

Tensiones en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género: algunas propuestas¹

Por

María Victoria Famá y Marisa Herrera

“El Derecho significa más que las palabras de la ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad”.

Alicia Ruiz²

SUMARIO: 1. Palabras previas. 2. Lo explícito y lo implícito sobre el género en el Derecho. 3. De la igualdad a la diferencia. 4. Algunas propuestas concretas en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género. 4.1. El género en la violencia: la violencia de género. 4.2. Género y derecho filiatorio. 4.3. El género en la responsabilidad parental: la atribución de la tenencia, custodia o régimen de convivencia de los hijos. 4.5. El género y el nombre de las personas. 4.6. La diferencia de edad para contraer matrimonio. 5. Palabras finales.

1. Palabras previas

Mediante este trabajo pretendemos reseñar ciertas tensiones que se presentan en el campo del Derecho de Familia desde la perspectiva de género. En otras palabras, en cómo el Derecho de Familia se debería *aggiornar* para estar a tono con el principio de igualdad jurídica entre hombre y mujer receptado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de

¹ Este trabajo tiene su origen en una ponencia titulada “La perspectiva de género en el Derecho de Familia o cómo el Derecho de Familia silencia al género”, presentada en el XIV Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en la ciudad de San Juan de Puerto Rico, del 23 al 27 de octubre de 2006.

² Ruiz, Alicia, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Birgin, Haydée (compiladora), Biblos, Bs. As., 2000, p. 22.

Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) de jerarquía constitucional desde la reforma constitucional operada en el año 1994 (conf. art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna).

Las múltiples cuestiones que serán abordadas en el transcurso de este estudio, muestran la creciente influencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho Privado. Tan es así que con acierto, hace tiempo Ricardo Lorenzetti se refería a la "constitucionalización del Derecho Civil"³, consideración que es defendida hasta nuestros días por doctrinarios de la talla de Aída Kemelmajer de Carlucci quien, en un trabajo justamente titulado "La constitucionalización del Derecho Civil", afirma con vehemencia que *"El primer axioma, el de la primacía constitucional, hoy no es discutido: la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento, incluido, obviamente, el código civil"*⁴.

Esta orientación ha ingresado al derecho de familia, dando lugar a la llamada "constitucionalización del derecho de familia", desatando un proceso de revisión o "resignificación" de conceptos, relaciones y modelos tradicionales construidos a la luz de viejos paradigmas⁵.

En este contexto, las relaciones en la familia han sufrido cambios radicales en pos de alcanzar una real "democratización de la familia", lo cual significó revisar aquellas relaciones verticalistas que primaban en las familias, asentadas bajo los conceptos de potestad marital y patria potestad, por relaciones horizontales en lo interno y externo del caratulado "*elemento fundamental de la sociedad*" (conf. art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). En lo interno, a través de la horizontalidad en la relación de pareja, por aplicación de la mencionada igualdad ente el hombre y la mujer; y en la relación parental, por aplicación del concepto actual de responsabilidad parental por el de patria potestad, e incluso el de autoridad parental. En lo externo, a través del reconocimiento social y jurídico de otras formas o estructuras familiares diversas a la familia matrimonial heterosexual.

Como se puede apreciar, varios y profundos son los cambios que ha traído consigo la mencionada "democratización de la familia". En este trabajo nos referiremos a una de las relaciones advertidas, aquella que alude a la relación hombre y mujer. Como punto de partida, cabe señalar que el principio de igualdad mencionado ha marcado

³ Lorenzetti, Ricardo L., "Constitucionalización del Derecho Civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema", LL, 1993-D, 673.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La constitucionalización del Derecho Civil", AAVV, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 1197.

⁵ Para un mayor desarrollo sobre la influencia de los instrumentos de derechos humanos en el Derecho de Familia, ver Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs. As., 2006.

el rumbo de un lento sendero de transformaciones que se han plasmado, mayormente, en la doctrina, unos pasos detrás en la jurisprudencia y, de manera más discreta, en la legislación.

En este contexto, nuestro objetivo aquí consiste en seguir profundizando desde el campo doctrinario en los desajustes subsistentes que presenta la normativa actual a la luz del principio de igualdad, lo cual significa continuar colocando sobre el escenario algunos interrogantes tendientes, en definitiva, a desentrañar lo "dado" o "naturalizado" sobre los roles y consecuentes derechos que desde el discurso jurídico se asignan y reconocen a las mujeres dentro de la familia.

2. Lo explícito y lo implícito sobre el género en el Derecho

El género, como enfoque teórico y metodológico acerca de la construcción cultural de las diferencias sexuales, alude a las distinciones y desigualdades entre lo femenino y lo masculino y a las relaciones entre ambos aspectos, que se ha transformado en una categoría de análisis cada vez más importante⁶. En otras palabras, podemos definirlo como el "sistema de signos y símbolos, representaciones, normas, valores y

*prácticas que transforma las diferencias sexuales entre los seres humanos en desigualdades sociales, organizando las relaciones entre los hombres y las mujeres de manera jerárquica, valorando lo masculino como superior a lo femenino. Como una construcción sociocultural e histórica que incluye tanto aspectos objetivos como subjetivos, que preceden a los individuos pero que ellos a la vez recrean continuamente en el quehacer cotidiano"*⁷.

Los estudios de género tienen su inmediato antecedente en Simone de Beauvoir, quien en el año 1945 planteó que "no se nace mujer, llega una a serlo", mostrando cómo una serie de actitudes y reglas sociales entrenaban al ser humano nacido con genitales femeninos para caminar, jugar y comportarse de manera que al completar su educación pudiera ser llamada "mujer"⁸.

Sobre la base de ello se ha sostenido que "advertir que el género no es universal e inmutable sino fruto de una construcción histórica cultural permitió a las mujeres cuestionarse los roles que les habían sido asignados como 'naturales' a una supuesta 'esencia' femenina, e imaginarse identidades femeninas alternativas"⁹. En este sentido,

⁶ Serie 52 sobre "Mujer y desarrollo". "Entender la pobreza desde la perspectiva de género", Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL-UNIFEM, Santiago de Chile, enero de 2004, p. 7. En versión electrónica.

⁷ Zavala de Cosío, María Eugenia, "Impacto sobre la fecundidad de los cambios en el sistema de género", trabajo presentado en la sesión 5 del Seminario "La fecundidad en América latina: transición o revolución", organizado por la CEPAL, Santiago de Chile, junio de 2003.

⁸ Beauvoir, Simone de, *El segundo sexo*, Siglo XX, Bs. As., 1997.

⁹ Spaventa, Verónica, "Género y control social", *Revista Lecciones y Ensayos*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002.

ser hombre y ser mujer no sería una determinación natural o un dato inapelable sino una construcción donde la anatomía puede o no coincidir con la masculinidad o feminidad y, a su vez, estas variables pueden coincidir o no con itinerarios de deseos.

Los roles de género, o sea las funciones que se espera desempeñen las mujeres y los varones en una sociedad, difieren a través de las culturas y cambian con el tiempo. Pero a lo largo de la historia y en todas partes, las diferencias entre los géneros y las iniquidades en la relación, permanecen. A veces, bajo ropajes diferentes.

Este reparto de funciones hace que se asignen a las mujeres determinadas tareas, preferentemente el cuidado de la casa, la atención de la alimentación de la familia y la crianza de hijas e hijos. De los hombres se espera que sean los principales proveedores del hogar y asuman un rol protector dentro de la familia. Estos roles y funciones diferentes, o sea esta división sexual de trabajo, acarrea una distribución diferente de los recursos y encubre desigualdades en la distribución del poder. Mujeres y varones son afectados de manera diversa por las reformas y políticas económicas.

Pero, ¿qué es hoy de la desigualdad fáctica y jurídica en razón del género?

Tomando palabras del psicoanalista, filósofo, político y economista Cornelius Castoriadis, quien ha expresado que *"toda sociedad instituye su propio mundo, su propio sistema de interpretación y construye su identidad"*¹⁰, ¿cuál es el aporte de la mirada de género sobre el mundo social, el sistema de interpretaciones y la identidad actual? ¿Cómo impacta ello en el Derecho de Familia? ¿Cuáles son las tensiones jurídicas que persisten en el normativo y las prácticas vigentes? ¿Cómo inciden las creencias, valores y prejuicios sobre el sexo en el Derecho?

Para acercarnos a responder estos interrogantes, es necesario recordar que el Derecho es un discurso social que dota de sentido a las conductas de los hombres y los convierte en sujetos, *"al tiempo que opera como gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de la palabra de la ley (...). Cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está relevando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad"*¹¹.

Siguiendo esta línea de pensamiento cabe preguntarse: ¿cuál es el rol que juega el Derecho en la construcción de identidades -en este caso, la masculina y la femenina-? Al respecto, se ha afirmado que: *"Las identidades*

¹⁰ Tello, Nerio, *Cornelius Castoriadis y el imaginario radical*, Serie Intelectuales, Madrid, 2003, p. 15.

¹¹ Ruiz, Alicia, "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres", en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Birgin, Haydée (compiladora), Biblos, Bs. As., 2000, p. 21.

*individuales y sociales se construyen de la misma medida en que se construye el mundo social. En este proceso de producción, circulación y consumo de significaciones, el Derecho juega un papel fundamental*¹².

Una conocida representante del feminismo contemporáneo, la norteamericana Judith Butler, se ha referido de manera expresa -entre tantos otros temas- a la interconexión existente entre las normas y el género o en otras palabras, al modo en que las normas instituyen cómo es o debe ser el género. Al respecto, señala que: *"Surge simplemente de la doble verdad de que, aunque necesitamos normas para vivir, y para vivir bien, para saber en qué dirección transformar nuestro mundo social, también estamos constreñidas por las normas de manera que a veces nos violentan por lo que, por razones de justicia social, debemos oponernos a ellas. Quizá aquí hay una confusión, ya que muchas personas dirán que la oposición a la violencia se debe hacer en nombre de la norma, una norma de la no-violencia, de respeto, una norma que rige o impone el respeto por la vida. Pero considerar que (...) la normativa tiene ese doble significado. Por un lado, se refiere a los objetivos y aspiraciones que nos guían, los preceptos por los que estamos obligados a actuar o hablar entre nosotras, las presuposiciones comúnmente adoptadas*

*que nos orientan, y que dan dirección a nuestras acciones. Por otro lado, la normativa se refiere al proceso de normalización, la manera en que ciertas normas, ideas e ideales que influyen sobre la expresión de la vida proporcionan criterios coercitivos para 'hombres' y 'mujeres' normales. En este segundo sentido, vemos que son las normas las que gobiernan la vida 'inteligible', hombres 'reales' y mujeres 'reales', y que, cuando incumplimos estas normas, no queda claro si aún estamos vivas o deberíamos estarlo, si nuestras vidas son valiosas, o podemos hacer que lo sean, si nuestros géneros son reales, o pueden ser considerados como tales*¹³.

