE LA PRESTACIÓN
COMPENSATORIA EN EL DERECHO FORÁNEO



Bourreau-Dubois y Doriat-Duban (2011) señalan cómo cada modalidad de desembolso de la compensación corresponde a una lógica diferenciada: “[...] la lógica restaurativa implicaría el pago de un capital, mientras que la lógica redistributiva justificaría el pago de una renta”⁵⁵. El problema estriba en calcular el monto de la compensación, pues en casos de retribución la suma a entregar varía según se trate de ayudar a la subsistencia mínima del cónyuge o, por el contrario, se busque mantener el nivel de vida que el cónyuge ostentaba durante el matrimonio. En los casos en los cuales se persigue una indemnización debe cuestionarse ¿qué pretende reparar la compensación? Para Bourreau-Dubois y Doriat-Duban (2011)⁵⁶, se trata de un abanico de múltiples perjuicios que podrían ser indemnizados con la compensación. Desde la renuncia a la carrera propia por la dedicación al trabajo doméstico, pasando por la pérdida de oportunidad de recibir el beneficio derivado de la contribución a la carrera profesional del cónyuge cuando se ha apoyado su éxito laboral, hasta la pérdida financiera y afectiva aparejada a todo divorcio. En contraste, Leroyer (2016)⁵⁷ afirma que el derecho francés se enmarca en una lógica redistributiva que pretende restablecer la equidad patrimonial afectada por la distribución sexuada del trabajo en el hogar.

Al pensar de manera crítica se puede afirmar que subsumir la prestación compensatoria en el campo de la indemnización conduce a imponer las

55 Texto original en francés: “[...] la logique réparatrice impliquerait le versement d’un capital, tandis que la logique redistributive justifierait le versement d’une rente” (Bourreau-Dubois, C. y Doriat-Duban, M. *Analyse économique de la prestation compensatoire: entre logique redistributive et logique réparatrice*. Économie publique/Public economics, (26-27), 2011, 214).

56 Bourreau-Dubois, C. y Doriat-Duban, M. *Analyse économique de la prestation compensatoire: entre logique redistributive et logique réparatrice*. Économie publique/Public economics, (26-27), 2011, 193-218.

57 Leroyer, A.-M. *Réduire les asymétries de genre dues au divorce*. En *Population*. 71(3), 2016, 533-535.

lógicas y los esquemas de las figuras propias de la responsabilidad civil extracontractual. Esta confusión en su naturaleza desdibuja la realidad de la mujer, la pone en el plano de una víctima e invisibiliza el rol de las estructuras institucionales en la prolongación de la inequidad de género durante la vida matrimonial. Así mismo, desresponsabiliza al Estado de su misión de contribuir a la superación de la desigualdad entre géneros con auxilios económicos, servicios sociales (Fragonard, Gonzalez y Marc, 2016)⁵⁸, y mediante una labor educativa para asegurar la transformación del marco de creencias que sustenta la desigualdad. Deja el problema en el plano privado como si se tratara de un ajuste de cuentas entre cónyuges, víctima y victimario. Conduce a confundir dos herramientas jurídicas diferentes, la indemnización derivada de la responsabilidad con la compensación económica procedente del reconocimiento de la inequidad.

La reflexión acerca de la inequidad entre géneros por la división sexual del trabajo doméstico va más allá de establecer el pago de auxilios económicos entre cónyuges y reenvía a un cuestionamiento de todo el sistema de protección social estatal. Por ejemplo, en países como Alemania y Reino Unido la preocupación por la equidad matrimonial desde la institucionalidad ha llevado a la repartición de derechos de jubilación entre los cónyuges a raíz del divorcio; se reconoce así el trabajo doméstico como contribución al patrimonio familiar y se resalta su aporte al PIB del país (Bonnet y Hourriez, 2012)⁵⁹.

