



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

Fundación Universidad del Norte

Herrera, Marisa; Salituri Amezcua, Martina
El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros
Revista de Derecho, núm. 49, 2018, Enero-Junio, pp. 42-75
Fundación Universidad del Norte

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85159528003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros

Family Law from a Genders Perspective

Marisa Herrera*

Martina Salituri Amezcua**

* Doctora en Derecho (UBA). Investigadora Independiente (CONICET, Argentina). Profesora Adjunta Regular, Facultad de Derecho, UBA. Profesora Titular, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa, Argentina. marisaherrera12@gmail.com

** Abogada (UBA). Doctoranda en Derecho (UBA). Becaria Doctoral (CONICET, Argentina). Docente, Facultad de Derecho, UNICEN, provincia de Buenos Aires, Argentina. martinasalituri@hotmail.com

REVISTA DE DERECHO

N° 49, Barranquilla, 2018

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

La perspectiva de géneros, en plural, implica un movimiento de lucha por los derechos de las mujeres, que han sido históricamente “feminizadas”, como así, de otras identidades sintetizadas bajo las siglas LGBTIQ¹, históricamente “perseguidas”. La pregunta por el control de estos cuerpos permite abrir nuevos debates interdisciplinarios en los que el derecho ocupa un lugar de relevancia. Ejemplo de ello es el reciente proceso de reforma de la legislación civil en la Argentina que dio lugar a un nuevo Código Civil y Comercial, escenario fecundo para indagar y demostrar cómo varias de estas luchas se plasman en el orden jurídico y, a la par, visualizar las nuevas tensiones y desafíos que genera atravesar la legislación civil desde la perspectiva de géneros. Para tal fin se analiza sobre los movimientos feministas, la consecuente renegociación entre “lo público” y “lo privado” y el obligado pasaje de la noción de familia en singular a familias en plural. Ello, auspiciado por la doctrina internacional de los derechos humanos, base obligada de toda regulación en la cual la perspectiva de géneros ha tenido un rol fundamental, y aquí se lo destaca como eje de estudio central.

Palabras clave: derechos humanos, reforma legislativa, perspectiva de género, identidad de género, derecho de las familias.

Abstract

The genders perspective, in the plural, bespeaks a movement for the rights of women, who have been historically “feminized”, and of other gender identities who have been historically “persecuted”, all of which are synthesized under the acronym LGBTIQ. The question of controlling one’s body opens new interdisciplinary debates where the law plays a relevant role. An example of this is the recent process of reforming civil legislation in Argentina, which has given rise to a new Civil and Commercial Code, a fruitful scenario to investigate and demonstrate how several of these struggles are reflected in the legal order and how the passing of civil law from the genders perspective generates new tensions and challenges. This article analyses the feminist movements, the consequent renegotiation between “the public” and “the private” and the necessary passage from the notion of family in singular to families in the plural. This is underpinned by the international doctrine of human rights, a central axis of this study and an obligatory basis for any regulation in which the genders perspective has played a fundamental role.

Keywords: human rights, legislative reform, gender perspective, gender identity, family law.

¹ Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero, intersexuales y *queers*.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre derecho y realidad se encuentra signada por tensiones y vaivenes sociales y políticos que denotan las fuerzas y luchas de poder que yacen dentro de los diversos discursos de los que se compone el universo jurídico. Algunas de estas luchas son las de los movimientos feministas y de diversidad de género (colectivos LGBTIQ), cuya representación y demanda viene pujando hace años en la arena pública. ¿Acaso la legislación no constituye una herramienta clave para el reconocimiento y consecuente visibilidad social?

Estas luchas, materializadas en respectivas conquistas legales y jurisdiccionales, no han estado libres de plantear nuevas tensiones. El papel del derecho depende de relaciones de fuerzas, “[e]n manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social” (Cárcova, 2007, p. 124).

Centrados en la rama del derecho que mayor repercusiones ha tenido en el desarrollo de la perspectiva de géneros como lo es el derecho de “las Familias”², cabe destacar el impacto estructural que en la República Argentina tuvieron los siguientes hitos normativos: la Ley 26.618 de Matrimonio Civil de 2010 –conocida como ley de “matrimonio igualitario”, la cual posibilitó la unión conyugal entre personas del mismo sexo–, la Ley 26.743 de identidad de género de 2012 y la Ley 26.862 de acceso integral e igualitario a las técnicas de reproducción humana asistida de 2013; los cuales se insertaron en pleno afianzamiento de la denominada “democratización de las relaciones familiares” secundadas de dos normativas claves como la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de 2005 y la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres de 2009.

² El reconocimiento y protección jurídica de diversas y plurales conformaciones familiares, y no solo de la “tradicional familia nuclear”, ha llevado a la doctrina a marcar la importancia de hablar del derecho de “las familias” en plural y no de “la familia” como si se tratara de un único modelo legítimo (Herrera, 2015b).

Estas leyes, junto a la interpretación y aplicación del derecho civil en clave de derechos humanos, que generó la declaración de inconstitucionalidad de varias normativas del código Civil Vigente hasta el 31/07/2015³, sentaron las bases sobre las cuales se edificó el proceso de reforma y unificación civil y comercial iniciado a partir de 2011. Así, se propone reflexionar sobre el influjo de la perspectiva de géneros en los institutos del derecho civil de las familias, tomando como eje el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyC) que entró en vigencia el 01/08/2015, como primera experiencia normativa regional en adaptar la legislación civil, en particular las relaciones de familia, a los principios de derechos humanos.

II. *“TODA DEFINICIÓN RESPONDE A UNA OPCIÓN TEÓRICA, PERO NO TODA OPCIÓN TEÓRICA ES POSIBLE”*⁴: LA OBLIGADA PERSPECTIVA DE “GÉNEROS”

II.1. Los feminismos y sus “olas”

Desde mediados del siglo XX el género viene siendo profundamente estudiado, sobre todo desde las teorías feministas⁵. La diferenciación entre sexo y género⁶ y las relaciones entre ambos abrió un fructífero campo de análisis y debate que permitió ampliar las fronteras hacia minorías que se ubicaban por fuera o al margen de la ley y que a la par han profundizado y cuestionado fuertemente las relaciones de poder existentes en torno a la noción de género.

³ Ver Herrera (2011, pp. 85-94).

⁴ Frase que pertenece a la jurista italiana Tamar Pitch (2010, p. 435) como disparadora para explicitar el marco teórico en materia de estudios de género desde y a través del cual se realiza este ensayo.

⁵ La publicación de “El segundo sexo” de Simone de Beauvoir constituyó, sin lugar a dudas, un hito en el tema. Algunas teóricas y doctrinarias feministas son Catherine MacKinnon, Katherine Franke, Judith Butler, Gayle Rubin, Monique Wittig, Andrea Dworking, Dora Barrancos, Tamar Pitch, entre otras.

⁶ Entendiendo el “sexo” asociado a lo natural, a la biología; y “el género” como construcción social y cultural. Como veremos luego esta doble asociación ha sido puesta en jaque y cuestionada, en este sentido crítico –en nuestro país– Maffía y Cabral (2003) elaboraron un trabajo titulado “Los sexos son o se hacen”.

El movimiento feminista es histórico y heterogéneo, por ende: 1) ha atravesado distintas etapas o momentos, también llamadas doctrinariamente “olas”, las cuales se interconectan; y 2) se compone de diferentes expresiones, algunas en tensión entre sí, siendo más adecuado hablar de feminismos en plural.

Referirnos a olas implica considerar las

diferentes tendencias y ramas de un mismo movimiento. Lo que caracteriza a una y otra son usualmente diferencias de opinión o interpretación de una idea. De cualquier manera, todas las olas deben de mantener ciertos preceptos. En el caso de las feministas, aunque algunas sean seguidoras de la segunda y otras se inclinen más por la tercera ola, todas –y todos– luchan por dar poder a las mujeres y conseguir una posición social igual a la de los hombres y por lograr la participación femenina en la toma de decisiones, sean éstas en el ámbito público o privado (Biswas, 2004).