Ahora traslademos esta mirada a la práctica actual del Derecho de Familia.

Es sabido que este campo se ha visto enriquecido -y a la vez complejizado-, a raíz de los cambios sustanciales que han impactado sobre la llamada "familia tradicional", lo cual ha dado lugar al vertiginoso desarrollo y consolidación fáctica de las denominadas "distintas formas de organización familiar". Pero paralelamente somos protagonistas de otros tantos progresos que también han modificado la fisonomía del Derecho de Familia. Veamos, el avance de la biotecnología y la consecuente puesta en crisis del concepto de maternidad; el desarrollo del derecho a la identidad;

¹² Spaventa, Verónica, "Género y control social...", cit..

¹³ Butler, Judith, "La cuestión de género", Butler, Judith; Laclau, Ernesto y Žižek, Slavoj, *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2000, p. 8.

como así también tensiones específicas como anencefalia, aborto, píldora del día después, salud reproductiva y esterilización quirúrgica son algunos de los temas que nos muestran la relación inescindible entre género y Derecho de Familia¹⁴.

Esta vinculación no es novedosa ni reciente. Todo lo contrario, ha sido destacada hace tiempo por Kemelmajer de Carlucci en un artículo que data del año 1993. Allí esta autora afirmó que: *"Las constituciones y las legislaciones en todo el mundo receptoras del principio de igualdad son muy antiguas. Cabe entonces preguntarse por qué la mujer ha permanecido tantos años en desigualdad jurídica"*¹⁵. Mucha agua ha corrido bajo el puente desde aquella publicación; sin embargo, el desosiego

continúa latente. De ahí que se habla de "desigualdades persistentes", y se asevera que la participación de la mujer sigue siendo escasa, *"y muchas veces, en razón de barreras tanto estructurales como ideológicas que conforman un tipo de cultura predominante en la sociedad, la mujer no puede ejercer sus derechos en un mismo pie de igualdad con los hombres"*¹⁶.

Si bien se han incorporado cambios normativos importantes en pos de la igualdad de género, tales avances no han tenido repercusión directa en la práctica, o sea en el plano de la efectivización de derechos. Es llamativo que en un contexto jurídico donde priman los principios de igualdad real, de no discriminación en razón del sexo, de la inclusión de la perspectiva de género

¹⁴ A modo de ejemplo, nos parece interesante traer a colación un caso dictado pro la Corte Suprema del Estado de California de fecha 22/08/2005, donde coloca en crisis el concepto de maternidad como rol único o pasible de ser cumplido por una sola persona del sexo femenino. Para poder comprender la resolución del caso, señalamos de manera sintética la plataforma fáctica planteada. Dos mujeres que conforman una pareja homosexual deciden inseminarse con semen de donante anónimo. Una tuvo un varón y la otra mellizos, uno de los cuales tuvo problemas de salud. La que tuvo un solo hijo mantenía económicamente el hogar y la otra se dedicaba a cuidar a los tres niños. Con el tiempo, se produce la ruptura de la unión, quedando la madre de los mellizos imposibilitada de proveerles a estos las condiciones de vida mínimas e indispensables para vivir, por lo cual recurre al Estado. Lo interesante -además del tema de la doble maternidad en juego-, es que aquí es el propio Estado quien inicia el juicio de reclamación de la filiación con el fin de solicitar los alimentos correspondientes. Ante esta solicitud, el máximo tribunal estadual sentenció que *"Una mujer que acuerda criar a un niño/a junto con su pareja lesbiana, que apoyó la inseminación artificial de su pareja utilizando un donante anónimo, y que recibió a los mellizos en su hogar y los presentó ante terceros como hijos, es madre del niño/a conforme a la Ley Uniforme de Filiación y tiene la obligación de mantenerlo"* (Corte Suprema del Estado de California, 22/08/2005, "Elisa B., v. Tribunal Superior", con nota de María de la Paz Videla, "La filiación más allá de la biología. La intención de procrear y la posesión de estado como presupuestos suficientes para adjudicar la maternidad/paternidad", RDF 2006-II, LexisNexis, Bs. As., 2006, p. 157 y ss.). Por lo tanto, se puede observar cómo el avance de las técnicas de procreación asistidas nos enfrenta con dilemas donde la sexualidad, la filiación y los roles parentales son puestos en crisis.

¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Régimen jurídico de la mujer", LL 1993-E-1044.

¹⁶ Gerosa Lewis, Ricardo T., "El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de Chubut", LL Patagonia, abril, 2004, p. 143.

en el campo del Derecho, donde estas se han constituido en herramientas de suma importancia para *“la supresión de discriminaciones odiosas y aberrantes (...) sin cejar en su loable propósito de desterrar exclusiones injustas y tratos irrazonables”*¹⁷, no hayan podido penetrar de tal manera de diluir la dicotomía existente entre teoría y práctica, derecho y realidad¹⁸.

En síntesis, estamos convencidas de que el enfoque de género es de suma importancia para pensar cambios radicales y necesarios en el Derecho de Familia. Esta mirada no solo se refiere a conflictos concretos como las citadas anencefalia o esterilización quirúrgica, sino también -y de manera más macro- permite vislumbrar de manera crítica el rumbo del Derecho de Familia a través

¹⁷ Bidart Campos, Germán J., “El acceso de las mujeres al colegio Monserrat”, Suplemento La Ley de la Revista del Colegio Público de Abogados, N° 5, año 2001, p. 4.

¹⁸ Como un avance tendiente a acerrar la brecha entre teoría y realidad, resulta interesante destacar la reciente ley colombiana N° 1009, sancionada el 23/01/2006, por medio de la cual se crea con carácter permanente el “Observatorio de Asuntos de Género” (OAG) el cual *“tiene por objeto identificar y seleccionar un sistema de indicadores de género, categorías de análisis y mecanismos de seguimiento para hacer reflexiones críticas acerca de las políticas, los planes, los programas, las normas, la jurisprudencia para el mejoramiento de la situación de las mujeres y de la equidad de género en Colombia”* (art. 1). Entre las funciones del OAG se destacan: *“1 Investigar, documentar, sistematizar, analizar y generar información sobre la situación de las mujeres y la equidad de género en Colombia. 2. Divulgar a nivel internacional, nacional y territorial la información recogida, analizada y generada por el OAG. 3. Contribuir al fortalecimiento institucional de la equidad de género en Colombia y de la entidad encargada de la dirección de las políticas de equidad para las mujeres. 4. Formular recomendaciones en materia de políticas, planes, programas, proyectos y normas, que contribuyan a cerrar las brechas de equidad de género en el país”* (art. 2). Asimismo, *“1. Actuar como órgano permanente de recolección y sistematización de información cuantitativa y cualitativa de las diferentes fuentes nacionales e internacionales sobre la situación de las mujeres en Colombia y la equidad de género, teniendo en cuenta aspectos estadísticos, normativos, jurisprudenciales y administrativos (políticas, planes, proyectos y programas). 2. Recibir, sistematizar y procesar la información secundaria desagregada por sexo, edad, condición socioeconómica, ubicación territorial (rural/urbano) y etnia, y la información cuantitativa y cualitativa relacionada con las políticas, los programas, los planes, los proyectos, las normas, y la jurisprudencia de las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital. 3. Alimentar el sistema de información que contiene indicadores de género, categorías de análisis y mecanismos de seguimiento a políticas, planes, programas, proyectos, normas, estadísticas, indicadores y jurisprudencia. 4. Estudiar y hacer reflexiones críticas sobre la información recogida. 5. Divulgar la información recolectada y los análisis elaborados y mantener disponible para los ciudadanos a través de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer o de la entidad que haga, a sus veces, un sistema de información ciudadana sobre asuntos de género. 6. Formular a través de la Consejería para la Equidad de la Mujer o de la entidad rectora de la política pública para las mujeres en Colombia, recomendaciones y propuestas tendientes a mejorar los indicadores y sistemas de información que contribuyan a superar la iniquidad de género. 7. Coordinar con las distintas instancias del Estado, a nivel nacional y territorial, las medidas administrativas que se deben tomar para la recolección de información interna y posterior sistematización de los asuntos de género de cada entidad. 8. Proponer la realización de estudios e informes técnicos de diagnóstico de la situación de las mujeres en Colombia, que deberán ser tenidos en cuenta en el desarrollo de las políticas públicas...”* (art. 3). Por su parte, el art. 7 de la ley dispone que *“Las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital deberán suministrar al OAG la información secundaria desagregada por sexo, edad, condición socioeconómica, ubicación territorial (rural/urbano) y etnia; y, la información cuantitativa y cualitativa relacionada con las políticas, los programas, los planes, los proyectos, las normas y la jurisprudencia que se relacionen con la entidad.”*

de sus prácticas sociojurídicas. ¿Qué es ser una "buena" madre? ¿Una madre sola lo es? ¿Y una madre lesbiana?

Estas constituyen algunas de las tantas inquietudes que solo pueden ser analizadas en profundidad si nos interesamos por el andamiaje teórico-práctico desarrollado por los movimientos feministas profundizando sobre algunos de sus avances y logros obtenidos, como así también los debates actuales a los que invita esta perspectiva fundada, principalmente, en la supuesta contradicción entre igualdad y diferencia.

3. De la igualdad a la diferencia

Susana Cayuso -siguiendo a Dworkin- afirma que la igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y, a partir de tal recepción, configura un derecho y una garantía. Al respecto, advierte: *"En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato que no es disponible para los poderes constituidos, (...) y que debería conformar una directriz fuerte en la toma de decisión de políticas públicas y controles. El principio de igualdad constitucional se integra*

*con el concepto de ser tratado como igual y con el de igual tratamiento"*¹⁹.