CONCLUSIONES

El sistema estatal de protección a la familia y, más importante, de protección a las personas no debe enfocarse en prolongar la duración de los matrimonios más allá de la voluntad de los cónyuges. Cuando se tienen cadenas que impiden la materialización del proyecto de vida, sin importar que estas sean invisibles por su naturaleza jurídica, no puede plantearse que la familia sea un espacio seguro para la realización de los derechos subjetivos. Hacer del divorcio una meta difícil de alcanzar normaliza el matrimonio como estructura de contención social y transmite de generación en generación ideas erróneas sobre las prácticas del amor, peligrosas para el bienestar de los individuos. Por ejemplo, el divorcio causal como mecanismo de blindaje del pacto matrimonial, basado en una lógica adversarial impulsada por la culpa, tiene la potencialidad de generar una escalada del conflicto y de convertir a la familia en un terreno de batalla legal. Este esquema asigna roles de antagonistas a los

58 Fragonard, B.; Gonzalez, L. y Marc, C. *La rupture conjugale entre organisation privée des ménages et intervention de l'État*. En *Population*. 71(3), 2016, 513-518.

59 Bonnet, C. y Hourriez, J.-M. *La prise en compte du couple par le système de retraite: réversion et partage des droits*. En *Population*, (67), 2012, 159-176.

cónyuges, haciendo de ellos partes rivales en una contienda jurídica donde solo una persona puede salir vencedora. Por el contrario, es importante asegurar que la familia sea el espacio donde los individuos puedan realizarse en sus derechos, buscando la armonía en las relaciones humanas.

Para proteger a la familia como célula de construcción del Estado y garantizar la estabilidad de esta agrupación humana deben implementarse estrategias de carácter social dirigidas a la pedagogía y al apoyo a la familia, particularmente en los ámbitos de la parentalidad y del desarrollo de la vida en pareja. Se trata de adoptar un abordaje paralegal con énfasis en la prevención, que redunde en beneficio de los individuos y en una moderación de la carga del sistema judicial. En este sentido, es urgente crear mejores condiciones de vida familiar para los géneros con acciones desde el Estado, dirigidas a estimular la contribución igualitaria en las tareas del hogar. Ejemplos de las acciones a desarrollar son las licencias de parentalidad abocadas a fundar la paternidad activa, integradas con medidas educativas para la transformación de imaginarios sobre el universo doméstico, con el fin de alentar la voluntad de los hombres a comprometerse en la crianza y en las demás labores del hogar. Las acciones destinadas a abrir espacios de participación de la mujer fuera de casa, de inclusión de los hombres en el ámbito doméstico, y que persiguen una transformación ideológica sobre la distribución de las tareas domésticas y de cuidado, son el sustento para la efectividad de las herramientas legales de discriminación positiva hacia la mujer, tal como la prestación compensatoria. Evita que tales instrumentos se instalen a modo de refuerzo de las estructuras patriarcales y de mecanismos que perpetúan el *statu quo* de la distribución de roles domésticos, al normalizar esquemas de dependencia económica de las mujeres.

Las medidas remediales a la desigualdad entre géneros, como la prestación compensatoria, no dan solución de fondo al problema de inequidad que se esconde tras la idealización matrimonial. La supervivencia de las mujeres económicamente vulnerables no puede depender de las solidaridades contingentes entre exparejas. El cobro de este tipo de prestaciones pende del hilo de la buena voluntad del obligado, pues sin una intención seria de pago la prestación queda solo en el papel. En este caso debe la mujer invertir más tiempo de su vida, más salud mental y hasta física, persiguiendo un pago de manera coactiva, que requiere a su vez de inversión económica para solventar los honorarios del abogado a cargo de la acción judicial. Mientras el pago no se efectúa las mujeres deben enfrentar las carencias de quien no goza de un sustento seguro. De ahí que el Estado debe activar sistemas de solidaridad pública para no dejar a la deriva a las mujeres y a los niños sin los recursos para su subsistencia.