La *primera ola* del feminismo se asocia a las luchas vinculadas a lograr una paridad más de tipo formal; se inscriben dentro de esta etapa las conquistas por el derecho al voto y a la educación en un pie de igualdad con los varones⁷. La segunda ola se ubicaría a partir de mediados de la década del 50, vinculada a “la participación en los campos de toma de decisión por parte de las mujeres así como por un control más amplio sobre algunos asuntos privados, como la igualdad sexual y el aborto” (Biswas, 2004); y al desarrollo de luchas por el reconocimiento del trabajo reproductivo y las tareas domésticas.

El movimiento tuvo –y tiene– carácter político, y surgió como una reacción a un escenario que resultaba insuficiente, ya que a pesar de haberse logrado una igualdad en la titularidad de muchos derechos –aunque no en todos–, el cambio no era sustancial, no posicionaba a las mujeres en lugares reales de poder y decisión. En palabras de Pitch, en los años 60

⁷ Así, “la primera ola abarca la generación de sufragistas y de grupos en pro de los derechos de las mujeres, cuya lucha comenzó alrededor de 1880 y llegó a su final en los años cuarenta del siglo xx, cuando las mujeres de la mayoría de los países desarrollados ya contaban con el derecho a votar” (Biswas, 2004).

ingresaron a la escuela y la universidad una gran masa de mujeres que se dieron cuenta de que la igualdad era más de tipo formal y que de ellas se esperaba, a pesar de la educación recibida, que sigan siendo esposas y madres⁸. Es decir,

no se trata sólo de obtener el reconocimiento pleno de los derechos de los que, formalmente, ya se es titular, sino de interrogar a la lógica misma de los derechos, a su lenguaje, al sujeto al que son atribuidos. No se trata de la paridad en el mundo dado, sino de reconstruir un mundo que reconozca la existencia de dos sujetos (Pitch, 2010, p. 436).

Esta idea llevó a sostener que el derecho tenía género y era masculino.

La *tercera ola* aparece hacia mediados de los 80 y se cuestiona conceptualmente qué es “la mujer”, teniéndose especial consideración a la pluralidad de mujeres en situaciones fácticas bien distintas y, por ende, entender que no son un grupo homogéneo, ni se enfrentan a las mismas problemáticas. Aquí se empiezan a divisar las diferencias hacia el interior del grupo, abriéndose luchas micropolíticas. Algunas teorías van más allá del término “mujer/mujeres” para considerar otras identidades “feminizadas” como las identidades “trans”.

No se puede dejar de mencionar a Judith Butler dada la eclosión que ha implicado su teoría en torno a la noción de “performatividad”. Butler busca deshacer la estructura binaria entre sexo y género y realizar un gesto de deconstrucción, reconociendo que no existe una identidad de género que sustente las expresiones del mismo, sino que la identidad sería “performativamente” constituida (Dos Santos, 2016, p. 165). Así, lo que se suponía una esencia interna del género, se produce mediante un conjunto sostenido de actos postulados por medio de la estilización del cuerpo basada en el género (Butler, 2001, pp. 15-16).

El abandono de una postura sustancialista acarrea el abandono de algunas posturas que, tradicionalmente, se inscriben dentro de lo que se

⁸ La irrupción de las mujeres en el mercado de trabajo implicó una fuerte transformación social de este esquema, al ingresar en el terreno de lo público y en las cuestiones relativas a los medios de producción.

denominó el feminismo de la diferencia. Éstas sostienen que mujer y varón son esencias distintas y que el pretendido universal ser humano es, en realidad, masculino (Napoli, 2016, p. 152).

Frente a ello, el feminismo propuesto por Butler entiende que

en realidad, mujer y varón son dos identidades contingentemente articuladas según un discurso hegemónico que tiene como pilares el androcentrismo, la familia tradicional patriarcal y la heterosexualidad obligatoria. Sin embargo, esta respuesta al feminismo de la diferencia implica, también, una respuesta al feminismo de la igualdad, que sostiene que varones y mujeres son iguales: la igualdad no está dada de antemano, sino que sólo puede darse en el seno de una articulación hegemónica que, en los tiempos que corren, no constituye a varones y mujeres como iguales (Napoli, 2016, p. 152).

En esta idea de performatividad se intersecta la identidad como un proceso estático y dinámico, subjetivo e intersubjetivo a la vez, que habilita el espacio de la autopercepción. Resultando más atinado referirse a los “géneros” en plural. Dentro de este concepto amplio se inscriben las identidades “trans” (más allá de...) –es decir, transexuales, transgéneros y travestis– que exigen deconstruir la matriz heteronormativa⁹, pretendida como “natural” y a través de la cual se imponen estereotipos de género considerados “normales”. Las personas trans han cambiado la asignación social varón/mujer en la que se encontraban encasilladas, no sintiéndose identificadas con el sexo jurídicamente asignado al nacer.

En suma, los aportes de las distintas corrientes han sido muy fructíferos y se encuentran interrelacionados. El logro de la titularidad de derechos en pie de igualdad ha sido fundamental para pasar luego a la lucha por la igualdad real de lo conquistado formalmente; así como desentrañar el carácter político del movimiento y la conquista colectiva han sido indis-

⁹ Esta matriz reposa sobre el excluyente binomio de género varón/mujer, que encasilla necesariamente a los seres humanos en alguna de estas dos categorías sin admitir otras alternativas. En los últimos años algunos países –como Alemania, Francia, Australia y Suecia– han comenzado a flexibilizar esta dicotomía reconociendo un “tercer género” o “género neutro”.

pensables para analizar de manera crítica las diversas subjetividades en el interior del conjunto y pensar en conquistas micropolíticas.

II.2. La tensión público-privado: hacia una construcción de conceptos

Los cuerpos de las mujeres y los cuerpos “feminizados” han sufrido, y continúan sufriendo, el formar parte de un campo de batalla en el que pujan lo público y lo privado ¿Quiénes tienen el control sobre estos cuerpos? ¿Por qué el afuera los quiere “disciplinar” desde una perspectiva “normalizadora” centrada en las nociones de patriarcado, verticalidad y sumisión, siempre correspondidos con el genotipo femenino? ¿Cómo juega desde la mirada binaria masculino-femenino la incorporación de otros colectivos, incluso debates más contemporáneos como los que pregonan y reconocen la existencia de “sexo neutro”?

En el marco del tradicional derecho de familia cuyo eje central era la familia nuclear, matrimonializada, heterosexual, paternalizada y sacralizada (Kemelmajer, 2014, p. 9), la órbita de lo privado quedaba ligada a la domesticidad, espacio de reproducción y consumo reservado a la mujer y los niños y niñas sobre los cuales el *pater* ejercía su autoridad. Por ende, las relaciones de poder intrafamiliares no eran un asunto de interés político sino “privado” y las cuestiones relativas al hogar, la sexualidad y la procreación quedaban fuera del debate democrático.

Las nociones de “lo público” y “lo privado” responden a construcciones culturales. Al respecto, la reconocida socióloga argentina Elizabeth Jelin (1998, pp. 105-106) –siguiendo a Seyla Benhabib– advirtió que en el discurso de la tradición occidental de la filosofía política, la privacidad incluye tres dimensiones diferentes, siendo una de ellas la de los derechos privados relativos a la esfera íntima, familiar y doméstica¹⁰.

¹⁰ Las otras dimensiones señaladas por Jelin son: los derechos privados ligados a las libertades económicas y la privacidad como la esfera de la conciencia moral y religiosa. Se trata de dimensiones que se encuentran absolutamente interrelacionadas. ¿Acaso es posible profundizar sobre el uso y control de los cuerpos y las relaciones de poder por fuera de la interacción Estado-Religión? A lo mejor sea más complejo cuando tal uso y control se lo analice a la luz de las libertades económicas, dada las diferentes aristas y vertientes del capitalismo. En este último tema sería

Jelin destacó respecto a esta dimensión cómo los movimientos feministas contribuyeron a la transformación de los asuntos privados de la “buena vida” en asuntos públicos referidos a principios de justicia, equidad e igualdad, viéndose renegociada la línea que divide lo público de lo privado. En este sentido, la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar de 1994 implicó uno de los primeros pasos legislativos en este camino revisionista.