En esta interrelación con otros derechos fundamentales, en particular con la libertad de intimidad expresamente reconocida en el art. 19 de la Constitución Nacional, el derecho a la igualdad se proyecta en lo que podríamos llamar el "derecho a la diferencia" que magistralmente Castoriadis expresa simbólicamente mediante una línea de puntos como esta Esta línea -sugiere este autor- *"está formada por puntos iguales; iguales pero diferentes en virtud del lugar que ocupan. El espacio permite la multiplicación del mismo elemento, ofrece la posibilidad de lo diferente"*. Gracias al espacio *"se puede pensar la diferencia, pues en un espacio puede haber varias cosas diferentes, y que son diferentes por el solo hecho de ocupar un lugar diferente"*²⁰.

En especial en cuanto a la igualdad de género desde las voces feministas, se ha afirmado el falso dilema existente entre igualdad y diferencia -no desigualdad-. Y se dice que este se derrumba *"desde el momento en que no tenemos una entidad homogénea mujer enfrentada con otra entidad homogénea varón, sino una multiplicidad de relaciones sociales en la cual la diferencia sexual está construida siempre de muy diversos modos*

///Además de la información cuantitativa y cualitativa de mujeres vinculadas con las entidades del orden nacional o territorial según sea el caso y los niveles de decisión en los cuales se ubican en la estructura organizativa de cada entidad".

¹⁹ Cayuso, Susana, "El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino", LL, 2003-F-1380

²⁰ Tello, Nerio, *Cornelius Castoriadis...*, cit., p. 38.

y donde la lucha contra la diferencia adopta formas específicas y diferenciales²¹.

Aceptar, naturalizar, no estigmatizar lo "diferente" constituyen acciones mínimas tendientes a lograr una apertura por la cual estamos convencidas de que hay que velar en aras de evitar las conductas discriminatorias.

Porque hablar del derecho a la igualdad nos conecta, necesariamente, con el principio de no discriminación. Muchos han sido los autores que han destacado esa relación indisociable e indisoluble. Entre ellos, el pedagogo brasileño Boaventura de Souza Santos, señaló que el binomio igualdad-diferencia subyace en toda cuestión atinente a la (no) discriminación tras afirmar que *"tenemos el derecho a ser iguales cuando nuestra diferencia nos interioriza; y tenemos el derecho a ser diferentes cuando nuestra igualdad nos caracteriza. De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca desigualdades"*²².

Por discriminación, se entiende el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un

grupo social determinado²³. Si bien las discriminaciones arbitrarias siempre estuvieron implícitamente prohibidas en orden al principio de igualdad reconocido por el art. 16 de la Constitución, recién desde fines del siglo XIX, la sociedad argentina ha sido testigo de un lento recorrido hacia la emancipación femenina -no total, como hemos adelantado-, a través del cual las mujeres intentaron igualar sus derechos y libertades con los derechos y libertades de los hombres.

Mucho camino resta por recorrer. A continuación, daremos cuenta de algunas propuestas tendientes a la equiparación entre varones y mujeres en el ámbito específico de la familia.

4. Algunas propuestas concretas en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género

4.1. El género en la violencia: la violencia de género

4.1.a) Consideraciones generales
La violencia de género es una de las cuestiones que nos muestra la evidente interrelación entre género y pobreza. A esta relación se la conoce como "la feminización de la pobreza"²⁴. La

21 Birgin, Haydeé, "Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo", en *El Derecho en el Género...*, cit., p. 119.

22 Citado en Piovesan, Flavia, "Derechos sociales, económicos y políticos y derechos civiles y políticos" en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 1, N° 1, 1^{er} semestre 2004, Red Universitaria de Derechos Humanos, Brasil, www.surjournal.org

23 V. Robin, Williams, "The reduction of intergroup tensions", *Social Science Research Council*, 1947, p. 39, citado por Kiper, Claudio Marcelo, "La discriminación", LL, 1995-B-1025.

24 "La mayoría de las 1.500 millones de personas que viven con un dólar o menos al día son///

violencia forma parte del análisis de la pobreza desde la perspectiva del género, al ser considerada un factor que inhabilita a las personas para gozar de autonomía en la medida que dificulta el acceso de las mujeres al mercado de trabajo. De esta forma, las mujeres tienen menos posibilidades de alcanzar dicha autonomía económica y ejercer sus derechos de ciudadanía, lo que erosiona el capital social a causa del aislamiento al que son sometidas y entorpece el logro de la autonomía social.

Varios estudios realizados por el Banco Interamericano de Desarrollo señalan la estrecha relación entre pobreza y violencia. Por una parte, se indica que la pobreza constituye un factor de riesgo para la aparición de la violencia física en el hogar. Por la otra, y desde una perspectiva economicista, se destaca que no solo la pobreza es una consecuencia de la violencia sino que además frena el desarrollo económico, ya que: a) la atención de las consecuencias de la violencia ocasiona gastos en los sistemas: judicial, policial, social y salud, comprometiénd-

dose recursos que podrían ser destinados a actividades más productivas, y b) en el caso específico de las mujeres que sufren la violencia doméstica, son menos productivas en sus lugares de trabajo, lo cual es una pérdida directa para la producción nacional²⁵.

La violencia de género no solo ha recibido un tratamiento especial en las declaraciones de derechos humanos, sino también en las convenciones internacionales de protección de tales derechos. En primer término, citamos CEDAW y la Recomendación General N° 19 del Comité de la CEDAW (1992) que incluye la violencia basada en el sexo en el concepto de discriminación contra la mujer, previsto en el art. 1° de la CEDAW²⁶.

En el ámbito latinoamericano y caribeño, se cuenta con una legislación específica sobre el tema: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará (OEA, 1994), ratificada por nuestro país en fecha 05/07/1996 por Ley 24.632. Se trata de una ley relevante en la materia,

///mujeres. Además, la brecha que separa a los hombres de las mujeres atrapados en el ciclo de la pobreza ha seguido ampliándose en el último decenio, fenómeno que ha llegado a conocerse como 'la feminización de la pobreza' (<http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/fs1.htm>). En todo el mundo, las mujeres ganan como promedio un poco más del 50% de lo que ganan los hombres". Este fenómeno fue identificado y expresamente advertido en la Plataforma de Acción aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995.

²⁵ Buvinic, Mayra y Andrew, Morrison, "La violencia como obstáculo al desarrollo", en Biela, María Loreto, *Violencia doméstica contra la mujer*, www.iadb.org/sds/publication/publication_1291.htm

²⁶ El artículo 1° de la CEDAW define la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado perjudicar o anular el reconocimiento, gozo o ejercicio, por parte de la mujer, independientemente de su estado civil y en base a la igualdad entre hombres y mujeres, de los derechos humanos y libertades fundamentales en los campos político, económico, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

a pesar de que hasta la fecha, no haya adquirido jerarquía constitucional. Allí se define a la violencia contra la mujer como *"cualquier acto o conducta basada en el género que ocasione a la mujer muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en la esfera pública como en la privada"* (art. 1°). Establece incluso, que el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia comprende, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6). Señala que esta violencia puede ocurrir *"dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta, haya compartido o no el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual"* (art. 2, a).

La recepción de la violencia de género en las declaraciones y convenciones individualizadas, definitivamente, ha expandido tanto el concepto de derechos humanos como de la violencia basada en género, cambiando el escenario jurídico-político a nivel internacional, regional y nacional. Coherente con ello, en la década del 90 hemos sido protagonistas de la sanción de varias legislaciones en la materia en la mayoría de los países latinoamericanos.

Así, en nuestro país, se sancionó con fecha 7/12/94 la Ley Nacional 24.417 sobre "Protección contra la violencia familiar", cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la Capital Federal. Esta iniciativa fue seguida por las demás provincias, que dictaron sus propias leyes en la materia.

4.1.b) Una propuesta: la legitimación activa de las mujeres mayores de edad capaces

La Ley 24.417 distingue dos tipos de denuncias: la voluntaria y la obligatoria.

La denuncia voluntaria está prevista por el art. 1° de la norma, que señala que *"toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita..."*; y por la segunda parte del art. 2° de la ley, al decir que *"el menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público"*. La normativa citada reconoce, entonces, dos clases de denuncias voluntarias: por un lado, la denuncia entablada directamente por el adulto víctima de la violencia ante el juez; por el otro, aquella formulada de manera indirecta por el menor o por el incapaz, a través del Ministerio Público.

Paralelamente, se recepta la denuncia obligatoria. Al respecto, reza la primera parte del art. 2° de la ley que *"cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el Ministerio Público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor"*. Deber que, según lo establece el art. 4 de su

Decreto Reglamentario 236/95, debe hacerse efectivo dentro de las 72 horas de conocido el hecho o la situación de violencia, apaciguada de conformidad con la salvedad dispuesta en esta misma normativa: *“que, consultado el programa previsto en el tercer párrafo de esta reglamentación, surja que el caso se encuentra bajo atención o que, por motivos fundados a criterio del denunciante, resulte conveniente extender el plazo”*.

Pero cuando se trata de adultos -en la mayoría de los casos, mujeres- víctimas de violencia, solamente se encuentra legitimado para entablar la denuncia el propio damnificado.

Si nos detenemos a observar las legislaciones provinciales más recientes en la materia, podemos afirmar que esta orientación -a nuestro entender restringida-, no sería la seguida en la actualidad. Veamos, la Ley de Violencia Familiar de Córdoba, Ley 9.283 sancionada el 1º de marzo del 2006, dispone en su art. 13 que *“Las personas legitimadas para denunciar judicialmente un hecho de violencia familiar son las enunciadas en el artículo 4º de la presente ley y toda persona que haya tomado conocimiento de los hechos de violencia”*²⁷. Por su parte, la Ley 2.277 de La Pampa mediante la cual se modifican varios articulados de la Ley de Violencia Familiar 1918, adopta una postura intermedia ente la

legislación cordobesa y la Ley 24.417 al disponer en su art. 7 que *“La comunicación del artículo precedente podrá ser efectuada por la persona que se considere afectada, sin restricción alguna, o por su representante. Cualquier ciudadano podrá formular la comunicación, siempre que se encuentren involucrados niñas, niños o adolescentes, personas con capacidades diferentes, ancianos u otras personas mayores que, por su condición física o psíquica, no pudieran hacerlo”*²⁸.

Pero regresando a la normativa en análisis, la Ley 24.417, entendemos que la solución legal es limitada y, por ende, inadecuada ya que se deja afuera, o sin respuesta, algunos supuestos fácticos que se plantean en la práctica judicial.

