

DE “IDEOLOGÍA DE GÉNERO” Y TEMORES EMANCIPATORIOS: ALGUNOS APORTES DESDE EL DERECHO DE LAS FAMILIAS ARGENTINO

OF “GENDER IDEOLOGY” AND FEAR OF EMANCIPATORY WINDS: SOME CONTRIBUTIONS FROM THE ARGENTINE FAMILY LAW

Marisa Herrera*

RESUMEN: En América Latina se estaría observando un retroceso en materia de Derechos Humanos, en especial, en lo relativo a la perspectiva de género que de manera peyorativa se la denomina: “ideología de género” a raíz de dos acontecimientos concretos muy alarmantes. En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto reivindicar la obligada mirada de género en la agenda legislativa de la región y a estos fines, se analizan las reformas legislativas acontecidas en el derecho de familia argentino como ejemplo de cambios jurídicos auspiciados por una fuerte crítica hacia el patriarcalismo, en consonancia con los avances en materia de Derechos Humanos en la región.

ABSTRACT: In Latin America, there would be a regression in terms of Human Rights, especially in relation to the gender perspective that is pejoratively called “gender ideology” following two very alarming concrete events. In this context, the present work has the objective of vindicating the obligatory gender perspective in the legislative agenda of the region and for these purposes, the legislative reforms occurred in the Argentine family law are analyzed as an example of legal changes sponsored by a strong criticism towards Patriarchalism, in line with the advances in Human Rights in the region.

PALABRAS CLAVES: Género. Derecho. Reforma Legislativa. Derecho Comparado.

KEYWORDS: Gender. Law. Legislative Reform. Comparative Law.

SUMÁRIO: 1 Por qué defender lo obvio: la perspectiva de género como bandera emancipatoria. 2 Los avances desde la perspectiva convencional regional. 3 Algunas consideraciones generales sobre la revolución legal civil en el Derecho argentino. 4 La figura de la compensación económica: protegiendo al más débil... que suelen ser las mujeres. 5 El valor económico de las tareas del hogar. 6 La noción de “coparentalidad” y responsabilidades conjuntas. 7 Interpelando al género: la gestación por sustitución como figura que no pudo ingresar a la legislación civil contemporánea. 7.1 Palabras introductorias. 7.2 El principio de realidad socio-judicial. 7.3 Algunas consideraciones interesantes en torno a las voces jurisprudenciales. 7.4 Compartiendo las bases de un proyecto de ley de GS elaborado por un equipo de trabajo interdisciplinario que protege a las gestantes. 8 Brevísimas palabras de cierre. Referencias.

1 POR QUÉ DEFENDER LO OBVIO: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO BANDERA EMANCIPATORIA

En la región se observa una oleada conservadora que pretende colocar en tela de juicio todo un camino transitado en materia de género auspiciado por la obligada perspectiva de Derechos Humanos en el que se puso en el centro de la escena las “relaciones sociales de género”, es decir,

“Relaciones que atraviesan las subjetividades y la intimidad, pero también las instituciones y estructuras de la sociedad (...) Sin duda, es en el cuerpo donde se

* Doctora en Derecho pela Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional, Argentina. Investigadora del CONICET. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de Argentina en vigencia desde el 01/08/2015.



presenta la diferencia sexual. Lo que no resulta tan evidente es que las diferencias en los órganos reproductivos (y en las gónadas, cromosomas y hormonas) genere 'naturalmente' un territorio emocional y productivo tan distinto para unos y otras, ni que los cuerpos no estén a su vez filtrados por las normas sociales, e incluso por las prácticas económicas e institucionales. Nuestros cuerpos experimentan y forman parte de las prácticas sociales 'generizadas', pero a priori nada en ellos arrastra una programación esencial ni 'instintiva' sobre maneras de sentir, pensar y actuar. (...) Si una de las contribuciones de la categoría género fue la ruptura del determinismo biológico, otra igualmente significativa fue la comprensión del modo en que la vida social sostiene un andamiaje de múltiples desigualdades. Esto es: el género no trata sólo de nuestra identidad ni de nuestra subjetividad individual, también se expresa en las más vastas relaciones sociales"¹.

Dos hechos acontecidos en la región merecen ser destacados, han llamado la atención de esta autora y allí, auspician el presente ensayo. Se trata de dos hechos puntuales que advertirían el peligro que se podría derivar de un retroceso sobre la necesaria centralidad de la perspectiva de género en la agenda pública de la región con las indudables repercusiones negativas que tendría en diferentes ámbitos, entre ellos, el derecho de familia que hace tiempo ya se lo denomina en plural, derecho de las familias. Ello para dar cuenta de los avances en el reconocimiento sociojurídico de las diversas formas de organización familiar fundado en dos grandes ejes: la revisión crítica de los roles estereotipados de género anclados en la idea tradicional y conservadora de la mujer cuidadora y hombre proveedor, y la orientación sexual e identidades de género como subjetividades que necesitan su espacio en el entramado legal como un verdadero “derecho a la aparición” en palabras de Judith Butler².