La puesta en crisis de esta perspectiva privada que implica colocar en tela de juicio el respeto a rajatabla por la supuesta “autonomía de la voluntad” de los miembros de las familias, habría sido una de las piezas fundamentales para introducir modificaciones estructurales en el derecho civil de las familias. El ingreso de “lo público” a las relaciones familiares ha sido por el lado de mayor vulneración de derechos humanos denunciada desde la perspectiva de género, como lo es la violencia. El respeto por la intimidad individual y familiar nunca puede serlo a costa de violarse el principio de igualdad real y la plena realización de un sujeto que es doblegada por la opresión de otro, justificándose la intervención estatal.

Pero, ¿acaso la violencia es el único elemento que coloca en tela de juicio el derecho de familia desde la perspectiva de género? La respuesta negativa se impone. La violencia es la máxima expresión del patriarcado, pero no es la única. Una muestra de ello es el nuevo Código Civil y Comercial argentino, que se hizo cargo de esta renegociación en torno a la ancestral tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, produciéndose en el campo legal una redefinición de los roles de género en el ámbito familiar.

muy necesario profundizar en otra oportunidad, especialmente, en un contexto regional fuertemente neoliberal y de retracción de derechos sociales –entre ellos los considerados “privados”– alentada por una minimización del rol del Estado como garante último de los derechos humanos.

III. DESDE LO MÁS ALTO DEL SISTEMA JURÍDICO: DERECHOS HUMANOS, GÉNEROS Y FAMILIAS

La consolidación de la doctrina internacional de los derechos humanos y su fortaleza en el ámbito regional a la luz del desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) permitió desplegar y ampliar responsabilidades estatales, colocándose como base del sistema jurídico a la persona humana. Esta perspectiva a la cual los Estados se han comprometido internacionalmente a través de la ratificación de numerosos tratados (conf. art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), ha implicado a la par la asunción de compromisos a nivel nacional, tanto en el orden público como privado.

Ingresando en la experiencia argentina, la reforma de la Constitución Nacional (CN) de 1994 otorgó jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia¹¹ (art. 75, inc. 22 CN). Estos instrumentos internacionales junto a la CN conforman el “bloque de constitucionalidad federal” (Bidart Campos, 1995, p. 264), cuyos principios, derechos y garantías tienen fuerza vinculante para todo el sistema normativo.

Siguiendo esta lógica, la llamada “constitucionalización y convencionalización del derecho privado” implicó consolidar la transversalidad de los derechos humanos en el derecho civil. En este sentido, resulta más preciso referirse con mayor precisión a la “constitucionalización y convencionalización del derecho civil” en vez del derecho privado, ya que debido a la “publicización” del área en estudio, no podría ser tildada de “privada” sino que la denominación correcta sería “derecho civil”.

El CCyC comienza estableciendo que los casos “deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea

¹¹ La Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina ha entendido que al otorgarse jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia” implica que estos se integran con la interpretación que de ellos hacen los organismos internacionales encargados de su aplicación y control (doctrina judicial de fallos: Giroldi -318:514-, Bramajo -318:1940-, Mazzeo -330:3248-, Carranza Latrubesse -C. 568. XLIV y C. 594. XLIV-, entre otros).

parte” (art. 1°); y que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2°). Estos artículos son considerados el nudo gordiano o columna vertebral del derecho civil contemporáneo (Kemelmajer et al., 2015).

Por otra parte, a través de la aludida reforma constitucional se consagró el principio de igualdad real en materia de género (art. 75, inc. 23 de la CN) y se otorgó jerarquía constitucional a dos tratados de derechos humanos centrales en la materia: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). Esta es la base constitucional/convencional sobre la que se dictó la mencionada Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres.

En lo que respecta a la protección de los derechos de los colectivos de diversidad sexual y de géneros, una herramienta jurídica internacional (Naciones Unidas) de inflexión ha sido la adopción de los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2007) que reconocen las diversas orientaciones sexuales e identidades de género como esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona, no debiendo ser motivo de discriminación o abuso. Desde el ámbito regional interamericano, la Corte IDH en el caso “Atala Riffo vs. Chile” (2012), asumió que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” (párr. 91), por lo que se encuentran comprendidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); este criterio debe ser aplicado jurisdiccionalmente en el derecho interno a través del control de convencionalidad¹².

¹² Conf. Corte IDH (2006), “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, párr. 124. En el mismo sentido, Corte IDH (2006), “Trabajadores Cesados del Congreso -Aguado Alfaro y otros- vs. Perú”, párr. 128.

Esta plataforma de derechos humanos ha sido fundamental para en la Argentina se dictara la Ley 26.743 de Identidad de Género, de vanguardia mundial, ya que garantiza la protección de este derecho a través de dos elementos centrales: 1) la desjudicialización y 2) la despato-logización, permitiendo sobre la base de la identidad autopercebida el cambio de género ante el registro civil, sin necesidad de intervención quirúrgica ni tratamiento médico ni psicológico alguno¹³.

Por último, y para completar esta perspectiva de géneros a la luz de los derechos humanos, se debe comprender la construcción del concepto de “familias” en plural ya adelantada, puesto que según como esta sea definida estarán afectados los márgenes de quienes puedan jurídicamente conformar una familia y los derechos entre sus miembros. La Corte IDH estableció que en la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma” (Opinión Consultiva N° 17/02, párr. 69, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, párr. 142 y caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, párr. 98).

Respecto al texto constitucional argentino, y dentro de la clasificación de las posturas que adoptan las constituciones latinoamericanas sobre la familia, aquí se sigue la postura amplia, ya que –en coincidencia con los tratados internacionales de derechos humanos– se refiere a su protección sin especificar qué se entiende por ella (art. 14 bis CN). Esta amplitud contribuyó a que la Argentina fuera el primer país de América Latina en extender la regulación del matrimonio a las personas del mismo sexo (Herrera, 2011, pp. 92-93).

En consecuencia, bajo esta manda constitucional y convencional amplia de reconocimiento de las diversas organizaciones familiares se han consagrado legislativamente reglas que implican una forma igualitaria de proteger los derechos de sus integrantes, específicamente en cuestiones de géneros: democratización de relaciones intrafamiliares,

¹³ Esta línea es seguida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el leading case “Goodwin vs. Reino Unido”, y aplicada posteriormente en “Schlumpf vs. Suiza” y “Cassar vs. Malta”.

protección de derechos de mujeres, reconocimiento de formas diversas de sexualidad, acceso integral a técnicas de reproducción asistida (que permitieron nuevas formas de procreación para personas solas y parejas del mismo sexo) y respeto de la identidad de género autopercibida.

IV. LA PERSPECTIVA DE GÉNEROS Y LA PUESTA EN CRISIS DEL DERECHO CIVIL: UNA NUEVA Y NECESARIA OPORTUNIDAD PARA EL DERECHO DE LAS FAMILIAS

IV.1 La antesala de la reforma legislativa civil

El Código Civil argentino originario, sancionado en 1871, establecía una doble jerarquía: ser adulto y varón, siguiéndose al derecho romano, cuyo eje regulador era el *pater familias* (Kemelmajer, 2014), quien ejercía la autoridad y tenía el poder de administrar los bienes propios, de la esposa y de las hijas e hijos menores de edad. La mujer casada era una persona incapaz de hecho relativa (art. 55, inc. 2). La lucha por la igualdad de derechos entre mujeres y varones fue plasmándose muy paulatinamente en el Código a través de reformas legislativas.