Si bien es cierto que en un alto porcentaje, la mujer adulta se encuentra posibilitada a acceder a la justicia a través de la denuncia verbal sin necesidad de contar con patrocinio letrado -expresamente establecido en el art. 5 del decreto reglamentario individualizado-, no lo es menos que en otros supuestos, la víctima no tiene recursos emocionales suficientes para tomar una decisión de tal magnitud.

Puede discutirse si debe respetarse o no la determinación de un adulto plenamente capaz de permanecer inactivo

27 El destacado nos pertenece.

28 Idem.

ante el maltrato que sufre cotidianamente. Una vez más, aquí nos topamos con uno de los grandes dilemas que envuelve al Derecho de Familia, el límite o equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público.

Sobre este punto cabe el siguiente interrogante: ¿Puede hablarse de “libertad personal” o de “derecho a la intimidad” en un contexto de violencia? Entendemos que estos derechos subjetivos parecen no ser una opción para las víctimas de violencia familiar.

Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta han señalado que hubiera sido deseable acordar a los familiares de la víctima la posibilidad de reclamar protección judicial, puesto que son ellos quienes muchas veces deben asistir a hechos de violencia que les provocan, asimismo, mortificaciones y perturbaciones físicas o psíquicas²⁹.

No negamos -y esto es compartido con las autoras citadas- que existe un derecho subjetivo, propio y concreto de las personas afectadas por la violencia -aunque solo sea de manera indirecta-, que las legitima a pedir la tutela judicial. Pero ello no es óbice para considerar también que, en algunos supuestos, aun cuando no exista un perjuicio concreto, un tercero ajeno a la situación de violencia -por lo general, personas cercanas al entorno de la víctima, amigo, vecino, etc.-, se encuentre facultado a

formular la denuncia pertinente con el propósito de proteger a la víctima. Básicamente, nos referimos a aquellas situaciones en donde la víctima, debido a la existencia de imposibilidad física o psíquica, no esté en condiciones de presentarse ante el juez.

Entendemos que el punto de equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público en esta cuestión de la legitimación se halla en la citación ulterior de la persona que ha sufrido el abuso, a los fines de ratificar la denuncia realizada por el tercero.

Sabido es que las familias donde está presente la violencia se caracterizan por relaciones asimétricas en las cuales uno es el dominador y el otro el dominado. Ello conlleva sentimientos de miedo, terror, opresión, desvalorización, como así también un deterioro progresivo de la aptitud de la víctima para asumir su propia defensa³⁰.

Quienes sufren violencia se hallan ubicados en un lugar de subordinación y sumisión que los aísla cada vez más del medio social y los paraliza, impidiéndoles reaccionar y pedir ayuda. Es por ello que, muchas veces, las personas maltratadas no se encuentran preparadas para exigir sus propios derechos.

Los testimonios que surgen de la compulsión de expedientes judiciales muestran que la denuncia es un proceso que

²⁹ Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, *Violencia en la pareja...*, cit., p. 857.

³⁰ Bertelli, María Cristina, “La violencia familiar en el contexto social actual”, en *Revista Asociación Argentina de Prevención contra la Violencia Familiar*, Bs. As., 1998, p. 5.

necesita tiempo y requiere el apoyo y la contención de una red familiar o social. La familia y las redes barriales constituyen el soporte emocional y material indispensable, no solo para efectuar la denuncia, sino para poder sostenerla³¹.

En consecuencia, la ampliación de la legitimación activa propuesta no debería ser considerado extrema en el contexto de la Ley 24.417 sino, por el contrario, se perfila como la nueva tendencia normativa. Al menos, ello es lo que se advierte en las legislaciones provinciales y extranjeras³².

Es por ello que, pese a la falta de previsión legal, coincidimos con el criterio por el cual se le permite a un tercero formular la denuncia por violencia familiar ante una situación que involucre a una persona mayor de edad y capaz. En estos casos, resulta conveniente que

el Tribunal acepte la presentación, cite al damnificado a ratificar los términos de la denuncia entablada³³, y lleve adelante las diligencias pertinentes a fin de brindar un espacio de escucha a este tercero, que puede constituirse en un recurso social -apoyo, contención y acompañamiento- de importancia para la resolución del caso.

La posibilidad de ampliar la legitimación activa en la forma señalada se adecua a la normativa internacional de rango constitucional y, especialmente, al marco normativo que presenta la Convención de Belem do Pará. Tal como lo hemos expresado, si bien no goza de jerarquía constitucional, constituye un instrumento de tratado internacional de derechos humanos con jerarquía superior a las leyes internas (conf. art. 31 y art. 75, inc. 22° de nuestra Carta Magna).

³¹ Birgin, Haydeé, "Una investigación empírica: imagen y percepción de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley 24.417)", en RDF N° 13, Abeledo-Perrot-LexisNexis, Bs. As., 1998, p. 355.

³² Así, en el Derecho Comparado latinoamericano, la Ley 26.260 de Perú de 1993 dispone que la denuncia puede ser formulada por los parientes consanguíneos del afectado y por cualquier persona que conozca los actos de agresión. En la misma línea se enrola el art. 8° de la Ley 17.514 de Violencia Doméstica de la República del Uruguay. Por su parte, el art. 7°, inc. c) de la Ley 7.586 contra la Violencia Doméstica de Costa Rica, prevé de manera expresa, que un tercero formule la denuncia cuando la persona damnificada sea mayor de edad, si esta se halla imposibilitada por encontrarse grave como producto de una situación doméstica. En el artículo siguiente, se establece que en el caso de que la solicitud sea presentada por un tercero, se requerirá autenticación. Con similar criterio se expiden el decreto Ley 902 de 1996 de El Salvador (art. 13°) y el Decreto Ley 97-96 para "Prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar" de Guatemala (art. 3°). En el Derecho interno, la Ley 12.569 de Protección contra la violencia familiar de la provincia de Bs. As., en su art. 3°, recepta una legitimación activa amplísima, extensiva a todo ciudadano que tome conocimiento del hecho. Con mayor precisión, Ley 2.212 de la provincia de Neuquén dispone en el art.7° que "si la víctima del maltrato o abuso estuviera impedida de hacer la denuncia, cualquier persona que haya tomado conocimiento del hecho deberá comunicarlo al juez competente". Una disposición similar contiene la Ley N° 39 de Tierra del Fuego (art. 2°).

³³ Lamberti, Silvio y Sánchez, Aurora, "Régimen jurídico de la violencia familiar. El sistema de la Ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96", en *Violencia familiar y abuso sexual*, Universidad, Bs. As., 1998, p. 65.

En particular, esta Convención dispone en el inc. f) de su art. 7º, el deber de los Estados parte de *“establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyen, entre otras, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”*.

En suma, no hay efectivo acceso a la justicia mientras se adopte un sistema legal que circunscriba la legitimación activa para denunciar solo a la víctima del abuso, aun cuando medie imposibilidad física o psíquica de promover la denuncia³⁴.

Por último, es de destacar que la propuesta esgrimida no le es ajena a la práctica judicial, ya que varios tribunales o juzgados competentes en la materia la adoptan.

4.2. Género y derecho filiatorio

4.2.a) El género en la filiación biológica: legitimación activa de la mujer en la acción de impugnación de paternidad del marido

Sabido es que en función del art. 259 de nuestro Código Civil³⁵, la mujer carece

de legitimación activa para impugnar la paternidad del marido. La inconstitucionalidad de dicha restricción a la luz del principio de no discriminación ha sido planteada en un *leading case* resuelto por la Corte Suprema de Justicia con fecha 1/11/1999, en los autos “D. P. V., A. c. O., C. H.”.

La mayoría del Tribunal consideró que el art. 259 no resultaba discriminatorio, sosteniendo como principal argumento que la norma preserva el valor institucional de la familia legítima que constituye -de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional- una realidad indispensable al bien personal y al bien común. En esta misma línea argumental, afirmó que de la tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico por un lado, y la de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares por el otro -conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación- surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de paternidad consagrada por la reforma en materia de filiación y patria potestad mediante la sanción de la Ley 23.264 del año 1985.

³⁴ Resulta interesante destacar que un proyecto de ley recientemente presentado en el Poder Legislativo incluye precisamente la posibilidad de que un tercero realice la denuncia en nombre de la víctima, previendo la necesidad de citar a esta última para que preste su consentimiento en el plazo de 24 hs.

³⁵ No resulta ocioso recordar que el citado artículo, en primer término, reza: *“La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por este y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso, el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo”*.

En la vereda de enfrente, nos encontramos con el dictamen del Procurador General de la Nación y el voto de la minoría (Bossert, Petracchi y Vázquez), quienes -con sólidos argumentos- concordaron en una rotunda respuesta afirmativa sobre el carácter discriminatorio de la limitación legislativa.

La CEDAW contiene un mandato general bien nítido: evitar toda clase de acción u omisión discriminatoria sobre la mujer y consecuentemente asegurar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. Particularmente el art. 16 inc. d) especifica la tutela con relación "*a las materias relacionadas con sus hijos*". Por lo tanto, el estándar que podemos esbozar es: no hay discriminación cuando existen condiciones de igualdad entre mujeres y hombres en materias vinculadas con los hijos.

Según el ordenamiento vigente, el hombre puede impugnar la paternidad y la maternidad, en tanto la mujer no puede impugnar la presunción de paternidad que la ley asigna al marido. El art. 262 del Código Civil reza "*La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo...*"

En estos términos, ¿existe igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer? A primera vista parece que no.

No se nos escapa que los supuestos normados en los arts. 259 y 262 citados

responden a circunstancias que no resultan absolutamente identificables. En efecto, podría sugerirse que mientras que, frente a la impugnación de la paternidad matrimonial, la mujer no resulta directamente afectada, puesto que su maternidad no se ve alternada como consecuencia de dicha acción; ante la impugnación de la maternidad matrimonial el marido deviene directamente implicado, pues la procedencia de la acción provoca *ipso iure* la caída de la presunción de paternidad emergente del matrimonio (conf. art. 243, C. Civ.).

De todos modos, el hecho de que no se trate de situaciones idénticas no es óbice para sostener la negativa a extender la legitimación activa a la madre para impugnar la paternidad del marido constituye una discriminación sobre la base del principio de proporcionalidad.

Como enseña el español Carlos Bernal Pulido³⁶ el principio de proporcionalidad es un conjunto articulado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que se aplican de forma sucesiva y escalonada.