Justamente, uno de los primeros hechos de alerta que incentivan este ensayo compromete a la reconocida filósofa post-estructuralista norteamericana Judith Butler a raíz de su visita a Río de Janeiro en noviembre del 2017 quien fuera atacada de manera verbal hasta física en el aeropuerto, además de pretender boicotear su seminario, por un grupo de evangélicos que se estarían posicionando con fortaleza para disputar en el poder en dicho país. Se trata de una campaña de odio pergeñada por movimientos ultraconservadores que se oponen a todos los avances que se han desarrollado en torno a la perspectiva de géneros en plural, no sólo que involucra a la puesta en crisis del patriarcado, sino también, todas aquellas relaciones sociales que se salen del binomio hombre- mujer fundado en el dato biológico. En este sentido,

¹ FAUR, Eleonor. Introducción. In: FAUR, Eleonor (Comp.). *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimiento*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2017, p. 13.

² BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Buenos Aires: Paidós, 2017, p. 30 y ss.

cabe traer a colación la crítica acertada que ha realizado una periodista argentina al comentar el triste suceso acontecido en Río de Janeiro quien comienza una columna de opinión diciendo:

“En las imágenes imprecisas del video de celular, se veía a Judith Butler en el aeropuerto de Rio de Janeiro, a punto de abandonar Brasil. Se iba después de una visita cuya reacción revulsiva, a cargo de activistas de derecha, debe verse como un síntoma y una bisagra. En el video se veían llegar y rodearla a algunos hombres y mujeres con pancartas, gritándole que era una bruja, y que había que quemarla como a una bruja. La escena captura un resorte central del viaje por el tiempo que estamos haciendo, y que nos retrotrae no a hace veinte ni cincuenta años, sino a siglos atrás, a 1789, justo a antes del momento en el que La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano –todavía faltaba mucho para el feminismo, pero esa Declaración le abrió una puerta–, se instituyó en una piedra basal desde la que manó hacia el sentido común del mundo la noción de que todos los hombres tienen iguales derechos. Tres años más tarde fue el turno de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, pero esa equidad todavía está pendiente. Debe tomarse ese agravio a Butler no como algo personal, no como un ataque a sus propios textos y posiciones, sino como un avance de un movimiento reaccionario que nos devuelve al concepto que la humanidad le debe al feminismo: que lo personal es político”³.

Y precisamente, como lo personal es político -¿o acaso las relaciones de familia, el reconocimiento por su mayor amplitud y pluralidad como así la puesta en crisis de un machismo explícito que ha rodeado a las leyes y al derecho en general, no es político?- culmina la periodista su defensa de Butler en los siguientes términos:

“para encontrar un eje de la ofensiva de la derecha autoritaria y retrógada que se autovende como posmoderna y avanza hacia el sur: vienen a decirnos que nos reinstalarán el patriarcado en sus formas más atroces, y que lo harán desde los Estados y las instituciones, con censura y complicidad judicial y periodística. Vienen a decirnos que para restaurar una concepción de castas necesitan empezar por ‘corregir los desvíos’ de las últimas décadas. Y sobre todo nos dicen que no somos todos iguales ante la ley ni tenemos los mismos derechos, que hay algo de diabólico en la libertad, algo sospechoso en la fraternidad y algo tenebroso en la igualdad. Ninguna idea es más oscurantista que ésa”⁴.

El segundo hecho llamativamente peligroso, es la decisión del Ministro de Educación del Paraguay en octubre del 2017 que por resolución dispuso la prohibición de todo material didáctico que comprometa o aluda a la “ideología de género” en el ámbito educativo. Ello ha generado la reacción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuya disposición 208/17 del 15/12/2017⁵ señala su preocupación por esta postura al entender que “La

³ RUSSO, Sandra. “La batalla de la intimidad”, p. 12, 25/11/2017. Disponible en <<https://www.pagina12.com.ar/78295-la-batalla-de-la-intimidad>>. Compulsada el 19/12/2017.

⁴ Ibidem.

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”, 15/12/2017. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>>. Compulsado el 22/12/2017.

medida, adoptada por medio de la Resolución n.º. 29.664, supone un retroceso para los derechos de las mujeres, de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas y de los niñas y niños a recibir una educación libre de estereotipos basados en ideas de inferioridad o de subordinación”; agregándose que “Este tipo de medidas suponen una grave omisión del deber del Estado de proteger a la niñez de toda forma de violencia y de discriminación, en todos los ámbitos, y especialmente en la escuela”. Asimismo, tal como lo resaltó la Relatora sobre los Derechos de la Niñez, Comisionada Esmeralda Arosemena de Troitiño:

“Un gran número de niñas y niños son víctimas de diversas formas de violencia y de acoso (bullying) en las escuelas, en ocasiones basadas en su identidad y expresión de género, y en su orientación sexual, real o percibida. De acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Paraguay, uno de los propósitos de la educación es inculcar el respeto por los derechos humanos y fomentar una cultura de respeto a las diferencias. El propio entorno escolar debe reflejar estos valores y el espíritu de entendimiento, tolerancia e igualdad, en su mismo funcionamiento”.

Por otra parte y de manera expresa, la Comisión considera preocupante que la perspectiva de género sea peyorativamente referida como “ideología de género” siendo que “La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género”. En este sentido, la Relatora de la CIDH sobre los Derechos de las Mujeres, Comisionada Margarette Macaulay, puntualizó que “Los programas educativos con perspectiva de género y de diversidad sexual son indispensables para erradicar los estereotipos negativos, para combatir la discriminación y para proteger los derechos de todas las personas”.