En 1919, la Ley 10.093 de Patronato del Estado estableció que en caso de muerte o pérdida de la “patria potestad” en cabeza del padre, su ejercicio quedaba a cargo de la madre, así como en el caso del hijo natural sin filiación paterna, siendo un primer reconocimiento para las mujeres. Tiempo después, la Ley 11.357 consagró la capacidad civil de las mujeres mayores de edad, aunque con limitaciones para la mujer casada. En 1968, la Ley 17.711 suprimió la incapacidad de la mujer casada y estableció la administración separada del patrimonio de la sociedad conyugal, reconociéndose la plena capacidad civil de las mujeres mayores de edad, si bien esta igualdad formal no implicó una igualdad real.

En 1985, la Ley 23.264 introdujo el ejercicio compartido de la patria potestad, en consonancia con la CEDAW (art. 16) y la CDN (arts. 9 y 18). Dos años después, a través de la Ley 23.515 se estableció que ambos cónyuges tenían la atribución de fijar de común acuerdo el lugar de residencia de la familia, eliminándose la potestad patriarcal exclusiva de fijación del domicilio conyugal, y se suprimió la adición impuesta del apellido

del cónyuge a la mujer casada, pudiendo elegir entre mantener su apellido de soltera o agregar el del varón con la preposición “de”.

Recién en 2003, la Ley 25.781 deroga la preferencia a favor del marido de todos los bienes de origen dudosos adquiridos durante el matrimonio. Finalmente, en 2010 se sancionó la Ley 26.618, que extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la cual implicó una reforma rupturista de todo el sistema tradicional y patriarcal basado en la preeminencia del hombre sobre la mujer, con un replanteo esencial en términos de igualdad (conf. art. 42 Ley 26.618).

No obstante estos avances, y al mismo tiempo a instancias de ellos, la puesta en crisis del derecho civil en lo relativo a las relaciones de familia desde la perspectiva de géneros seguía latente en la puja por una reforma estructural y contemporánea que reescriba los derechos y garantías, sobre la base de una ruptura profunda con los prejuicios y estereotipos tradicionales de las subjetividades y sus roles de género fundado en el sexo como elemento natural y rígido para la asignación de determinados derechos y deberes.

IV.2 El Código Civil y Comercial de la nación Argentina

En este marco, el texto del CCyC constituye un ejemplo en adecuar la legislación civil a la realidad social actual, más dinámica y compleja. Era necesaria la sanción de un código que pregone la igualdad real y reconozca la multiculturalidad, garantizando los derechos a partir de un paradigma no discriminatorio por razones de género. Una lectura crítica del texto legal permite observar los avances, así como los aspectos que continúan siendo nudos críticos difíciles de desentrañar en la lucha hacia la igualdad real de los géneros. Veamos.

IV.2.a. El comienzo de la persona humana y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Una disposición fundamental del CCyC es la que determina el comienzo de la existencia de la persona humana para el derecho civil, regulado en el artículo 19. ¿Por qué esta disposición es tan importante en

materia de géneros? Porque lo que se coloca en tensión a través de su aplicación es la extensión y goce de los derechos sexuales y reproductivos, como también los no reproductivos por efecto transitorio, de las mujeres, cuyos cuerpos conforman la materialidad sobre la que recaen las principales renegociaciones entre lo público y lo privado.

Se entiende que este control de y por los cuerpos de las mujeres fue uno de los motivos que implicó que dicha disposición haya sido una de las más debatidas durante todo el trámite parlamentario. Nos explicamos mejor. En la versión original del entonces Anteproyecto de reforma del CCyC (antecedente directo del texto civil vigente) este artículo decía:

la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. La primera frase respondía a la tradición jurídica argentina manteniendo la redacción del Código Civil originario; y la segunda oración a la necesidad de regular las técnicas de reproducción humana asistida (Lamm, 2015).

De la revisión del Anteproyecto efectuada por el Poder Ejecutivo se eliminó la frase “en el seno materno”, debido a que mientras estaba en debate dicho proyecto de reforma civil se sancionó la mencionada Ley 26.743 de Identidad de Género, advirtiéndose el supuesto fáctico-jurídico por el cual una persona solicite la rectificación de su identidad de género del femenino al masculino sin haberse sometido a intervención quirúrgica alguna, por lo cual podía quedar embarazado. En este supuesto no se estaría jurídicamente ante un seno “materno”, de allí la pertinencia de su supresión para ser coherentes con la ampliación de derechos de la comunidad trans. Esto muestra cómo la deconstrucción de las concepciones “tradicionales” de sexo y género, propio de la corriente performativa de la tercera ola, instó esta armonización del texto civil.

Durante el debate en la Cámara de Senadores se extrajo la segunda oración del artículo, siendo la redacción final del artículo 19 la siguiente: “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. ¿Qué se

entiende por concepción? ¿Qué diferencias existen cuando la concepción se produce dentro y fuera del cuerpo de quien va a gestar, es decir, cuando es producto del acto sexual o de las técnicas de reproducción humana asistida? El perfeccionamiento de la tecnología reproductiva habría sido un gran cimbronazo para la regulación de las relaciones de familia; temática que no es ajena a la obligada perspectiva de géneros.

El CCyC no pudo aclarar qué se entiende por concepción y así dejar en claro que el embrión *in vitro* –fuera del útero– no puede ser considerado persona desde el punto de vista jurídico sino que lo es recién cuando está transferido en la persona. ¿La razón de ello? La presión de la Iglesia católica, actor social que siempre ha tenido fuerte injerencia en el campo de las relaciones de familia, confundiendo fecundación con concepción.

Asimismo, el debate sobre la naturaleza jurídica del embrión suele ser confundido con el debate pendiente en la región sobre el aborto, y si bien ambos se entrelazan, no deben confundirse. Es decir, si la regulación civil expresara que la persona humana comienza desde el nacimiento con vida, el debate de la despenalización del aborto en el ámbito penal se vería facilitado en favor de quienes defienden la libertad y autonomía de las mujeres en la decisión sobre su cuerpo. Este debate no fue posible esgrimirlo de este modo sino que solo pudo serlo, de manera frustrada de conformidad con el texto finalmente aprobado, cuando involucraba una técnica de reproducción asistida, pretendiéndose destacar que el embrión no implantado no es persona.

Cuando no se diferencia el embrión no implantado del implantado se incurre en una confusión y ello perjudica el estudio serio de la cuestión. Esto ocurrió en la reciente sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil del 29/11/2016, en la que se arribó a una conclusión muy importante como es la inconstitucionalidad de la normativa que penaliza el aborto dentro de los tres primeros meses de embarazo. Si bien la sentencia es una excelente pieza jurídica, a modo de crítica se señala la siguiente afirmación:

Se convierte en importante aquí una breve nota sobre la situación jurídica del embrión durante las primeras etapas del embarazo. Hay dos posiciones opuestas con relación al punto. Por un lado, los que sostienen que hay vida desde la concepción, ya que el espermatozoide fertiliza el óvulo, lo que lleva a la multiplicación de las células. Por otro lado, están los que sostienen que antes de la formación del sistema nervioso central y la presencia de rudimentos de conciencia que por lo general se produce después del tercer mes de embarazo - todavía no es posible hablar de la vida en el sentido pleno”, agregándose “No hay una solución legal a esta controversia. Siempre dependerá de una opción religiosa o filosófica de cada uno acerca de la vida. Sin embargo (...) lo que no cabe duda es que no hay ninguna posibilidad de que el embrión sobreviva fuera del útero en esta etapa de su formación. Es decir, que depende totalmente en el cuerpo de la madre. Esta premisa, de hecho indiscutible, subyace en las ideas que siguen (del voto del magistrado Barroso)¹⁴.

¿Es necesario para abordar la problemática del aborto referirse al embrión no implantado y la imposibilidad de desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer? La respuesta negativa se impone. La despenalización del aborto constituye una controversia que involucra derechos humanos de las mujeres, rodeado de argumentos que se bastan por sí mismos sin la necesidad de tener que apelar a cuestiones del campo de la reproducción asistida.

¿Cómo interpretar el artículo 19? ¿Qué se entiende por concepción cuando se trata de la existencia de personas en el marco de técnicas de reproducción asistida? Si bien excede con creces el objetivo de este ensayo profundizar sobre esta cuestión, cabe traer a colación la doctrina de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica” (2012), reforzada en la resolución dictada en el proceso de seguimiento de sentencia (2016), en la que entiende que la “concepción” cuando se trata de técnica de fertilización *in vitro* tiene lugar desde la implantación en el útero, por lo cual el embrión *in vitro* no es persona.