Según el principio de idoneidad, toda intervención legislativa en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Para ello, es preciso que la intervención cumpla dos requisitos: a) que tenga un fin

³⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 35 y ss. y 686 y ss..

constitucionalmente legítimo, que será tal cuando no está constitucionalmente prohibido, expresa o implícitamente; b) que sea idónea para favorecer su obtención.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Este subprincipio implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos de modo de verificar si alguno de ellos logra cumplir con dos exigencias: a) si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; b) si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor.

Por último, conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el Derecho fundamental debe estar justificada por la trascendencia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Ello significa que las ventajas que se obtienen mediante dicha intervención deben compensar los sacrificios que esta implica para los titulares y para la sociedad en general.

En definitiva, será necesario verificar sucesivamente el cumplimiento de estos subprincipios para determinar si la intervención en un derecho funda-

mental es o no proporcionada y, en consecuencia, si supera o no el *test* de constitucionalidad.

Siguiendo los lineamientos expuestos, *prima facie* puede concluirse que la falta de reconocimiento a la mujer de legitimación activa para impugnar la paternidad del marido implica una intervención desproporcionada en sus derechos fundamentales (a la identidad, a la verdad, a la formación de una familia, etc.).

La mayoría del Alto Tribunal Federal, para justificar el trato desigual entre el hombre y la mujer, apeló al argumento de "preservación del valor institucional de la familia legítima". Pero ¿qué clase de familia se desea custodiar? ¿La basada en la etiqueta del mero formalismo?

La infidelidad de la mujer podrá surtir efecto con relación al vínculo matrimonial entre los esposos -como ser, la posibilidad de iniciar el divorcio vincular o la separación personal fundado en la causal de adulterio o, en su defecto, en la causal residual de injurias graves; los alimentos amplios que prevé el art. 207 del mismo cuerpo normativo; la acción de daños y perjuicios, etc.-, pero no en el plano de las relaciones filiales. ¿Cuál es el fin constitucionalmente legítimo y de trascendencia social que se pretende amparar con la negación de la acción a la mujer? La preservación de una familia hipócrita no parece una adecuada respuesta. Y, de todos modos, ¿resulta idónea la medida restricción para favorecer

la protección de la familia matrimonial, siendo que el hijo tiene la acción de impugnación en todo momento? Evidentemente no.

Por otra parte, si bien en este trabajo nos centramos en la cuestión de género, no debemos perder de vista que este conflicto también viola el derecho a la identidad del niño previsto en los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Evidentemente, el art. 259 consigna una palpable distinción arbitraria que excluye a la mujer de la posibilidad de impugnar la paternidad del marido por una sola razón: el sexo. Coincidimos con Petracchi y Bossert cuando afirman que *"el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien considera no es el verdadero padre y poder así establecer el vínculo biológico, como pretende la actora, se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contenido existencial de su vínculo con su hijo, en los múltiples y variados aspectos de la vida del hijo en*

los que se interrelacionan la voluntad y los actos de ambos progenitores".

Por lo expuesto, coincidimos con la mayoría de la doctrina³⁷ y propugnamos la reforma del art. 259 en el sentido de ampliar la legitimación activa a la madre en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Esta es la orientación seguida por el reciente proyecto de ley presentado por la senadora María D. Sánchez ingresado bajo el número de expediente S-3366/06, en el cual se propugna modificar el articulado bajo estudio por el siguiente texto: *"La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por este, por la madre y por el hijo. La acción de la madre u del marido caducará si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo, en caso del marido, que pruebe que no tuvo conocimiento del caso, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo"*. Más allá de las críticas que podríamos esgrimir a esta propuesta con relación al cómputo o desde cuándo se comienza a contar el plazo de caducidad³⁸,

³⁷ A favor de dicha legitimación se muestran, entre muchos otros, Azpiri, Jorge, A., *Juicios de filiación y patria potestad*, Hammurabi, Bs. As., 2001, pp. 216 y 217; Chechile, Ana María, "La legitimación activa para iniciar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", RDF N° 20, LexisNexis, Bs. As., 2001, pp. 162 y ss.; Bidart Campos, Germán, "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?", LL, 2000-B-22; Varela, Florencio, "Inconstitucionalidad de la discriminación de la mujer en el art. 259 del Código Civil", LL, 1994-D-1107; López del Carril, Julio, "La legitimación activa. Inexistencia de tutela especial (carencia por la mujer de legitimación activa en la filiación paterna. El desplazamiento del estado de hijo legítimo o matrimonial, el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial)", LL, 1989-C-447; etc.

³⁸ Si bien es vasta la bibliografía existente en torno de esta cuestión, por su actualidad ver al respecto Famá, María Victoria, "Plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial: ¿una cuestión constitucional?", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2006-I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 257 y ss.

en lo que aquí nos interesa -la legitimación activa de la madre-, ella se ve expresamente admitida. Cabe destacar que en los fundamentos de este proyecto se afirma de manera categórica que *“El art. 259 del Código Civil, en su actual redacción, viola el artículo 16° de la Constitución Nacional, por cuanto la madre no encuentra asegurado su derecho en condiciones de igualdad, pues aquella no puede accionar, mientras que su cónyuge puede impugnar tanto la paternidad como la maternidad de la mujer”*.

4.2.b) La mirada de género en la filiación adoptiva: madres que “entregan” a sus hijos y una gran ausencia...

El tema de género en el campo de la adopción o la filiación adoptiva, puede ser examinado desde diversos lugares. En una primera gran clasificación, desde las madres que se desprenden de un hijo a través de la figura de la adopción o de aquellas que deciden afrontar la maternidad de manera sola mediante la adopción unipersonal. En esta ocasión, enfocaremos nuestro análisis en el primer grupo relativo a las mal llamadas “madres en conflicto con su maternidad”. Tema que, como nos advierte de manera crítica Giberti, se desarrolla en un contexto donde el imaginario social estigmatiza a las madres que abandonan a su “prole”.

Asimismo, este tema es vasto. Nos plantea múltiples interrogantes como ser: ¿Cuándo y por qué tener un hijo? ¿Son madres que sufren el mismo prejuicio, descalificación, desvalorización que enfrentan, por lo general, las personas

pobres, de bajo nivel socioeconómico, los discapacitados, los adolescentes en conflicto con la ley penal, los homosexuales, entre otros “diferentes”? ¿Cuáles son las cuestiones “ininteligibles” que subyacen detrás las madres que “entregan” a sus hijos en adopción? ¿Qué hay detrás de los conceptos de maternidad y abandono que utiliza el lenguaje normativo “oficial” -léase la ley-? ¿En qué medida un cambio en esta concepción podría traer consigo modificaciones radicales en las prácticas? ¿Cuándo considera el Derecho que una persona es “libre” para decidir dar un hijo en adopción? ¿Cuándo se configura el “abandono” de un niño? ¿La “entrega” constituye una estrategia de supervivencia? ¿Cuál es el papel que le corresponde al Estado -a cada uno de sus poderes- ante el tema? En definitiva, ¿cuál es el papel que el derecho le otorga a las madres de origen en el campo de la adopción? Si esta se modificara a la luz del enfoque de género, ¿se podría llegar a afirmar que el campo de la adopción se vería sustancialmente reducido?

Estos son algunos de los tantos dilemas que presenta el tema. Dada su amplitud y el acotado espacio de debate, aquí nos interesa indagar sobre una gran ausencia en la mayoría de las historias de adopción. Nos referimos a la figura paterna. ¿Acaso estos niños han nacido como consecuencia de un acto realizado solo por una mujer? Es claro que no. El hombre, el varón también ha sido tan partícipe como la mujer. Entonces, ¿por qué son ellas quienes representan la “cara visible” de la familia de origen de lo adoptados?

En este sentido, estamos convencidas de que una mirada crítica auspiciada por la perspectiva de género acerca de esta problemática nos conduce a revalorizar el rol de los hombres en las historias de adopción. ¿Qué significa ello? Que ante toda situación donde una madre exterioriza su idea de desprenderse de un hijo ante un operador de una institución -léase hospital, centro de salud, centro de orientación o asistencia jurídica incluso a la justicia-, ellos deberían facilitar que el niño tenga filiación paterna. De esta manera no recaería todo el peso de semejante decisión en las madres sino que esta sería compartida por los padres. En otras palabras, se trata de ampliar el abanico de medidas o acciones que los operadores -jurídicos o no- suelen adoptar ante las mal llamadas "madres en conflicto con su maternidad", a través de una herramienta que tiende a dar cumplimiento al principio ya consolidado de que la responsabilidad por el cuidado y la crianza de los hijos es compartida. En consonancia con ello, la decisión de no hacerse cargo de tal responsabilidad también debería ser de este tenor, compartida.

Por otra parte, cabe señalar que esta propuesta auspiciada por la mirada de género, en definitiva, trae consigo el respeto por un derecho humano de gran desarrollo en los últimos años, el derecho a la identidad y, dentro de este, el derecho a conocer los orígenes ya que la figura paterna no seguirá permaneciendo en la oscuridad.

4.2.c) El género en la fertilización asistida: formas de organización familiar no tradicionales

Uno de los tantos debates que ha traído consigo la revolución biotecnológica se refiere, sin lugar a dudas, a la fertilización asistida. Dentro de este contexto, la posibilidad de que mujeres solas como así también parejas lesbianas puedan alcanzar la maternidad mediante el uso de distintas técnicas de fertilización asistida constituye uno de los temas más álgidos.

La polémica se centra en la conceptualización de la familia y en la tendencia a la aceptación de nuevas formas de vivir en familia diferentes de la tradicional familia nuclear biparental nacida del matrimonio.

Varios especialistas han controvertido la idea de que la parentalidad se construya, de manera definitiva e irremediable, sobre las dos únicas palabras clave: madre y padre, femenino y masculino-, invitando a revisar esos términos y la construcción de las relaciones de parentesco en que se fundan, cuestionando así el modelo tradicional en el que se supone que la sexualidad, la procreación y la filiación deben coincidir en un hombre y una mujer. Así, se ha dicho que es cierto que *"el niño nace siempre de la combinación de lo femenino y lo masculino, pero ¿qué valor debe darse a tal fusión corporal? ¿Debemos reducir la filiación a su elemento biológico...? El niño vive en un mundo en el que coexisten mujeres y hombres, pero ¿esta coexistencia debe*

ser el único fundamento de la pareja conyugal? ¿Y conviene confundir la pareja conyugal con el dúo progenitor del niño? (...) Conceder un lugar a la filiación biológica sin desplazar la filiación jurídica, afectiva y social conduce a elaborar otros modelos de parentesco en el que el niño podría tener varias figuras maternas, como la madre de nacimiento y la madre educadora”³⁹.