Por último, se señala también en tono de preocupación que la prohibición de enseñanza con perspectiva de género “corresponda a una lectura limitada y estereotipada del concepto de familia, que desconoce los estándares internacionales vigentes en la materia y excluye arbitrariamente las familias diversas, como las formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana”.

Y si de Convención Americana sobre Derechos Humanos se trata, es sabido que su intérprete último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha dado muestra de un gran compromiso por la perspectiva de género y su lugar de relevancia en la agenda interamericana. Algo de ello se sintetiza en el próximo apartado a los fines de reafirmar por qué

el retroceso que supone poner en crisis la perspectiva de género a través de una mirada peyorativa de la “ideología de género”, no solo sería eso, un retroceso, sino que estaría conculcando derechos humanos y modos de interpretar tales derechos que ya habrían pasado su etapa de maduración y consecuente consolidación.

2 LOS AVANCES DESDE LA PERSPECTIVA CONVENCIONAL REGIONAL

La jurisprudencia de la Corte IDH ha receptado y actuado en consecuencia con la fuerza y el impacto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) desde el plano internacional, y la Convención de Belem do Pará en el regional. Como lo ha sintetizado Fernández Valle en un completo artículo en el que se profundiza sobre los avances de la temática de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Tanto la Comisión IDH como la Corte IDH, fueron incorporando un enfoque de género en el análisis de las reglas comunes que rigen la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y en la determinación del alcance de las obligaciones estatales. Han abordado casos que involucran graves situaciones de violencia de género en el ámbito intrafamiliar y en el ámbito más general de las relaciones interpersonales. También han hecho contribuciones para la erradicación de los estereotipos que a menudo orientan la actuación de las autoridades policiales, de las fuerzas de seguridad y de los operadores jurídicos. Asimismo, han dado algunos pasos iniciales para ampliar los límites de sus propios prismas de análisis, de forma tal de no aislar al género de otros vectores de desigualdad, ni de pensarlo únicamente con relación a las mujeres. Todo ello, con una vocación transformadora, que trasciende los casos concretos y se proyecta más allá de ellos”⁶.

10

En esta misma lógica, Saba señala que el debate en torno al significado de la igualdad ante la ley y a su posibilidad de que sea leído desde dos perspectivas de la igualdad: igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento, ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, recuerda que en el resonado caso “González y otras contra México” -más conocido como “Campo Algodonero”⁷-, la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos puso de resalto:

⁶ FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. “Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”. Revista *Argentina de Teoría Jurídica*, v. 17, Marzo de 2017. Disponible en: <https://www.academia.edu/32715796/Aproximaci%C3%B3n_a_las_tem%C3%A1ticas_de_g%C3%A9nero_en_la_jurisprudencia_interamericana>. Compulsada el 22/12/2017.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, 16/11/2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

“el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”; y por ello “el Tribunal considera que en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana” (párrafos 401 y 402).

Párrafo aparte merece el Informe de la la CIDH en el resonado caso Maria a Penha contra Brasil del 16/04/2001 en el que por primera vez, se cita y profundiza sobre la Convención de Belen Do Pará al considerar que el Estado conculca su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas y que ello, no sólo incumple el deber de procesar y condenar, sino también el de prevenir estas prácticas degradantes. En este contexto, cabría interrogarse hasta que punto los Estados no incumplen su deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género si, justamente, no lleva adelante diferentes decisiones estatales (legislativas, ejecutivas y judiciales) que obligan a colocar en el centro de la agenda pública a la perspectiva de género.

Ahora bien, así como en el sistema interamericano se han dado varios avances, no todo es tan lineal ni sencillo y por eso cabe aquí exponer algunas críticas constructivas que muestran la dificultad de salirse de ciertos patrones y roles tradicionales de género, en particular, cuando se trata del binomio mujer- madre. Máxime cuando ello se vincula de manera directa con el campo de estudio que aquí nos interesa destacar como lo es el derecho de las familias.

Nos referimos a una interacción que hace tiempo -y con acierto- ha sido puesto en crisis por la reconocida filósofa feminista francesa Badinter al denunciar que las mujeres carecemos de “instinto maternal”; es decir, que la maternidad como todo vínculo social se construye y no emerge de la “naturaleza”. Sucede, que si toda mujer por el solo hecho de serlo tendría “por naturaleza” “instinto maternal”, no se podría entender la razón por la cual, algunas mujeres no “desean” ser madres y deciden dar a su hijo/a en adopción. ¿Acaso no observar esta cuestión

no atentaría, además, ir en contra de otro principio clave en el ámbito internacional -Convención sobre los Derechos del Niño- e interamericano -Opini3n Consultiva nro. 17/2002- como lo es el interés superior del ni3n⁸?