¹⁴ La traducción nos pertenece. La sentencia en su versión originaria se la puede visualizar en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

Más allá de esta cuestión, la Corte IDH en dicho caso destacó otro estándar de derechos humanos fundamental para lo que aquí se analiza y es la *tesis de la gradualidad*, es decir, el principio de protección gradual de la vida humana prenatal (Lamm y Rodríguez Iturburu, 2016, p. 669) que también se destaca en el fallo brasileiro. En este sentido, la máxima autoridad jurisdiccional de la región en materia de derechos humanos concluyó que de las palabras “en general”, contenidas en el artículo 4.1 de la CADH, se deriva que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo, e implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (caso Artavia Murillo, párr. 188). Siendo esta gradualidad la que se hace visible en sus efectos frente a la protección de los derechos a la libertad sexual, reproductiva y no reproductiva de las mujeres, los cuales son reconocidos como derechos humanos (Facio, 2008), en el plano internacional y en el derecho interno argentino¹⁵.

En este contexto, el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) entendió que el orden constitucional y convencional de Argentina es compatible con la despenalización del aborto y que la redacción del artículo 19 no puede entenderse como una limitación en ese sentido (ELA, 2012).

Por su parte, el doctor en ciencias químicas Alberto Kornblihtt (2014) en una jornada sobre “los derechos reproductivos en la agenda pública y legislativa” realizada en la Universidad de Buenos Aires sostuvo que “no es un tema biológico, sino político”, preguntándose: “si es posible entender la muerte aun cuando en el cuerpo quedan células vivas por mucho tiempo, ¿por qué no se puede entender que el hecho de que haya células vivas no significa que hay personas?”.

¹⁵ Estos derechos se han instalado a partir de las Conferencias Internacionales de Mujeres, especialmente la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada en el Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995. Se encuentran regulados en la CEDAW, principalmente en sus artículos 12.1. y 16.1, y en la Convención de Belem do Para, e incluyen el derecho a la salud sexual y reproductiva, subespecie también del “derecho a la salud”, reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 10 del Pacto de San Salvador.

En definitiva, y tal como ha reflexionado la jurista argentina Nelly Minyersky en esa misma jornada:

¿cómo puede ser que toda la parte del derecho de familia de este código sea de avanzada –trabajo en el hogar, alimentos, cuidado de hijos, prestación compensatoria– y tenga este artículo 19? Este proyecto es una muestra de cómo el derecho es una lucha de poderes. No se nos quiere sacar a las mujeres del lugar de generadoras de vida.

Es decir, no se les permite a las mujeres controlar esa capacidad de generar vida, sino que se les impone un control externo a través de la dominación de sus cuerpos.

IV.2.b. Derechos personalísimos. El apellido y el principio de igualdad

Siguiéndose el orden regulador del CCyC, otra de las modificaciones sustanciales involucra el derecho al nombre. Este derecho es incorporado al texto civil y comercial derogándose la Ley 18.248 de Inscripción de Nombres de las Personas Naturales. Dos cambios relevantes deben ser destacados.

1) Del apellido de la mujer casada al apellido del y la cónyuge

Como se adelantó, la Ley 23.515 estableció el carácter optativo para la mujer de portar o no el apellido del marido; antes de 1987 era obligatorio para la mujer casada adicionarlo anteponiendo la preposición “de”, a tal punto que se consideraba una injuria grave causal de divorcio culpable el no hacerlo. Pasar de ser obligatorio a optativo fue un avance pero que se quedó a mitad de camino a la luz del principio de igualdad al diferenciar la situación de la esposa con relación al esposo, ya que solo las primeras podían adicionarse o no el apellido del marido anteponiendo una preposición de “posesión”, asunto que no involucraba a los varones, quienes siempre mantenían intacto su apellido. En 2010 la ley de matrimonio igualitario puso en crisis este tratamiento legislativo dispar pero a medias, ya que permitió solo a los cónyuges del mismo sexo adicionarse cada uno de ellos el apellido del otro, pero nada dijo respecto a los cónyuges de diverso sexo, por lo cual seguía rigiendo dicho tratamiento discriminatorio.

De base, toda regulación al respecto debería posibilitar el agregado del apellido del cónyuge tanto a mujeres como a varones, sea en el marco de un matrimonio de igual o diverso sexo. Esta es la postura que adopta el CCyC al establecer que “cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición ‘de’ o sin ella” (artículo 67). Atento a que la preposición “de” tiene connotación de posesión, la nueva legislación permite que se la siga utilizando fundado en la tradición cultural pero a la par admite que no haga falta para adicionarse el apellido del cónyuge agregar dicha preposición.

Precisamente, al ser una preposición de “pertenencia” de una persona a otra, sería dable preguntarse si una regulación que directamente la derogara no sería la más acorde con la obligada perspectiva de género (Herrera, 2015a). En este sentido, la nueva legislación se habría quedado a mitad de camino.

2) El apellido de hijos e hijas y el principio de igualdad de madres y padres

El otro cambio importante en la materia es el que se relaciona con el apellido de los hijos. La derogada ley del nombre chocaba con el principio de igualdad y no discriminación en razón del género al establecer la regla de preeminencia paterna en la atribución del apellido de los hijos/as, a quienes se les podía adicionar o no a continuación el apellido materno al nacer o por decisión de los hijos al alcanzar la mayoría de edad, quedando las mujeres en clara disparidad con los varones.

Al igual que en el caso anterior, la Ley 26.618 de matrimonio igualitario colocó en tela de juicio tal asignación legal, ya que el régimen legal imperante en ese momento no podía funcionar en los supuestos de comaternidades y copaternidades. Esta ley habilitó a las parejas del mismo sexo a elegir el apellido de los hijos/as, es decir, a portar el apellido de ambos padres o madres en el orden que quisieran o elegir el apellido de uno de ellos/as indistintamente. Este régimen estaba reservado a las parejas del mismo sexo, por lo cual fácil se pudo concluir la discriminación en la cual se incurrió respecto de las parejas de diverso sexo, violándose el principio de igualdad. Ello motivó planteos judicia-

les que se resolvieron en sentido diverso¹⁶ (Salituri Amezcua, 2014), e incluso se llegó a permitir tal elección ante los registros civiles evitándose la judicialización¹⁷ (Vicente Herrero, 2015). Tanto en este supuesto como en el que compromete el apellido de los cónyuges, la extensión de derechos a las parejas del mismo sexo contribuyó a visibilizar y generar más reacción contra las desigualdades aun mantenidas respecto de los derechos de las mujeres.

Este recorrido encontró respuesta legislativa en el artículo 64 del CCyC que elimina toda preferencia del apellido del varón en la transmisión a la descendencia, restableciendo la igualdad de géneros. En caso de desacuerdo para la elección del apellido, el Código establece el método del sorteo en sede administrativa, como variable no sexista, objetiva y novedosa que evita la judicialización.

IV.2.c. Las relaciones familiares y los géneros

1) Matrimonio y divorcio

1.a) Apertura garantista del régimen de bienes

La cuestión económica en las parejas siempre ha sido un debate de fuerte interés desde la perspectiva de género derivado del “poder del dinero”. Respecto al régimen patrimonial del matrimonio, el CCyC introduce una importante modificación. A diferencia del anterior, permite a los cónyuges optar entre dos regímenes de bienes: 1) el régimen de comunidad (arts. 463 a 504), único posible en el código derogado, en el que por regla se establece la ganancialidad de todos los bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio; y 2) el régimen de separación de bienes (arts. 505 a 508), en el que por regla

¹⁶ En algunos de ellos se logró la declaración de inconstitucionalidad de la norma por afectar principios y derechos humanos constitucionales y convencionales. Como en los fallos: Trib. Col. de Familia n. 5 Rosario, 2/6/2011, “P., C. E. v. P. A., H. G.”; Juzg. Familia de 4º Nominación Córdoba, 31/10/2012, “E., C. y O.”; C. Familia de Mendoza, 15/4/2013, “M., E. M. v. A., D.”; C. Familia de Mendoza, 11/12/2013, “Bustos, María Elena por rectificación de partida”, entre otros.