En particular, respecto de las parejas homosexuales, se ha puesto de resalto que “las funciones nutritivas y reguladoras atribuibles a cada uno de los integrantes de la pareja heterosexual pueden ser bien cumplidas por personas del mismo sexo e intercambiables, independientemente del sexo de quien las ejerce (...) En realidad, madre y padre son lugares psíquicos, abstractos, que forman parte del psiquismo humano: suelen ser ocupados por una mujer y un varón, pero no necesariamente. Cualquiera sea quien los ocupe, lo que importa para el hijo es la capacidad protectora capaz de garantizarle seguridad, compañía, amor, continencia”⁴⁰.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos extranjeros que han legislado sobre la materia han restringido el acceso a las técnicas de fecundación asistida a los matrimonios o a las parejas estables heterosexuales. Así lo han hecho Francia, Noruega, Austria, Australia, España⁴¹, República Checa, etc. Por el contrario, la inseminación a mujeres solas ha sido permitida en Holanda, España, Gran Bretaña, Dinamarca, Islandia, Gran Bretaña y en algunos estados de los Estados Unidos -Oregon, Vermont, Chicago, etc.

La jurisprudencia se ha mostrado cauta respecto de la posibilidad de las parejas de lesbianas de acceder a la fecundación asistida.

Solo a modo de ejemplo, es interesante mencionar el fallo de la Corte Suprema de Australia que dio lugar a la reforma legislativa que permite a mujeres solas o en pareja homosexual someterse a las técnicas de fecundación asistida. Nos referimos al caso “Mc Bain vs. State of Victoria”⁴² del 28/07/2000 donde la Corte australiana resolvió una

³⁹ Cadoret, Anne, *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 44 y 45.

⁴⁰ Wagmaister, Adriana M., y Bekerman, Jorge M., “Adopción por parejas del mismo sexo”, en RDF N° 27, LexisNexis, Bs. As., 2004, p. 159.

⁴¹ El art. 6 de la reciente Ley 14/2006 que sustituye la anterior Ley de Procreación Humana Asistida, la Ley 35/1988, dispone de manera amplia que “*Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual (...)*”.

⁴² Comentado por Medina, Graciela, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Bs. As., 2001, p. 316.

demanda interpuesta por un médico especialista en técnicas de inseminación artificial a los efectos de que se permitiera llevar a cabo dichas técnicas sobre una de sus pacientes -lesbiana y soltera-, a pesar de la restricción que por entonces imponía la Ley de Fecundación Asistida.

La Corte, tras señalar que la legislación referenciada resultaba contraria a la "Ley contra la Discriminación" de Australia resolvió que no era necesario que las mujeres estuvieran casadas o en pareja heterosexual para acceder a las técnicas de fecundación asistida y que, en consecuencia, la peticionante podía realizar legalmente el tratamiento solicitado.

La homoparentalidad se está convirtiendo -especialmente en Europa y en Estados Unidos- en un hecho social que nuestra realidad postula como una de las diversas alternativas de vivir en familia. Frente a este contexto, la ley no puede bajar la mirada. En la Argentina la falta de regulación legal en torno de las técnicas de fertilización asistida permite un margen de libertad absoluta y una ausencia total de intervención por parte del estado;

intervención que debiera encaminarse por sobre todas las cosas a garantizar la efectiva protección del interés superior del niño.

El debate sobre la fertilización asistida de las mujeres solas no ha sido ajeno a los preconceptos expuestos en materia de paternidad homosexual. Frente a la ausencia de regulación estatal, la mayor parte de la doctrina argentina se inclina por la inconveniencia de admitir la posibilidad de que las mujeres solas se sometan a técnicas de fertilización asistida⁴³, en especial como método alternativo a la fecundación natural. Para citar una autora reciente, la rosarina Adriana Krasnow expresa que en una futura legislación debería "*Fijarse claramente los procedimientos permitidos y los procedimientos prohibidos*", siendo estos últimos la "*maternidad disociada; la inseminación artificial o fecundación 'in vitro' post mortem con material genético criopreservado del marido o del concubino fallecido; inseminación artificial o fecundación 'in vitro' en mujeres solas*"⁴⁴.

Desde el punto de vista de la legislación proyectada con estado parlamentario, podemos observar una perspectiva diferente y menos radical a la

⁴³ Ver en este sentido, Bossert, Gustavo A., "Fecundación asistida", JA, 1988-IV-871; Iñigo, Delia, "Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas", en RDF N° 2, Abeledo-PerroLexisNexis, Bs. As., 1989; Medina, Graciela, "¿Existe un derecho subjetivo a la procreación?", JA, 17 de julio de 1996; Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas*, Astrea, Bs. As., 1978 y del mismo autor *Derecho civil. Derecho de familia...*, cit.; Hooft, Pedro F., *Bioética y derechos humanos*, Depalma, Bs. As., 1999; Mazzinghi, Jorge Adolfo, "La interrupción del embarazo: el aborto", en Guillermo A. Borda, *La persona humana*, Fondo Editorial La Ley, Bs. As., 2001; etc.

⁴⁴ Krasnow, Adriana N., *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 317.

doctrinaria, de mayor apertura hacia el reconocimiento de las mujeres solas de alcanzar la maternidad mediante el uso de las técnicas de procreación asistida. En ese sentido, advertimos varios proyectos que vedan tal posibilidad, como tantos otros que la habilitan. Por lo tanto, -y a nuestro entender de manera satisfactoria-, aquella mirada restrictiva que prima en la doctrina no se habría trasladado a la regulación proyectada.

En el primer grupo, a tono con la postura doctrinaria sintetizada, se encuentra el proyecto perteneciente a la senadora Fellner (expediente N° S-3443/06), que dispone en su art. 3: *"Serán usuarios de estas técnicas, los matrimonios y aquellas parejas heterosexuales que acrediten una relación estable de al menos de 3 años, sean mayores de edad y se encuentren en edad reproductiva"*. En esta misma línea, el proyecto de los senadores Negre de Alonso, Rodríguez Saa y Basualdo (expediente N° S-351/06), en el art. 3 referido a "Los sujetos", habilita sólo a *"Las parejas heterosexuales, unidas en matrimonio conforme lo dispuesto por el Código Civil o con convivencia, que acrediten una relación estable de al menos 5 años y sean mayores de edad"*. También en el art. 3 del proyecto cuya autoría pertenece a la senadora Sapag (expediente n° 3859/05), se afirma que *"Serán beneficiarios de estas técnicas los matrimonios y aquellas parejas heterosexuales que acrediten una relación estable de al menos 2 años y sean mayores de edad"*.

En sentido contrario -por ende, con una mayor apertura y aceptación hacia otras formas de familia-, la senadora Haidé Giri (expediente N° S-2733/06) prevé en el art. 4 de su proyecto que *"Las técnicas de reproducción humana asistida serán de aplicación a toda mujer mayor de edad y capaz que, luego de ser previa y debidamente informada sobre ellas, las acepte libre y conscientemente como principal metodología contra la esterilidad, en las condiciones previstas en el artículo precedente"*. O sea, en caso de infertilidad y *"cuando las otras prácticas de menor complejidad, no estén indicadas o no han resultado eficaces"* (conf. art. 3). La senadora Adriana Bortolozzi de Bogado (expediente N° S-759/06) establece en el art. 4 de su proyecto que podrá acceder a las técnicas *"Toda persona mayor de edad que acredite mediante historial clínico su imposibilidad o la de su pareja para engendrar o concebir o tener relaciones sexuales naturalmente"*, advirtiéndose de modo expreso en el art. 8 que las personas solas como todo tipo de parejas pueden acudir a las técnicas de reproducción asistida. Tal como lo advierte Kemelmajer de Carlucci en un excelente informe elaborado acerca del tema de la procreación asistida en el Mercosur, refiere a que el proyecto presentado en el año 2005 por el senador Samer elaborado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, al igual que el de la senadora Giri, dice en forma amplia que *"La técnicas de reproducción humana asistida serán de aplicación a*

toda persona mayor de edad y capaz que luego de ser previa y debidamente informada sobre ellas las acepte libre y conscientemente (...)". En este mismo informe, la magistrada mendocina opina sobre este tema de la procreación asistida a la mujer sola que "*Una interpretación amplia y generosa de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer incorporada a la Constitución Nacional a través de la reforma de 1994 permitiría sostener que su derecho a la reproducción -aun con técnicas de reproducción asistida- está hoy amparado por el ordenamiento fundamental del Estado*"⁴⁵.

De manera genérica, podemos observar que quienes se han mostrado en favor del uso de las técnicas de procreación asistida a mujeres solas, con acierto, sostienen que esta cuestión se enmarca en el plano del reconocimiento y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, del principio constitucional de protección integral de la familia en sus más diversas manifestaciones, y del principio de no discriminación, pues, cuando se le niega el acceso a una mujer a la maternidad a través de estas técnicas, se la está discriminando por el proyecto de vida que elige: ser madre soltera. Han sostenido, asimismo, que el alegado "interés del niño" que con la prohibición se

intenta proteger solo tiende a favorecer la promoción que desde los ordenamientos jurídicos históricamente se hizo de la familia nuclear tradicional, como si solo esta forma de organización familiar fuese merecedora de la protección integral que consagra nuestro texto constitucional (art. 14 bis, CN)⁴⁶.

En definitiva, el eje del debate radica en la necesidad de armonizar el derecho a procrear, que a nuestro parecer deviene un aspecto más de la libertad de intimidad reconocida por el art. 19 de nuestra Constitución, y el interés del niño de crecer en el seno de una familia que propenda a su desarrollo mental, psíquico, emocional, espiritual y le permita integrarse en sociedad. El punto de equilibrio será resuelto por el Estado mediante una Ley de Fertilización que contemple las diferentes alternativas y prevea los mecanismos apropiados de control de donantes y receptores de dichas técnicas, especialmente con el asesoramiento de equipos interdisciplinarios adecuadamente constituidos que atiendan de un modo integral las demandas de asistencia reproductiva.