Veamos, la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012⁹ en el que se debate la cuesti3n de la fertilizaci3n in vitro (FIV) como modo de acceder a la maternidad/paternidad, ha tenido algunas afirmaciones no muy felices o al menos, que generan cierto debate desde esa puesta en crisis de la aludida dupla mujer- madre. Veamos, en esta oportunidad, la m3xima instancia judicial regional puso de resalto que

“La Corte observa que la OMS ha se3alado que si bien el papel y la condici3n de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a trav3s de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia dom3stica, la estigmatizaci3n e incluso el ostracismo” (p3rrafo 296) agreg3ndose que “[e]l modelo de identidad de g3nero es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalizaci3n obedece a determinantes socioecon3micos, pol3ticos, culturales e hist3ricos. Seg3n estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer a3n en nuestros d3as se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminaci3n de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. [...] La capacidad fértil de la mujer es considerada todav3a hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértils o no puede embarazarse, la reacci3n social suele ser de desconfianza, de descalificaci3n y en ocasiones hasta de maltrato. [...] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque [...] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de g3nero y transformada en su destino. El peso de su autculpabilizaci3n aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibici3n de la FIV [...]. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa la autculpabilizaci3n” (p3rrafo 298).

12

⁸ Se dijo con acierto que “El lenguaje es una convenci3n: se construye, se actualiza, se modifica. El feminismo fue contundente al sostener que el uso del masculino como gen3rico oculta la menci3n de lo femenino y, al hacerlo, confirma jerarqu3as en favor de los hombres. El debate no acaba all3 (...) el lenguaje no contempla identidades ambiguas o mixturadas y descarta la intersexualidad de nacimiento de algunos. Actualmente, hay propuestas que abogan por el uso de la arroba, la equis, el asterisco o la e (...) Si bien cualquier de estas variantes puede resultar árida, nuestra decisi3n se inclin3 por reflejar la diversa actualidad en cuanto a modos de nombrar los g3neros (...) Por el momento, nos encontramos ante experimentaciones que podr3n lograr (o no) un consenso efectivo y un reconocimiento por parte de la Real Academia. Entretanto, creemos que la posible incomodidad que esto produzca en alg3n lector o lectora no ser3 menor a la experimentaci3n por quienes nos dedicamos a los estudios feministas debida a la hist3rica omisi3n de las mujeres y de otras identidades en las convenciones lingüísticas y a la rigidez de sus cambios, que lo muestran como un campo de disputas y controversias” (FAUR, Eleonor. *op. cit.*, p. 13 y 14). En este artículo se sigue el mismo desaf3o, de all3 que se apela al uso de la x en cuanto se considere pertinente.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28/11/2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.



Aquí se entiende que la Corte IDH debería preocuparse, justamente, por contrarrestar todos estos estereotipos y no por remarcarlos o profundizarlos al considerar que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en general y a la FIV en especial, involucra y compromete más a las mujeres que a los hombres. El acceso a la maternidad/paternidad no debería ser un derecho “prioritario” para las mujeres, reforzándose un mandato cultural que reafirma el patriarcado y la culpa como elementos estructurales del supuesto deber de ser madres, sino admitir que es un derecho el acceso a formar una familia sin tener que reafirmar los roles estereotipados que en la misma sentencia se critica, pero a la par, se lo coloca como un argumento de peso para hacer lugar la responsabilidad de Costa Rica por impedir el acceso a la FIV.

Por otra parte, si de perspectiva de género y derecho civil se trata, como se pretende ahondar en este ensayo, más precisamente lo relativo al derecho filial, cabe destacar que en el caso Artavia Murillo se agrega: “(...) si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas” (párrafo 299). Esto sí sería un aporte que merece ser destacado, ya que es real que las prácticas de reproducción asistida comprometen, desde el punto de vista físico, más el cuerpo de la mujer que el de los hombres; más aún, en lo que respecta a la donación de material genético, no es lo mismo ser donante de óvulo que de espermatozoides; de allí que sea necesario fortalecer la noción de discriminación indirecta que recepta la propia Corte IDH en este mismo fallo. Para ingresar a la noción de discriminación indirecta, se parte de una diferenciación básica que destaca la Corte, la “diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos” (párrafo 285); y en este contexto se entiende por discriminación indirecta la idea de que “una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas” (párrafo 286).

De manera más reciente, la Corte IDH retoma la mirada de género en el caso “I.V. contra Bolivia” del 30/11/2016¹⁰ ante el planteo de una ligadura de trompas sin el consentimiento de la mujer. En este contexto, se expuso de manera crítica los estereotipos de género que priman en el sector salud, como ser: a) que las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; b) que las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector; y c) que las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo. De manera clara, la Corte resalta que

“el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud (infra párr. 187). Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento” (párrafo 185). Agregándose en el párrafo siguiente que “la Corte ha reconocido que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género”.