¹⁷ Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, Disposición N° 2690/2013, 7/7/2013 (publicada en AP AP/LCON/0KSF). Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia de Mendoza, Resolución N° 212, 2/3/2015 (Vicente Herrero, 2015).

cada cónyuge conserva la administración y disposición de los bienes de su titularidad.

Durante el tratamiento parlamentario de este texto algunas autoras feministas manifestaron su desacuerdo con esta opción legal a través de los medios de comunicación, sosteniendo que perjudicaba a las mujeres. La feminista Birgin sostuvo:

A una mujer a punto de casarse, si le das a elegir, va a elegir lo que quiera el marido. Es muy difícil que la mujer tenga autonomía de elección. Y si el marido después la deja, quedaría sin nada. En general, los primeros años del matrimonio son los años de la maternidad, y las mujeres acumulan menos. Habría que pensar una variante para diferenciar los casos de mujeres como Susana Giménez de la mujer común trabajadora (diario Página 12, 2012).

Cuatro aclaraciones son indispensables para analizar esta cuestión: i) el régimen de comunidad es de aplicación supletoria (art. 463 CCyC); ii) existe un piso mínimo común para ambos regímenes de bienes que no se puede desconocer ni excluir por autonomía de los cónyuges, fundado en la protección de derechos de la parte más débil y que involucra la vivienda y asistencia; iii) los desequilibrios e injusticias económicas post-ruptura encuentran resguardo en una nueva figura legal con regulación específica: la compensación económica; y iv) el impacto rupturista del matrimonio igualitario exige a la regulación civil actual un mayor esfuerzo pluralista, las complejidades de la realidad social no se reducen solamente al binomio mujer-varón. Como ha advertido MacKinnon (1987), “reconocer la unión de dos ‘personas’ entre las que no pudiera presumirse superioridad o inferioridad sobre la base del género traería consecuencias asombrosas para la institución matrimonial” (p. 50).

Se trata de una renegociación entre autonomía de la voluntad y orden público que busca brindar mayores márgenes de libertad con garantías de igualdad, solidaridad familiar y responsabilidad. En este sentido,

[e]l principio de libertad y autonomía es uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Código Civil y Comercial de la Nación y no se encuentran argumentos de peso para no permitir que estos principios

aterriren en el campo patrimonial del Derecho matrimonial, dejando de ser casi los únicos ordenamientos jurídicos del globo -juntamente con Cuba y algunos Estados de México- de regular un régimen legal único y forzoso (...) Por otra parte, es conocido el valor pedagógico de la ley; en este marco, cabe destacar que la posibilidad de optar entre los dos regímenes que regula el Código Civil y Comercial, constituye una excelente y clara oportunidad para contribuir en la necesaria deconstrucción de los “estereotipos” fuertemente arraigados en el imaginario social que giran en torno a la mujer: “cuidadora de la casa y los hijos” y económicamente dependiente del hombre; imaginario que cada vez se aleja más de la realidad social; basta con mirar los resultados del censo de 2010 que revelan que cada vez hay más mujeres jefas de hogar (Herrera, 2015a , p. 2).

Es de resaltar que en el mencionado informe elaborado por ELA (2012) se sostuvo que las

modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio, a la unión convivencial, al divorcio y a la responsabilidad para con las personas dependientes, entre otras, tienen consecuencias diferenciadas para varones y mujeres. Las normas propuestas por el proyecto de reforma rescatan la autonomía de la voluntad de las partes y el ejercicio de su libertad y al mismo tiempo aciertan en procurar estándares de protección en atención a las desigualdades sociales que todavía existen en la sociedad actual.

En consecuencia, la regulación que propone el CCyC sobre los bienes en el matrimonio desde una perspectiva de géneros resultaría adecuada al bloque de constitucionalidad federal.

1.b) Divorcio incausado

En cuanto a la ruptura del matrimonio, es importante visibilizar la íntima vinculación entre el divorcio incausado y la perspectiva de géneros. Este tema implica otra renegociación de la clásica distinción entre lo público y lo privado. Corresponde preguntarse si el divorcio con causa no vulneraba el derecho humano a la intimidad y a la vida privada y familiar (art. 19 CN), ya que la autoridad jurisdiccional –un tercero investido

de *imperium*— debía determinar “culpas”; o verificar si las razones que esgrimían los cónyuges en privado para divorciarse eran de peso para hacer lugar a la ruptura matrimonial solicitada; o alegar la existencia de una separación de hecho mínimamente de tres años como prueba de la ruptura no constituían injerencias estatales ilegítimas.

¿Acaso la principal lucha por la emancipación e igualdad de las mujeres no gira en torno a la intromisión estatal en sus vidas, sus cuerpos y las decisiones que adopten al respecto? La respuesta afirmativa se impone (Herrera, 2015a). El matrimonio se celebra de a dos y se sostiene también de manera conjunta; si ya uno de sus miembros no quiere estar más sosteniendo un proyecto de vida de pareja, es poco o nada lo que puede hacer la ley. Más aun, en términos preventivos, obligar a dos personas a seguir casadas contra su deseo podría reforzar situaciones de violencia familiar.

De este modo, el CCyC se centra en las consecuencias y efectos jurídicos del divorcio y no en sus causas, lo cual resulta coincidente con la perspectiva de géneros que busca el empoderamiento de las mujeres, brindando garantías y mecanismos de protección de los sujetos fácticamente más vulnerables en los momentos de crisis y rupturas de pareja, para que puedan ejercer sus derechos sin sufrir violencias de distintos tipos, como la violencia económica o simbólica.

2) *Uniones convivenciales*

El CCyC incorpora a las “uniones convivenciales”, reconociéndose las organizaciones familiares no matrimoniales. El último censo argentino (2010) muestra que del total de personas que viven en pareja, el 61,20 % son matrimonios y el 38,80 % no; es decir que casi 4 de 10 parejas son uniones no casadas. A su vez, en las provincias con mayor índice de pobreza ese porcentaje cambia, verificándose un mayor número de parejas no casadas que casadas. Por ende, “si un Código Civil se preocupa por proteger a los más débiles, es necesario regular un piso mínimo de derechos para las parejas no casadas que, además, son mayoría en los estratos sociales más bajos o desaventajados” (Herrera, 2015a, p. 6). Así, se entrecruzan la perspectiva socioeconómica y la de géneros.

Después de la ruptura de una unión convivencial, las mujeres por lo general son quienes quedan en un mayor estado de vulnerabilidad socioeconómica que, en el marco del silencio legislativo del anterior Código Civil, implicaba un estado de total desprotección jurídica. Algunos jueces/zas habían innovado brindando soluciones coyunturales, mientras que otros/as consideraron que sin ley no podían avanzar (Herrera, 2015a). He aquí la necesidad de que la reforma brindara un piso mínimo de derechos en virtud del tiempo compartido y dedicado al proyecto familiar.

El CCyC regula a las uniones convivenciales como una figura específica con sus propias reglas (arts. 509 a 528). Si bien la regla general es la autonomía de la voluntad, los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión, quienes se deben mutuamente asistencia durante la convivencia y deben contribuir a los gastos domésticos.

Se protege especialmente la vivienda familiar y los muebles indispensables a través de la indisponibilidad e inejecutabilidad relativas, una vez que la unión convivencial se encuentra inscrita en el Registro Civil. Y frente al supuesto de finalización de la unión se prevé la figura de la compensación económica y de la atribución del uso de la vivienda familiar.