En consecuencia, este es un asunto público en que el Estado debe estimular la autonomía femenina al apoyar la empleabilidad de las mujeres, el mayor acceso a procesos formativos y de educación avanzada. Es importante no

solo plantear las oportunidades de acceso, es necesario hacerlas sostenibles, y para ello se requiere hacer compatibles los roles que se desempeñan en el mundo laboral, familiar y personal, con herramientas de conciliación de vida familiar-vida laboral. Claro que estas medidas de conciliación deben estar dirigidas a todos, sin importar el género, para lograr una mayor implicación de los hombres en el hogar. Se trata de un cambio de paradigma sobre la organización social, pues esto conduce a replantear asuntos cotidianos como los horarios laborales y escolares, a cuestionar la capacidad instalada de los sistemas públicos de apoyo a las labores domésticas y a la parentalidad, los dispositivos de cuidado a las personas con discapacidad severa. Se debe reflexionar de manera creativa y trabajar para desinstalar las estructuras que soportaban la división del mundo en dos espacios como incompatibles, laboral y doméstico, público y privado.

En definitiva, el tema del divorcio y los auxilios económicos entre cónyuges divorciados representa solo la punta de un iceberg. Existe la necesidad de trabajar la problemática desde una perspectiva más amplia, al incluir en el foco de atención la búsqueda de la equidad entre géneros en el contexto familiar como asunto público. En este sentido, es necesario preguntarse por la inequidad en otros escenarios sociofamiliares, por ejemplo, la terminación de las uniones maritales o las separaciones de cuerpos. Es fundamental continuar la reflexión con el objetivo de desarrollar mecanismos jurídicos donde se integre la garantía a las libertades individuales con la protección a las personas, al tiempo que se expone el carácter familista de baja inversión social de los Estados.

REFERENCIAS

- Alberdi, I. *El feminismo y la familia. Influencia del movimiento feminista en la transformación de la familia en España*. En *Arbor*. 174(685), 2003, 35-51. doi: <https://doi.org/10.3989/arbor.2003.i685.627>
- Beltrán y Puga, A. *La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio*. En *Isonomía*, (45), 2016, 47-81.
- Bonnet, C. y Hourriez, J.-M. *La prise en compte du couple par le système de retraite : réversion et partage des droits*. En *Population*, (67), 2012, 159-176. <https://doi.org/10.3917/popu.1201.0159>
- Bourreau-Dubois, C. y Doriât-Duban, M. *Analyse économique de la prestation compensatoire: entre logique redistributive et logique réparatrice*. En *Économie publique/Public economics*, (26-27), 2011, 193-218. doi: <https://doi.org/10.4000/economiepublique.8773>
- Bourreau-Dubois, C.; Doriât-Duban, M. y Jeandidier, B. *La prestation compensatoire et la pension alimentaire pour enfant. L'apport de l'analyse économique*. En *Les cahiers de la justice*, (2), 2015, 249-264.

- Bourreau-Dubois, C. y Doriat-Duban, M. *Réponse aux commentaires*. En *Population*. 71(3), 2016, 543-545.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia, 26 de julio de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-577.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia, 11 de marzo de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa, T-163.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia, 28 de abril de 2016, M. P. Alberto Rojas Ríos, SU-214.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia, 27 de junio de 2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-296.
- Courtis, C. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En Courtis, C. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, 105-156.
- Curzio, L. *La forja de un concepto: la razón de Estado*. En *Estudios políticos* (México), (2), 2004, 27-71. <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2004.2.37617>
- David, R. y Jauffret-Spinosi, C. *Les grands systèmes de droit contemporains*. París: Dalloz, 2002.
- Delgado Cifuentes, M. E. *Divorcio unilateral, aproximaciones a una causal taxativa a partir del matrimonio como contrato en el Código Civil colombiano*. Trabajo de grado para obtener el título de abogado. Universidad Santo Tomás, 2016. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1977>
- De Verda y Beamonte, J. R. *La noción de “desequilibrio” en la compensación por separación o divorcio (una reelaboración del concepto por parte de la jurisprudencia)*. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (16 bis), 2022, 1054-1077.
- Eguiluz Romo, L. *Las mujeres y el divorcio: una visión de género*. En *Temas de Mujeres*. 1(1), 2004, 5-15.
- Facio, A. *Hacia otra teoría crítica del derecho*. En Facio, A. y Fries, L. (comp.). *Género y Derecho*. Santiago: LOM, La Morada, 1999, 201-229.
- Fama, M. V. y Herrera, M. *Tensiones en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género. Algunas propuestas*. En *Revista Jurídica*, (11), 2007, 45-76.
- Fragonard, B.; Gonzalez, L. y Marc, C. *La rupture conjugale entre organisation privée des ménages et intervention de l'État*. En *Population*. 71(3), 2016, 513-518.
- García Figueroa, G. *Violencia intrafamiliar y divorcio: las contradicciones entre los dichos legales y los hechos conservadores en Hermosillo, Sonora*. En *Región y Sociedad*. 26(especial 4), 2014, 217-260. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252014000600009&lng=es&tlng=es
- Garzón, A. *Familismo y creencias políticas*. En *Psicología Política*, (17), 1998, 101-128.

- Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. *El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros*. En *Revista de Derecho*, (49), 2018, 42-75.
- Infante Ruiz, F. J. *Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado*. En Mesa Marrero, C. y Grau Pineda, M. del C. (coord.). *Manual de Derecho civil*. España: Tirant lo Blanch, 2014, 191-250.
- Laplante, B. *La diversité des cadres législatifs en Europe: le droit "moyen" n'existe pas*. En *Population*. 71(3), 2016, 524-527.
- Leroyer, A.-M. (2016). *Réduire les asymétries de genre dues au divorce*. En *Population*, 71(3), 2016, 533-535.
- Martin, C. *À quelles conditions peut-on penser le divorce comme un risque?* En *Population*. 71(3), 2016, 540-542.
- Molinares Hassan, V. *El precedente constitucional: análisis de la sentencia T-292 de 2006*. En *Revista de Derecho*, (35), 2011, 118-144.
- Nozay, C. *Il n'y a pas de vol entre époux: la prestation compensatoire en droit français*. En *Éditions juridiques associées*, (73), 2009, 725-745.
- Núñez Noriega, G. y Zazueta Luzanilla, E. I. (2008). *Los hombres y la cuestión del divorcio*. En *Revista Casa del Tiempo*. 1(11.12), 2008, 15-20.
- Oliva Gómez, E. *El divorcio incausado en México*. México: Moreno Editores, 2013, 205.
- Ordóñez Torres, N. y Sterling Casas, J. P. *El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica*. En *Revista Derecho Estado*, (52), 2022, 175-206. <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.06>
- Pérez Fuentes, G. M. *La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México: principales criterios jurisprudenciales*. En *Rev. Boliv. de Derecho*, (25), 2018, 144-173.
- Puyana Villamizar, Y. *El familismo: una crítica desde la perspectiva de género y el feminismo*. En Puyana, Y. y Ramírez, M. H. (eds.), *Familias, cambios y estrategias*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, y Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Integración Social, 2007, 263-277.
- Ried Soto, N. *Venciendo a Procusto. El concepto de familia: el feminismo liberal, el post-feminismo y el problema del género*. En *Derecho y Humanidades*, (17), 2011, 203-228.
- Robba, M. y Lerussi, R. *Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídica feminista*. En *Ius et Praxis*. 24(2), 2018, 595-620. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200595>
- Rodríguez Guitián, A. M. *Los pactos de pre-ruptura conyugal: a la búsqueda del equilibrio entre la libertad y la solidaridad*. En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (38), 2019, 99-134. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.004>

- Rueda, N. *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Sánchez Rivera, M. *Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad*. En *Opción*. 32(13), 2016, 921-953. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/21631>.
- Sánchez Vera, P. y Bote Díaz, M. *Familismo y cambio social. El caso de España*. En *Sociologías*, (21), 2009, 121-149.
- Tamez-Valdez, B. M. y Ribeiro-Ferreira, M. *El divorcio, indicador de transformación social y familiar con impacto diferencial entre los sexos: estudio realizado en Nuevo León*. En *Papeles de Población*, (90), 2016, 229-263. DOI: <http://dx.doi.org/10.22185/24487147.2016.90.040>
- Tapia R., M. *Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLVIII, 2017, 51-77.
- Valencia Grajales, J. F. y Marín Galeano, M. S. *Investigación teórica, dogmática, hermenéutica, doctrinal y empírica de las ciencias jurídicas*. En *Revista Ratio Juris*. 13(27), 2018, 17-26. DOI: <https://doi.org/10.24142/raju.v13n27a1>