¿Cómo inciden -o cómo deberían incidir- todas estas consideraciones provenientes de la jurisprudencia regional en la regulación u orientaciones jurídicas de los Estados que han suscripto la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Aquí se toma como ejemplo la experiencia del derecho argentino centrada en el cruce entre legislación civil y género a raíz de la puesta en marcha el 01/08/2015 del Código Civil y Comercial en el que se pretende compatibilizar la regulación civil, en particular, la referida a las relaciones de familia a la luz del desarrollo y consolidación de la perspectiva de género; siendo importante destacar que además de dicha normativa, en el año 2009 se sancionó la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, lo cual excede con creces el ámbito privado o

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “I.V.* vs. Bolivia”, 30/11/2016. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

doméstico de la violencia para extenderlo al campo público o de las relaciones sociales en general. Este cruce normativo entre la legislación civil y la de violencia de género vendría a reforzar la noción de prevención, como otro elemento clave para el abordaje más profundo y sostenido de la cuestión en estudio. ¿Acaso reafirmar los roles de género tradicionales desde la ley no es funcional a la violencia de género? ¿Colocar a la mujer en el lugar de principal cuidadora del hogar y de los hijos no contradice una de las claves del feminismo como lo es la emancipación y autonomía de las mujeres por contraposición al sometimiento? ¿O no constituye un objetivo básico de todo Estado Democrático alcanzar sociedades más respetuosas del principio de igualdad y no discriminación en razón del género; es decir, más horizontales y no verticalistas, patriarcales y machistas? ¿En qué puede colaborar la legislación civil en este sentido? Esto es lo que se pretende abordar en el presente ensayo a través de diferentes decisiones legislativas que han sido receptadas y/o al menos debatidas en el derecho argentino contemporáneo.

En definitiva, se trata de indagar sobre las virtudes y también limitaciones, del rol de la ley en este arduo camino por alcanzar una sociedad más democrática en el que el principio de igualdad y no discriminación en razón del género no sea una quimera ni una utopía sino una realidad o al menos, que se parezca un poco más a ello. En otras palabras, se trata de estar más cerca de la igualdad real que de la igualdad formal.

Sucede que es sabido que la ley en cuanto “discurso performativo”¹¹, es decir, creador de sentido y construcción de subjetividad, es central; de allí la importancia en ahondar sobre cómo la legislación civil puede ser más o menos respetuosa en términos de género y para ello, se toma como excusa, el desarrollo legislativo acontecido en la Argentina en los últimos tiempos, siendo el ordenamiento jurídico civil más actual y moderno.

¹¹ Precisamente, una de las autoras de mayor reconocimiento en el campo de los estudios de género ha sido la norteamericana Judith Butler, quien se ha referido en tantísimas oportunidades a la “performatividad del género”. Como se trata de una cuestión compleja para poder comprender en un breve espacio, se trae a colación una entrevista que se le hizo a esta autora quien aseveró: “*Hablar de performatividad del género implica que el género es una actuación reiterada y obligatoria en función de unas normas sociales que nos exceden. La actuación que podamos encarnar con respecto al género estará signada siempre por un sistema de recompensas y castigos. La performatividad del género no es un hecho aislado de su contexto social, es una práctica social, una reiteración continuada y constante en la que la normativa de género se negocia. En la performatividad del género, el sujeto no es el dueño de su género, y no realiza simplemente la “performance” que más le satisface, sino que se ve obligado a “actuar” el género en función de una normativa genérica que promueve y legitima o sanciona y excluye. En esta tensión, la actuación del género que una deviene es el efecto de una negociación con esta normativa*” (SABSAY, Leticia. “*Judith Butler para principiantes*”, Suplemento Soy de Página 12, 08/05/2008. Disponible en: <<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-742-2009-05-09.html>>. Compulsada el 22/12/2017).

3 ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REVOLUCIÓN LEGAL CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO

Argentina ha introducido modificaciones sustanciales en su ordenamiento jurídico al receptor un nuevo Código Civil y Comercial, es decir, al animarse a un “dar de nuevo” en materia de derecho civil y comercial a la luz de un texto que debía sufrir armonizaciones estructurales al haber sido interpelado, entre otras tantas cuestiones, por la ley 26.618 que extendió en el 2010 la figura del matrimonio a todas las parejas con absoluta independencia de la orientación sexual y la ley 26.743 de identidad de género, primera regulación a nivel mundial en la que establece que para el cambio de identidad no es necesario recurrir a ninguna operación quirúrgica previa sino que basta con la “identidad autopercebida”¹².

El contexto en el que se edificó se lo sintetiza con la denominación “constitucionalización del derecho civil”, tal como se lo explicitó en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma que es el antecedente directo de este nuevo texto legal. En dicha oportunidad, se puso de resalto:

“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...) Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”¹³.

Se trata, ni más ni menos, de un modo diferente de razonar y pensar el derecho civil y comercial fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el Derecho, siempre teniéndose en cuenta los derechos humanos comprometidos.

¹² De manera precisa, el art. 2 dedicada a la “Definición” expresa: “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (ARGENTINA. Ley 26.743, 2012).

¹³ ARGENTINA. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>>. Consultado el 22/12/2017.

No por nada los dos primeros arts. con los que comienza el Código Civil y Comercial otorgan un lugar privilegiado a los tratados internacionales de derechos humanos. Así, el art. 1 dedicado a las “Fuentes y aplicación” dispone que

“Los casos que este Código rige 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 parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”

y el art. 2 dedicado a la “Interpretación” asevera 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”*.

En este marco, en el presente ensayo se pretende compartir la experiencia argentina al reformar su legislación civil y comercial en lo atinente a cómo, de qué modo, en qué sentido y con qué dimensión o entidad ha receptado la perspectiva de género. De esta manera, siendo esta perspectiva una obligación internacional y regional so pena de incurrirse en responsabilidad en dicho plano, se intenta que esta bocanada de aires renovados provenientes del país más al sur del continente pueda servir de ejemplo para que otras legislaciones puedan avanzar en esta línea auspiciada por la doctrina internacional y regional de derechos humanos y a la par, colaborar en intentar frenar el rebrote conservador que se estaría observando en América Latina.