3) Responsabilidad parental y cuidado personal: la “coparentalidad”

El leguaje no es neutro, de allí que “la noción de “patria potestad” que remite, indefectiblemente, a la idea del hombre-padre-proveedor, dueño de la casa, de la mujer y de los hijos; de todos ellos bajo la “potestad” y sumisión del “jefe de hogar”, se reemplaza por la idea de responsabilidad parental” (Herrera, 2015a, p. 5). Desde la perspectiva de géneros, en materia de maternidades y paternidades, es dable destacar que la nueva regulación del CCyC tiene como columna vertebral la noción de “coparentalidad” que se estructura sobre la base de los principios de igualdad e interés superior de los niños/as (Fernández et al., 2016, p. 378). Esto se patentiza en los efectos que se desencadenan tras la ruptura de la pareja.

El Código Civil derogado priorizaba a uno de los progenitores por sobre el otro. Por lo tanto, quien ostentaba la “tenencia”¹⁸ del hijo/a cumplía un rol principal en la crianza (en general, las mujeres), restándole al otro progenitor un lugar periférico circunscripto a la comunicación y supervisión (mayormente los varones). El código derogado mantenía la preferencia materna en la “tenencia” de los hijos/as menores de 5 años en el caso de parejas de diverso sexo. Es que ¿las mujeres somos, a priori y en abstracto, con fundamento en la supuesta “naturaleza”, las mejores cuidadoras de los hijos/as? (Herrera, 2015a).

Este régimen no era el que mejor se ajustaba a los derechos humanos, vulnerando el derecho de niños y niñas a tener vínculo con ambos padres/madres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Dicha deuda vino a saldarse a través de la mentada coparentalidad, sistema sostenido en varias legislaciones comparadas¹⁹.

Por otra parte, es importante señalar la salvedad que se realiza en materia alimentaria al establecerse que, sin perjuicio de que el cuidado personal sea compartido, solo si ambos padres/madres tienen ingresos equivalentes opera el principio por el cual cada progenitor se hace cargo de los gastos o erogaciones que se generen mientras cada uno/a esté con el hijo/a (art. 666 CCyC). Brindándose una herramienta legal frente a las disparidades de ingresos que generalmente afectan negativamente en mayor medida a las mujeres.

En suma, el régimen de coparentalidad modifica con enfoque de géneros el fondo desde el cual se aborda la cuestión, contribuyendo a la eliminación desde el sistema jurídico de prejuicios basados en estereotipos y roles tradicionales de género, a fin de romper con el binomio tradicional mujer-cuidadora / hombre-proveedor. Por otra parte, este sistema colabora a prevenir la violencia de género, ya que educar en la

¹⁸ Este concepto “cosificador” de los hijos e hijas es reemplazado en el CCyC por el de “cuidado personal”.

¹⁹ Brasil (Código Civil, art. 1631), El Salvador (Código de Familia, art. 207), Paraguay (Código Civil, art. 70), España (Código Civil, art. 92); Francia (Código Civil, art. 372.2) e Italia (Código Civil, art. 155), etc.

igualdad real y legal constituye un aporte fundamental para una mayor aceptación cultural de la flexibilidad, intercambio y complementariedad de los roles parentales, en consonancia con la CEDAW, la Convención de Belem do Pará y la ley de Protección Integral a las Mujeres.

IV.2.d. La necesaria mirada de los institutos civiles desde los derechos económicos, sociales y culturales: géneros y vulnerabilidades

1) Breves palabras introductorias

Hace tiempo se viene hablando de la incidencia de los derechos humanos “económicos, sociales y culturales” en el derecho civil, especialmente en el derecho de las familias (Gil Domínguez et al., 2006). La igualdad real exige una mirada socioeconómica crítica que implica abordar los institutos civiles sobre la base del principio de solidaridad. Esta perspectiva socioeconómica debe cruzarse con la perspectiva de géneros, ya que generalmente son las minorías de la diversidad sexual y las mujeres quienes se enfrentan a mayores vulnerabilidades en el plano fáctico. Por ello, el CCyC brinda sistemas de protección para disminuir la violencia económica y empoderar a las mujeres. Veamos algunos supuestos.

2) Un camino hacia el reconocimiento del trabajo doméstico y reproductivo: el valor económico de las tareas del hogar

Si bien la obligación alimentaria a favor de los hijos/as recae de manera conjunta en ambos progenitores, quien tras la ruptura queda a cargo del cuidado de los hijos/as cumple tal obligación al realizar las tareas cotidianas (llevar y traer de la escuela, ocuparse de la salud, de la recreación, etc.). Estas tareas, que en la mayoría de los casos suelen realizar las mujeres, tienen un costo económico que debe ser expresamente reconocido por la ley, revalorizándose así el trabajo en el hogar por el que las corrientes feministas vienen reclamando hace años. Así, el artículo 660 del CCyC establece que “las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

En este sentido, a pocos días de la entrada en vigencia del CCyC, el 27/08/2015 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, provincia de Buenos Aires²⁰, se refirió a este articulado en el marco de un reclamo alimentario:

el Código reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado personal del hijo contribuye en especie al cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo. Esta consideración se deriva de la obligada perspectiva de género, por la cual se defiende la idea de que el trabajo en el hogar tiene valor económico y que ello debe estar expresamente contemplado.

3) *Compensación económica*

La figura de la compensación económica constituye una incorporación a la legislación civil y comercial que pretende garantizar los derechos de los integrantes más vulnerables de la pareja (tanto matrimonial como no) frente al desequilibrio económico que pueda generarse tras las rupturas de las uniones.

Se ha dicho con acierto que la compensación económica constituye una herramienta hábil para proteger al cónyuge o conviviente más débil que aún siguen siendo las mujeres (Molina de Juan, 2012). Ya que en los acuerdos de pareja (dado que aún se mantienen ciertos estereotipos, que como vimos el CCyC ayuda a ir modificando) son las mujeres quienes mayormente se retiran del mercado productivo para abocarse a las tareas domésticas, por lo cual las rupturas las dejan en situaciones económicas totalmente desventajosas.

El CCyC regula esta institución existente en tantísimos países (El Salvador, Francia, Alemania, España y Chile, por citar algunos), tanto para el

²⁰ Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/aplican-derecho-transitorio-proceso-alimentos-hijo-menor-edad-nv12518-2015-08-27/123456789-0abc-815-21ti-lpssedadevon>. En el mismo sentido, se pronunció la Cámara de Apelaciones de Familia, 1ª. Circunscripción, de Mendoza (18/9/2015), en autos "Rubio c/ Jofre p/ Alimentos c/ Jofre Roberto Daniel por Inc. Aumento Cuota Alimentaria", disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/valoracion-de-la-actividad-del-progenitor-a-cargo-de-los-hijos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

caso de uniones matrimoniales dentro de los efectos del divorcio (arts. 441 y 442) como para las uniones convivenciales (arts. 524, 525 y 515).

Se trata de una prestación (única o periódica) que tiene por fin compensar un desequilibrio económico manifiesto que tenga como causa la unión y su ruptura. Para su fijación, en coherencia con la perspectiva de géneros, se señalan (entre otros): el estado patrimonial de cada uno/a al inicio y a la finalización de la vida en común; la dedicación brindada a la familia, crianza y educación de hijos/as; la capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo; y la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro miembro de la pareja.

El debate doctrinario abierto gira en torno a si es posible en el caso de las uniones convivenciales, poder pactar de manera anticipada la renuncia a solicitar compensación económica tras la ruptura de la unión. Se entiende que la respuesta se debe encontrar, precisamente, en la obligada perspectiva de géneros, ya que el artículo 515 regula en materia de pactos de convivencia de manera general que “[l]os pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial”. Si la compensación económica constituye una figura en protección al más vulnerable de una relación de pareja y que suelen ser las mujeres, sería imposible de conformidad a esta normativa, renunciar a un derecho que responde a la obligada perspectiva de géneros.

4) Protección de la vivienda

En materia de protección de la vivienda, la perspectiva de géneros también se encuentra presente en el CCyC. Se protege especialmente la vivienda familiar y los muebles indispensables en la unión convivencial y en el matrimonio, tanto durante la unión como tras su ruptura o cese.