En suma, se trata aquí nuevamente de poner en "jaque" el viejo modelo de familia privilegiado desde el discurso jurídico para abrir las puertas al reconocimiento

⁴⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Informe sobre procreación asistida" presentado en el marco del 2º Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 24 y 25 de agosto de 2006.

⁴⁶ Spaventa, Verónica, "La procreación asistida como forma de acceso a la 'monoparentalidad'", Bs. As., 2002, trabajo inédito.

y protección de formas alternativas de organización familiar estructuradas alrededor de una figura parental única.

4.3. El género en la responsabilidad parental: la atribución de la tenencia, custodia o régimen de convivencia de los hijos⁴⁷

Otra de las cuestiones que debería ser puesta en crisis a la luz de la perspectiva de género se refiere a la preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años de edad, plasmada en el art. 206 del Código Civil⁴⁸.

Se trata de un tema que no ha tenido solución pacífica en la doctrina. Para algunos autores, este artículo constituye un resabio de la abierta desigualdad jurídica existente entre el hombre y la mujer que nace con la génesis del Código Civil y, por ende, se concluye en la forzosa inconstitucionalidad de la norma. Otros, adoptan la postura contraria, en favor de la constitucionalidad de la ley, al considerar que no todo tratamiento desigual configura un supuesto de discriminación negativa.

En esta última postura se enrolan, entre otros, Nora Lloveras⁴⁹ y Eduardo

Zannoni, quien afirma que *"la preferencia en favor de la madre para la tenencia de los hijos menores de cinco años, continúa siendo razonable en el contexto de nuestra realidad social y familiar. Es la madre quien, generalmente, toma a su cargo, en la comunidad doméstica el cuidado de los niños de más corta edad, lo cual resulta inevitable en el hogar cuando el marido desarrolla su trabajo fuera de la casa y no puede, en los hechos, reemplazar a su esposa en esas tareas. Es por ello que, decretada la separación personal o el divorcio vincular, resulta coherente mantener la misma situación respecto de los hijos de corta edad"*⁵⁰. De la vereda de enfrente, es decir, por la inconstitucionalidad del art. 206 2° párrafo se ha inclinado Gustavo Moreno, quien ha bregado por la modificación de la norma, eliminando la preferencia materna y adoptando como criterio de decisión la idoneidad de los progenitores y el interés superior del niño⁵¹.

La preferencia de marras también ha sido recogida en el derecho norteamericano bajo la denominación de *"the tender years doctrine"*, que en estos

⁴⁷ Para un desarrollo más extenso de esta problemática, ver Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años: De la discriminación inversa hacia la coparentalidad", en coautoría, en *El Dial*, www.eldial.com, 21/9/05.

⁴⁸ De manera expresa el articulado en análisis reza en su segundo párrafo: *"Los menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo"*.

⁴⁹ Lloveras, Nora "La mujer y la ley", Rev. JA, 08/09/93.

⁵⁰ Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, Astrea, Bs. As., 1998, T. II, p. 199.

⁵¹ Moreno, Gustavo D., "La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad", RDF N° 16, Perrot, Bs. As., 1999.

últimos tiempos ha sido pasible de varias objeciones, como ser: a) configura un prejuicio histórico, económico, sociológico y jurídico; b) refuerza el rol de la mujer como ama de casa y madre, conjuntamente con la dependencia económica del marido siendo una ventaja para madre pero también una carga, constituyéndose en un caso de discriminación directa o negativa; c) se opone a las investigaciones en las cuales se concluye que el afecto que necesita un niño es independientemente del sexo del progenitor que lo provea; d) la presunción acarrea la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre el hijo y centra la atención en las necesidades emocionales de la madre sobre las del niño; y e) se está ante un caso de discriminación por sexo⁵².

Compartiendo estas críticas, podemos concluir que la norma del art. 206 no se ajusta a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por nuestra jurisprudencia constitucional para justificar una diferencia de tratamiento legal en el ejercicio de los derechos fundamentales, entre los cuales evidentemente se halla la responsabilidad parental.

En efecto, la norma citada propone un criterio de atribución de tenencia basado en una mirada estereotipada

de los roles de género definida a partir del mito biologicista del "instinto maternal" que -si bien evidentemente perdura en el imaginario social- ha sido desterrado casi por completo del pensamiento sociológico, antropológico y psicoanalítico. En palabras de Badinter: *"Al recorrer la historia de las actitudes maternas, nace la convicción de que el instinto maternal es un mito. Por el contrario, hemos comprobado el carácter sumamente variable de sus sentimientos, de acuerdo con su cultura, sus ambiciones, sus frustraciones"*⁵³.

Tanto la maternidad como la paternidad -más allá del evidente componente "natural" que, al menos en principio⁵⁴, la "producción física de un niño" significa- son construcciones sociales y culturales formuladas a partir de una relación definida como primigenia y aparentemente incuestionable: la del engendramiento. Sin embargo, a la luz de la crisis del modelo tradicional patriarcal familiar y la proliferación de nuevas alternativas de vivir en familia, ¿es pertinente mantener una normativa cuya génesis data de fines del siglo XIX que, al igual que todas aquellas que integran el Derecho de Familia, es tan sensible a los cambios sociales?

Indudablemente no lo es. Por ello brebamos por un sistema que elimine la preferencia materna y reconozca la

⁵² Costa, Patricia y Harari, Sofía, "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género", *El Derecho en el género...*, pp. 181 y 182.

⁵³ Badinter, Elizabeth, *¿Existe el instinto maternal?*, Paidós, Bs. As., 1991, p. 309.

⁵⁴ Nótese que evidentemente esta "producción" no es "natural" cuando se recurre a prácticas de procreación asistida.

tenencia compartida como regla tras la crisis conyugal en respuesta a una nueva valorización social del rol paterno en la crianza de los hijos.

El régimen de tenencia compartida permite la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos; la equiparación de los progenitores en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores; la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial; etc.⁵⁵.

En consonancia con ello, un régimen legal que apunte a la coparentalidad como regla aun ante la ruptura de la convivencia de los padres procura el reconocimiento por igual de ambos progenitores en su función paterna, al promover un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco.

Además promueve la efectiva satisfacción del interés del niño (art. 3, CDN) al asegurarle una relación estrecha y fluida con sus dos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación conyugal⁵⁶.

Estas ideas han quedado plasmadas en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, ya citado, donde se concluyó que *"En caso de que los padres no convivan, debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos padres, ello sin perjuicio de que por voluntad de las partes o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a solo uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas. Igualmente podrá establecerse el ejercicio unipersonal, si se acreditare un serio desentendimiento del hijo por parte de uno de los padres"*⁵⁷.

4.5. El género y el nombre de las personas

La Ley 18.248 del "Nombre de las personas naturales", cuya sanción se remonta al año 1969, dispone en su art. 4 que *"Los hijos matrimoniales*

⁵⁵ Ver, entre otros, Grosman, Cecilia P., "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LL, 1984-B-806; Hollweck, Mariana y Medina, Graciela, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares", LLBA, 2001-1425; Oppenheim, Ricardo y Szylowicki, Susana, "Partir o compartir la tenencia. ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio?", en RDF N° 5, Perrot, Bs. As., 1991, p. 73; Szylowicki, Susana, "Tenencia compartida solicitada por los padres", RDF N° 15, Perrot, Bs. As., 1999, p. 225.

⁵⁶ Famá, María Victoria, "Nuevamente en tela de juicio los acuerdos sobre tenencia compartida", en RDF N° 25, LexisNexis, Bs. As., 2003, pp. 187 y ss.

⁵⁷ Conclusiones arribadas en el marco del 2° Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, inédito.

llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores, podrán inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro de Estado Civil desde los 18 años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse". De esta manera, se recepta un sistema rígido por el cual los hijos portan el apellido simple o compuesto del padre y en ciertas y determinadas oportunidades -al momento de la inscripción del nacimiento o recién cuando el interesado cumple los 18 años de edad⁵⁸, es factible adicionarse el apellido materno⁵⁹.

Sabido es que el nombre constituye una faceta más del derecho a la identidad de las personas. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 18 dispone que *"toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuese necesario"*. A su vez, la CDN prevé en el art. 7 que el niño tiene *"derecho desde que nace a un nombre"*.

Estudios antropológicos han determinado que los primeros nombres de personas han sido rigurosamente individuales y se componían de un solo

⁵⁸ Sin embargo, en esta revalorización del derecho al nombre auspiciada por el derecho a la identidad, cabe traer a colación un fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil (pero con competencia exclusiva en asuntos de familia) N° 25 de la Capital Federal en los autos "G. y R., s/información sumaria" de fecha 15/07/2004 donde se hizo lugar al pedido de adición del apellido de la madre a dos hijos de distinto padre (y, por ende, portaban apellidos diferentes) con el fin de unificar registralmente la stirpe en común, fuera de los dos momentos expresamente previstos en la ley de nombre. El Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido, alegándose que la Ley 18.248 no contempla esa posibilidad. Por su parte, la Defensora de Menores entendió configurados los "justos motivos" que prevé el art. 15 de la Ley 18.248 para habilitar cualquier cambio que se solicite en materia de nombre y, por ende, prestó conformidad a la adición de apellido materno solicitada. El juez hizo lugar a la demanda, al considerar que la posibilidad de que ambos niños que concurren a una misma institución educativa sean identificados como hermanos, hace a sus identidades, como así también que se los relacione de manera directa con su madre al portar su apellido. Este supuesto fáctico contaba con un antecedente en contra dictado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha del 13/08/1997 donde se había sostenido que *"Adicionarse el apellido materno antes de la edad prevista en el art. 4° de la ley del nombre 18.248, podría desatender el interés del menor si, una vez cumplidos los 18 años que marca dicha norma, se renovara la pretensión en sede judicial, por derecho propio"* (CNCiv, sala A, 13/08/1997, "F., R. M. c. T., J. D.", LL, 1998-B, 216).