¿Cuál es el ámbito del derecho civil en el que se observa con mayor precisión y alcance el verse atravesado por la perspectiva de género? Las relaciones de familia. A este ámbito del derecho nos focalizamos en esta oportunidad.

De manera general e introductoria, es dable destacar que el Código Civil y Comercial argentino regula de manera concentrada en el Libro Segundo todas las cuestiones atinentes a las “Relaciones de Familia”. Este libro consta de un total de ocho (8) Títulos en el que se introducen varias figuras nuevas y se modifican de manera sustancial tantas otras. Entre las primeras, se encuentran las uniones convivenciales, el reconocimiento de las TRHA como tercera causa fuente filial compartiendo el escenario con la filiación biológica y adoptiva, y la regulación de ciertos principios básicos relativos a los procesos de familia; por su parte, entre

las instituciones que presentan profundas modificaciones, se ubica el matrimonio, el régimen de bienes, el divorcio, el parentesco, la filiación y la adopción¹⁴.

Estos cambios responden, además de a la mencionada “constitucionalización del derecho civil”, a las leyes de vanguardia receptadas en el ordenamiento jurídico argentino con anterioridad, las cuales fueron delimitando un espectro más amplio y plural en el que debía transcurrir todo proceso de elaboración de un nuevo texto civil. Nos referimos, además de las mencionadas leyes de “matrimonio igualitario” (26.618) e identidad de género (26.743), a las leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (ley 26.061), muerte digna (ley 26.742) o la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (ley 26.862) por citar algunas de las más relevantes y que habrían colocado a la legislación argentina en un lugar de avanzada o de privilegio en comparación con otros países, en especial, los de la región latinoamericana.

Todas ellas muestran cómo ha cambiado la fisonomía del derecho de familia, colocando en jaque la legislación civil en este campo jurídico a tal punto que se considera que sería más adecuado en la actualidad referirse a la existencia de un derecho de las familias en plural¹⁵, que es el terreno que nos interesa focalizar aquí receptando como eje de análisis la perspectiva de género. En este sentido, se puede aseverar sin hesitación alguna que el nuevo Código Civil y Comercial tiene “cara de mujer”.

Se trata, en definitiva, de llamar la atención sobre ciertos y determinados principios y miradas que toda nueva legislación no podría desoír, silenciar o esconder. En este sentido, interesa poner especial énfasis en cómo la perspectiva de género -obligada, por cierto, en

¹⁴ Para tener un panorama general sobre los principales cambios que introduce el Código Civil y Comercial en las relaciones de familia compulsar entre otros: HERRERA, Marisa. “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”. *Revista UCES*, Buenos Aires, 2013, p. 105 y ss.; HERRERA, Marisa. “Familias e identidades: la lógica de los cambios”. *Revista Desafíos*, año 3, n. 4, p. 50-59; HERRERA, Marisa. “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”. *Revista Derecho Privado, Infojus*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, n. 6, Buenos Aires, 2013, p. 109 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 287 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. *Revista La Ley*, 08/10/2014, p. 1 y ss. Cita Online: AR/DOC/3592/2014; HERRERA, Marisa. “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”. *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre)*. *La Ley*, Buenos Aires, 2014, p. 39; DE LA TORRE, Natalia. “La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares”. *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 59, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 131.

¹⁵ HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia; FERNÁNDEZ, Silvia E. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.



atención a los compromisos internacionales y nacionales asumidos hace tiempo y reforzados tras la sanción de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres- está presente con fuerza en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Sucede que la realidad social que imperaba en la época de Vélez Sarsfield allá por 1871, o incluso mucho después, durante la reforma sustancial que observó el Código Civil en 1968 tras la sanción de la ley 17.711 durante la presidencia de facto de Onganía; o ya en plena democracia, como lo fue la ley 23.264 que introdujo importantes modificaciones en el régimen de la filiación y patria potestad en 1985 y años después, en 1987, la ley que introduce el divorcio vincular en el país, todas ellas observaban una fisonomía muy diferente a la actual. La consolidación del acceso de las mujeres al mercado del trabajo, el retraso en la maternidad, los avances en la anticoncepción efectiva y segura, el aumento de la tasa de divorcio y su mayor aceptación y no estigmatización, la expansión de la familia monoparental y otras configuraciones familiares como la familia ensamblada, el reconocimiento jurídico de las llamadas uniones convivenciales, el desarrollo de la biotecnología permitiendo el nacimiento de niños sin el requisito del acto sexual, por señalar algunas consideraciones fácticas elocuentes, transversalizadas por el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación e identidad sexual y el género; hacen evidente la necesidad de contar con un nuevo entretejido legal que dé respuesta a conflictos jurídicos muy diferentes y más complejos a la vez.