Durante la unión se protege a través de la indisponibilidad relativa (requiriéndose el asentimiento del cónyuge no titular o venia judicial supletoria para los actos de disposición del bien) e inejecutabilidad re-

lativa (con la excepción de deudas que hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro).

Luego del cese de la unión (por ruptura o fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja) se protege mediante la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar para dos supuestos: 1) extrema necesidad y situación económica desventajosa para proveerse una vivienda; y 2) cuidado de hijos e hijas. Frente a los cuales suelen ser las mujeres quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, la conexión entre violencia de género y protección de la vivienda es ineludible e indispensable desde la perspectiva de géneros, puesto que a las mujeres que tienen casa donde vivir, les resulta menos difícil adoptar y sostener las decisiones necesarias para poner fin a la violencia que las agobia, y aunque ello no signifique que necesariamente vayan a superar el conflicto, por lo menos les permite un desahogo. No sólo porque disminuye su angustia económica, sino porque las coloca en un lugar de poder que les facilita terminar la relación de pareja sin temor de quedarse en la calle (Molina de Juan, 2015).

En un caso decidido por una Cámara de Apelaciones de la provincia de Jujuy²¹ el 11/11/2015, en el marco de un reclamo de desalojo del conviviente excluido del hogar, se cruzó una doble ponderación de vulnerabilidades sobre la base del derecho a la vivienda de la hija menor de 18 años de edad y de la progenitora víctima de violencia. La Cámara autorizó a la mujer a cargo del cuidado de la niña a residir en el inmueble hasta que esta última cumpla la mayoría de edad y cese la obligación alimentaria de su progenitor, aplicando los mecanismos tuitivos sobre vivienda que establece el CCyC y contemplando la protección de la mujer víctima de violencia.

²¹ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy, Sala 2ª (2016), “S., R. T. c/ C., S. s/ desalojo, RC J 818/16 (Rubinzal Culzoni online).

V. PALABRAS DE CIERRE

Como ha dicho la antropóloga Rita Segato (2003):

sin simbolización no hay reflexión, y sin reflexión no hay transformación: el sujeto no puede trabajar sobre su subjetividad sino a partir de una imagen que obtiene de sí mismo. El discurso de las leyes es uno de estos sistemas de representación que describen el mundo tal como es y prescriben cómo debería ser, por lo menos desde el punto de vista de los legisladores electos (pp. 143-144).

En este sentido, la reciente reforma legislativa civil y comercial argentina constituye una excelente experiencia normativa para mostrar y demostrar el protagonismo que ha tenido la perspectiva de géneros en consonancia con el desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos en las estructuras jurídicas de los estados nacionales. Se trata, a través de normas jurídicas que consagran un “sistema de representación”, de acortar la brecha entre derecho y realidad al plasmar cuan auténticas conquistas, muchas de las luchas de las feministas y los colectivos de diversidad de género.

Por supuesto que el camino es tensional y se inserta en el marco de un conflicto social más profundo y complejo, de allí que todavía quedan más luchas por librar y conquistas por alcanzar, pero aun así, el CCyC argentino ha sido una herramienta legal hábil para empoderar a las mujeres y a las identidades de género constituyendo –en los términos del filósofo del derecho argentino Cárcova que utilizamos al inicio de este trabajo– “un mecanismo de contestación política y cambio social”. Este hecho por sí solo merece ser difundido y analizado para que tantos otros puedan seguir problematizando y construyendo herramientas legales con un fuerte compromiso por la protección de los más vulnerables.

REFERENCIAS

- Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As.: Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- Biswas, A. (2004). La tercera ola feminista: cuando la diversidad, las particularidades y las diferencias son lo que cuenta, *Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México. Disponible en: <http://www.difusion-cultural.uam.mx/revista/sep2004/biswas.html>
- Butler, J. (2001). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. México D. F.: Paidós.
- Cárcova, C. M. (2007). Notas acerca de una teoría crítica de derecho. En *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Dos Santos, M. G. (2016). Deconstrucción e identidad: abordajes feministas de la posmodernidad, *Avatares Filosóficos* (Facultad de Filosofía y Letras, UBA), 3. Disponible en: <http://revistas.filo.uba.ar/index.php/avatares/article/view/1192>
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género [ELA] (2012). Documento presentado ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/146_Natalia_Gherardi_ELA.pdf
- Facio A. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Fernández, S. et al. (2016). Capítulo X – Responsabilidad parental, en Kemelmajer de Carlucci et al. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial*, t. V-B. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Gil Domínguez, A. et al. (2006). Capítulo VII. El impacto del desarrollo de los derechos sociales en el derecho de familia, en *Derecho Constitucional de Familia*, t. II. Buenos Aires: Ediar.
- Herrera, M. (2011). La familia en la Constitución 2020 ¿Qué familia?, en Gargarella R. (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Herrera, M. (2015a). El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género, *Revista La Ley*. Buenos Aires: t. 2015-a, año LXXIX, 33.
- Herrera, M. (2015b). *Manual de Derecho de las Familias*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Jelin, E. (1998). *Pan y Afectos. La transformación de las familias*. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo Introductorio, en Kemelmajer de Carlucci et al. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código civil y Comercial de 2014*. t. I. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci et al. (2015). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*, Id SAIJ: DACF150461. Buenos Aires: Infojus.
- Kornblihtt, A. (2014). Exposición en la *Jornada debate: Los derechos reproductivos en la agenda pública y legislativa*, Facultad de Derecho, UBA. Disponible en: <http://www.comunicarigualdad.com.ar/la-ideologia-conservadora-dominar-los-temas-de-derechos-sexuales-y-reproductivos-en-la-reforma-de-los-codigos-civil-y-penal/>
- Lamm, E. (2015). *El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-comienzo-de-la-persona-humana-en-el-codigo-civil-y-comercial-eleonora-lamm/>
- Lamm, E. y Rodríguez Iturburu, M. (2016). Capítulo VIII. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en Kemelmajer de Carlucci et al. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial*. t. V-A. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Mackinnon, C. (2014), *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Maffia, D. y Cabral, M. (2003). Los sexos son o se hacen. En D. Maffia (Ed.), *Sexualidades Migrantes, Género y Transgénero* (pp. 86-97). Buenos Aires: Feminaria.
- Molina de Juan, M. F. (2012). Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género. *Revista Derecho de Familia*, 57. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Molina de Juan, M. F. (2015). Vivienda. Derecho a la vida. Violencia de género, *Revista La Ley*, AR/DOC/3214/2015, Buenos Aires.
- Napoli, M. M. (2016). Feminismo y democracia radical. Butler, Laclau, Mouffe, Žižek y un debate insuficiente. *Avatares Filosóficos* (Facultad de Filosofía y Letras, UBA), 3. Disponible en: <http://revistas.filo.uba.ar/index.php/avatares/article/view/1191>
- Minyersky, N. (2014). Exposición en la *Jornada debate: Los derechos reproductivos en la agenda pública y legislativa*, Facultad de Derecho, UBA. Disponible en: <http://www.comunicarigualdad.com.ar/la-ideologia-conservadora-domi->

- na-los-temas-de-derechos-sexuales-y-reproductivos-en-la-reforma-de-los-codigos-civil-y-penal/
- Página 12 (2012). “Matrimonios, propiedades y algo más”. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-190748-2012-03-30.html>
- Pitch, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política de la Universidad de Granada*, 44, 435-459. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/515>
- Salituri Amezcua, M. (2014). ¿Razonabilidad o arbitrariedad? Análisis de las exigencias del principio de igualdad y de la garantía de no injerencia estatal arbitraria a raíz de un fallo judicial, *Revista Derecho de Familia* (Buenos Aires), 2014-VI.
- Sánchez Martínez, M. O. (2011). Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?, *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá –Defensor del Pueblo– Cátedra de Democracia y Derechos Humanos.
- Segato, R. L. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia*. 1ª ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.
- Vicente Herrero, F. (2015). Una faceta del derecho a la identidad: el nombre de la persona humana. A propósito de una oportuna resolución administrativa. *Revista Derecho de Familia* (Buenos Aires), 2015-IV.