⁵⁹ En atención al aporte de los estudios de campo para acercarnos a la realidad, nos parece interesante traer a colación que en una investigación periodística sobre la práctica de adicionar el apellido materno a los hijos en Argentina. Allí se afirmó que *"(...) hoy nada impide que a los hijos se los inscriba con los dos apellidos (...) Pero las parejas argentinas no suelen usar ese derecho. Según informaron en el Registro Civil porteño, de 1.035 nacimientos registrados en diciembre último, solo 164 llevaban doble apellido. Pero no está discriminado si se trata de apellidos paternos compuestos (...) o de parejas argentinas que efectivamente decidieron inscribirlo con el apellido del padre y de la madre"* (Proyecto legislativo para cambiar la ley de nombres. Mujeres que no quieren ser 'de' nadie", *Diario La Nación*, 17/01/2006, p. 18).

elemento, sin aludir o vincular al individuo con un grupo -clan, tribu, familia- ya que, de hecho, se presume que el nombre propio es anterior a toda forma de organización social. Fue recién en la época romana en que -a rasgos generales-, al nombre individual o *prenomen* se agregó el nombre de la familia o *gens*, que era el *nomen* propiamente dicho y que, obviamente, como consecuencia del lugar que ocupaba el *pater* en la familia, resultó transmisible por vía paterna. Esta costumbre fue adoptada por los pueblos medievales y, así, ha subsistido en muchas sociedades en la actualidad⁶⁰.

En definitiva, la transmisión del apellido paterno a los hijos matrimoniales -y también, desde luego, a los extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores (conf. art. 5, Ley 18.248)- responde a una tradición cultural que se afianza en la supremacía del hombre sobre la mujer en la relación conyugal y que resulta contraria a la máxima de igualdad y no discriminación. Específicamente en cuanto al tema que nos ocupa, la CEDAW dispone en el art. 16, inc. 1.g) que los estados partes deberán garantizar en condiciones de igualdad a hombres y mujeres "*los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido...*".

Si bien dicho artículo hace referencia, en principio, al derecho de conservar el propio apellido o adicionar el del

cónyuge en el marco de las relaciones personales derivadas del matrimonio, ello no obsta a que se haga extensivo tal principio a la facultad de ambos cónyuges de elegir libremente y de común acuerdo el apellido de los niños al momento del nacimiento, que podrá ser el paterno, el materno o ambos y en orden indistinto.

Esta posibilidad ha sido prevista, en mayor o menor medida, en algunas legislaciones extranjeras. En efecto, en el Derecho español, el art. 109 del Código Civil ha sido reformado por la Ley 40/1999 quedando redactado de la siguiente manera: "*Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto por la ley*", es decir, que en forma supletoria, la prioridad del apellido paterno sobre el materno subsiste al considerar que la persona llevará en primer lugar el apellido paterno seguido del materno (conf. art. 53 de la Ley Reguladora del Registro Civil).

En igual sentido se expresa la reforma francesa del 04/03/2002 mediante la sanción de la Ley 304 relativa al nombre de familia, más conocido como "apellido". Esta ley faculta a los padres al tiempo de la inscripción o posteriormente -pero siempre de manera conjunta-, a elegir como apellido

⁶⁰ Moret, A. y Davy, G., *De los clanes a los imperios*, Barcelona, 1925, pp. 17 y 125, citado por Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas...*, cit., pp. 20 y ss.

que llevarán sus hijos, el apellido del padre, el de la madre o ambos en el orden que les satisfaga. Valiendo para todos los hijos en común, el apellido elegido para el primero de los hijos.

Por su parte, el Derecho alemán también ha reformado el régimen en materia de nombre al sancionarse la Ley del 16/12/1993 que entró en vigencia el 1°/04/1994. Esta reforma se inspiró en un antecedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional de fecha 5/03/1991, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 1355 del BGB que disponía que el apellido del marido era el apellido familiar. El principal argumento esgrimido se circunscribió a la violación al principio de igualdad entre hombre y mujer⁶¹. De esta manera, la ley alemana vigente permite la libre elección del apellido de familia por parte de los padres y, a falta de acuerdo, lo decide el juez de tutelas dentro del plazo de un mes. La razón de esta solución supletoria se funda en que, si se dispusiera colocar en primer lugar el apellido paterno y después el materno, se considera que este sistema también conculcaría el mencionado principio de igualdad. Sin embargo, nosotras entendemos que para evitar un mal mayor como se deriva de la necesidad de judicializar todo desacuerdo o silencio en materia de apellido de familia, sería posible receptar un sistema supletorio que consista en colocar en primer orden el apellido paterno y seguido,

el apellido materno. Al menos en el Derecho argentino, este podría ser el punto de equilibrio entre todos los intereses en juego, de conformidad con el arraigo cultural que gira alrededor del apellido paterno en nuestro país.

Una vez más, el desarrollo del derecho a la identidad nos conmina a revisar los regímenes tradicionales donde prima el apellido paterno (ya sea como único apellido o en primer orden). No solo por violar al principio de no discriminación en razón del sexo, sino además por contrariar el derecho a la identidad. ¿En qué sentido?

Si en la actualidad se sabe que tanto la madre como el padre son referentes válidos -por igual- para los hijos; que el concepto de coparentalidad se encuentra en auge; que todos los derechos y obligaciones que se derivan de la responsabilidad parental pesan en igual proporción sobre la madre como el padre; que este último está capacitado para llevar adelante las mismas tareas de crianza que la mujer a quien se la habría liberado de ser catalogada como la única o principal referente de cuidado de los hijos gracias a su inserción en el mercado laboral -al menos en el plano teórico-. En definitiva, si es beneficioso para los niños crecer en un ambiente con fuerte presencia de ambos progenitores y, por ende, que la identidad de estos niños se ve forjada en consonancia con esta relación dual ¿por qué

⁶¹ Eric, Jaime, "Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca (con spunti di diritto comparato)", *Revista di diritto Civile*, Parte 2, 1995, p. 71 y ss.

se debe seguir disponiendo, *a priori*, una preferencia en favor del apellido paterno?

En otras palabras, si el apellido hace a la identidad de las personas y ellas desarrollan tal identidad mediante su interacción con un doble referente materno y paterno, no vislumbramos ningún fundamento sólido para seguir manteniendo sistemas jurídicos rígidos como el que recepta el ordenamiento argentino⁶².

4.6. La diferencia de edad para contraer matrimonio

El art. 166 inciso 5° del Código Civil establece como impedimento para contraer nupcias "*Tener la mujer menos de 16 años y el hombre menos de 18*". La normativa vigente estructura un sistema en materia de celebración del matrimonio basada en una diferencia en razón del sexo y la edad.

¿Cuál es la finalidad de sostener esta diferencia? En otras palabras, ¿cumple un fin social o interés público mantener este tratamiento diferenciado? ¿Está determinado científicamente que en todos los casos las mujeres adquieren una madurez en edad más temprana que los hombres? ¿Cuál es la incidencia del contexto histórico social en la madurez de las personas?

Si ello posee alguna incidencia, podemos colegir que la mayor o menor

madurez alcanzada a determinada edad no obedece solo al transcurso del tiempo, sino también a otros elementos. Es decir, la edad constituye uno de los elementos indicativos de madurez, pero no es el único ni, por cierto, resulta determinante. Por ende, sería posible encontrarnos con varones que, a raíz de ciertas historias de vida o desarrollo personal, familiar y/o cultural, puedan presentar un cierto grado de madurez más avanzado que otras mujeres.

Siguiendo esta línea argumental, podemos advertir que el mantenimiento de esta diferencia es absurdo. Carece de basamento científico alguno, atento las múltiples causas que hacen que una persona adquiera un mayor o menor grado de madurez. En consecuencia, compartimos el criterio por el cual se afirma que es discriminatorio exigir distintas edades mínimas para celebrar matrimonio según se trate del un varón y una mujer.

Es más, desde la perspectiva de género, podemos afirmar que esta diferenciación también responde a un rol estereotipado de varones y mujeres que implica -aunque no lo parezca a simple vista- una discriminación más contra la mujer. En efecto, según se ha destacado en el "contrainforme" -o también conocido como "informe sombra"⁶³- elaborado por varias organizaciones no gubernamentales de

⁶² En definitiva, se trata de un cambio cultural. En este sentido, nuevamente destacamos el valor educativo de las leyes, por lo cual modificar los regímenes vigentes podrían ser una herramienta de suma utilidad para modificar prácticas discriminatorias.

⁶³ Ver *Derechos humanos de las mujeres: asignaturas pendientes del Estado argentino. Contrainforme. CEDAW*, agosto de 2002 elaborado por las siguientes organizaciones no gubernamentales:///

derechos humanos en agosto de 2002 sobre el estado de avance en la aplicación y efectividad de la CEDAW, se asevera que el supuesto en cuestión constituye un típico caso de discriminación contra la mujer al afirmarse que *"La utilización de las diferentes biológicas entre varones y mujeres -al establecer edades distintas- responde al estereotipo de las mujeres que crían a los hijos y se limitan al trabajo doméstico, mientras que permite a los varones disponer de una cantidad mayor de años de preparación, educación y experiencia para cumplir con el rol de proveedor"*⁶⁴. De esta manera, se arguye que *"Esta norma constituye un acto de discriminación ya que el principio de igualdad exige que el impedimento de edad para contraer matrimonio sea idéntico para varones y mujeres"*.

5. Palabras finales

El Derecho es un discurso constitutivo e ideológico, parcial y político, que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto

de sí mismos y de sus relaciones con los demás. Dota de sentido a sus conductas y los convierte en sujetos⁶⁵ inculcándoles valores, comportamientos, visiones del mundo, etc.⁶⁶.

Desde esta perspectiva, el Derecho desempeña una función paradójica que Carlos M. Cárcova -un referente de la Teoría Crítica del Derecho en el ámbito nacional- ha definido como conservadora y renovadora. Por un lado, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones establecidas, pero, a la vez, tiene un rol en la remoción y transformación de estas relaciones⁶⁷.

Esta doble función refleja y resalta el valor educativo de la ley para transformar patrones de conducta. Partiendo de esta premisa, hemos querido abordar en este trabajo algunas propuestas concretas de reformas legales que tiendan a forjar y/o fortalecer el paradigma constitucional de la equiparación entre varones y mujeres en las relaciones de familia.

///CELS, ADECUEM, Feministas en Acción, FEIM, CLADEM, Instituto Social y Política de la Mujer y Asociación Mujeres en Acción.

⁶⁴ Contrainforme citado en la nota anterior, p. 24.

⁶⁵ Ruiz, Alicia E. C., "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo" en *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Courtis, Christian (compilador), Eudeba, Bs. As., 2001, p. 11.

⁶⁶ Cárcova, Carlos M., "Notas acerca de la teoría crítica del Derecho" en *Desde otra mirada...*, cit., p. 25.

⁶⁷ Cárcova, Carlos, *Teorías jurídicas alternativas*, Centro Editor de América Latina, Bs. As., 1993, p. 25.