¿Está al alcance de un Código Civil receptor todas estas diversidades personales y familiares? ¿Puede colaborar –entre otras tantas cosas- a romper estructuras de dominación de larga data y, de esta manera, colocar en crisis la ruptura binaria: hombre proveedor/ mujer cuidadora –hoy en franca decadencia- cuándo, además, se reconoce que las familias pueden estar encabezadas por dos mujeres o por dos hombres como acontece en el derecho argentino? ¿Puede una nueva legislación civil ser una herramienta hábil para lograr salir de la doble responsabilidad o carga que aún continúan titularizando una gran cantidad de mujeres, quienes llevan sobre sus espaldas el hecho de ser las principales proveedoras y cuidadoras del hogar? Como se puede observar, la redacción de un nuevo texto civil y comercial constituyó una excelente oportunidad para revisar, replantear e incorporar varias de las críticas en términos de igualdad de género, que hace varios años vienen batallando los movimientos feministas y organizaciones sociales comprometidas con los Derechos Humanos. En este sentido, la nueva legislación que rige la vida familiar de los habitantes de la Argentina sigue la misma línea

legislativa –y cultural a la vez- trazada hace ya más de una década, marcada por el sendero de la ampliación e inclusión de derechos humanos acontecida en el país hasta fines del 2015¹⁶.

Para poder comprender con mayor exactitud la línea legislativa adoptada, cabe traer a colación una de las tantas afirmaciones que se esgrimen en los Fundamentos del Anteproyecto en el que se explicitan los valores axiológicos sobre los cuales se edifica esta legislación clave para la vida de las personas, destacándose que se trata de un “código para una sociedad multicultural”, lo cual se lo divisa de manera más precisa al regular las relaciones de familia al aseverarse que

“En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”¹⁷.

20

¿Qué lugar ocupa la mirada de género en esta regulación? Aquí se pretende demostrar a través del análisis de algunas de las instituciones o decisiones legislativas adoptadas, cómo el Código Civil y Comercial ha receptado la obligada perspectiva de género directamente vinculada con otra noción muy actual a la luz del derecho contemporáneo como lo es el de “vulnerabilidad” de conformidad con las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de

¹⁶ Ver entre otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Comparado*, n 10, Derecho de Familia II, Rubinzal Culzoni, 2005-7; HERRERA, Marisa. “Nuevas tendencias en el derecho de familia de hoy. Principios, bases y fundamentos. Primera parte”. *Microjuris online*, Buenos Aires, 2011; HERRERA, Marisa. “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?”. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Constitucionalismo 2020*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p. 85 y ss.; HERRERA, Marisa. “Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la “constitucionalización del derecho de familia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Máximos precedentes. Derecho de Familia. In: HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LLOVERAS, Nora (Directoras). *La Ley*. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2014; GARCÍA LEMA, Alberto M. “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”. *La Ley*, 2014-C, 915; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; DAVICO, María de los Ángeles. “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia”. *La Ley*, 2014-E, 88.

¹⁷ ARGENTINA. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, *op.cit.*

las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizadas en Brasilia en marzo de 2008.

4 LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: PROTEGIENDO AL MÁS DÉBIL... QUE SUELEN SER LAS MUJERES¹⁸

El Código Civil y Comercial recepta o introduce la figura de la *compensación económica*, la cual puede estar presente tanto ante la ruptura del matrimonio¹⁹ como de la unión convivencial²⁰.

¹⁸ Para profundizar sobre esta incorporación al nuevo Código Civil y Comercial compulsar entre tantos otros: BEDROSSIAN, Gabriel. “El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial”. *Microjuris online*; FORTUNA, Sebastián I.; MURGANTI, Ana. “Actualidad en Derecho de Familia 4/2017”. Thomson Reuters, 2017; IRIGOYEN TESTA, Matías. “Compensación económica: aplicación de fórmulas al primer fallo de cámara”, *RDF*, 78-33, 2017; MIZRAHI, Mauricio L. “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones”. *DFyP*, (junio) 2017; MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Compensaciones económicas y derecho transitorio. Donde no hubo derecho no hay acción”. *La Ley*, 2016; MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Compensaciones económicas: un modelo para armar”. *RCCyC*, (marzo) 2017; PELLEGRINI, María Victoria. “Compensaciones económicas: formas de cumplimiento, cuestiones posteriores a su fijación y posible superposición en los casos de uniones que cesan por matrimonio”. *RDF*, 78-5, 2017; ROLLERI, Gabriel G. “Compensación económica entre convivientes”. *RCCyC*, (marzo) 2017; y VENINI, Guillermina. “Compensaciones económicas en la unión convivencial ¿Renuncia sí o no? ¿Previa a la unión o con posterioridad al cese de la convivencia?”. *DFyP*, (agosto), 2017.

¹⁹ ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. ARTÍCULO 441.- *Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.*

ARTÍCULO 442.- *Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.*

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

²⁰ Código Civil y Comercial, 2015. ARTÍCULO 524.- *Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.*

ARTÍCULO 525.- *Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el*

Cabe recordar que en total consonancia con otro principio de derechos humanos como es la libertad y consecuente autonomía, el Código Civil y Comercial abre la posibilidad de que los cónyuges opten entre dos regímenes de bienes: el de comunidad –el único régimen que había regido hasta ahora- y el de separación de bienes. ¿La posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes –lo mío es mío y lo tuyo es tuyo- perjudica a las mujeres? Una lectura rápida y superficial del nuevo Código Civil podría instar a responder que sí, sin embargo, si se profundiza un poco más, fácil se observa que ello lejos es de ser así.

En primer lugar, la complejidad social que rodea el mundo actual permite observar que no todas las mujeres dependen económicamente del marido sino que, en algunas ocasiones, ellas son las principales proveedoras o bien ya cuentan con cierta autonomía patrimonial, lo que suele acontecer en los casos de segundas nupcias por ejemplo. En estas situaciones, podría ser más más protectorio para ellas elegir el régimen de separación de bienes. Por otra parte, y de conformidad con el alto valor pedagógico de la ley; la posibilidad de optar entre dos regímenes es hábil para contribuir a la necesaria de-construcción de “estereotipos” fuertemente arraigados en el imaginario social de la mujer “cuidadora de la casa y los hijos” y económicamente dependiente del hombre; imaginario que no siempre responde a la compleja realidad social actual; basta mirar los resultados del censo de 2010 que revelan que cada vez hay más mujeres jefas del hogar.

Ahora bien, también es sabido que en diversos hogares aún se mantiene el modelo “tradicional”, por lo cual para corregir cualquier tipo de injusticia que pueda derivarse del régimen de bienes, el Código Civil y Comercial incorpora la figura de la compensación económica, la cual opera ante la ruptura de un matrimonio o las uniones convivenciales, siendo en este momento donde las desigualdades reales se hacen sentir. ¿En qué consiste esta nueva institución? Precisamente, en compensar el desequilibrio patrimonial derivado del matrimonio y el divorcio. Por ejemplo, una mujer universitaria se recibe y cuando está haciendo la residencia en medicina, su marido tiene una oportunidad laboral en el exterior; por lo tanto, dejan el país y ella su carrera. Ella lo hace de manera consciente y en total acuerdo con su

estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

marido. Pasan varios años y se divorcian. El hombre al estar inserto en el mercado laboral, recibe un sueldo que le permite afrontar solo las necesidades económicas; la mujer, por el contrario, carece de una fuente de ingresos para cubrir sus gastos. En este contexto, ella podrá solicitar una compensación económica con todo lo que ello significa para alcanzar un piso mínimo de autonomía que le permita seguir adelante tras la ruptura de la pareja.

Desde ya, si bien esta figura está redactada de manera neutra al referirse a los cónyuges (art. 441) o convivientes (art. 524) al ser Argentina el primer país en la región en extender la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo, lo cierto es que en la práctica beneficia a las mujeres que aún siguen conformando núcleos familiares con roles familiares tradicionales o que se mantienen en la lógica mujer cuidadora- hombre proveedor. Además, por el principio de igualdad y no discriminación, nada es óbice para que este tipo de roles clásicos también sean observados en el marco de una pareja conformada por dos mujeres o por dos hombres y en ese caso, la compensación económica, si se demuestran los requisitos para su viabilidad, es posible de ser acordada y ordenada por disposición judicial.

23

5 EL VALOR ECONÓMICO DE LAS TAREAS DEL HOGAR

Sin lugar a duda, de las modificaciones que plantea el Código Civil y Comercial argentino en clave de género, la más evidente era el valor económico de las tareas en el hogar. Ello es resultado de luchas, conquistas y consolidaciones promovidas por los movimientos feministas que con el correr del tiempo, han tenido amplia aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y regional. Como es sabido, esta introducción es un claro reconocimiento a la labor que realizan en la gran mayoría, las mujeres en el hogar²¹.

Si bien es cierto que la obligación alimentaria a favor de los hijos recae de manera conjunta en ambos progenitores, quien tras la ruptura queda a cargo del cuidado de los hijos cumple tal obligación al realizar las tareas cotidianas de la vida del hijo (llevar y traer del colegio, ocuparse de la salud, de la recreación, etc). Estas tareas tienen un costo económico que debe ser expresamente reconocido por la ley, revalorizando el trabajo de la mujer en el hogar. Esto es lo que recepta el art. 660 cuando se refiere a las tareas de cuidado.

²¹ ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. ARTÍCULO 660.- *Tareas de cuidado personal. 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.*



Ahora bien, qué sucede con los alimentos cuando se trata de situaciones de coparentalidad o de ejercicio de la responsabilidad parental conjunta que, como bien se analiza en el próximo apartado, constituye la regla o el régimen legal preferido por el Código Civil y Comercial. Esto también es respondido de manera clara por la normativa civil, dejándose expresado que aunque el ejercicio sea conjunto ello no implica que un progenitor se desentienda de pagar una cuota alimentaria a favor de los hijos tal como lo expone el art. 666 al disponer que

“En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658”.

Sucede que es justamente desde una perspectiva de género emancipatoria, que el reconocimiento de los derechos a favor de las mujeres no puede devenir por el hecho de tener hijos, de allí que se recepta figuras como la mencionada compensación económica y a la par, es necesario ubicar las cuestiones alimentarias en su lugar de obligaciones a favor de los hijos y así es como el art. 666 admite la petición de alimentos cuando los recursos de los progenitores no sean similares y sea en beneficio de los hijos para que mantengan un nivel de vida equivalente en ambos hogares. Esto nada tiene que ver con los alimentos en los casos de matrimonio, separación de hecho o divorcio. En otras palabras, separar los derechos y deberes como padres de los que se reconoce como pareja, ex pareja es importante para determinar bien los derechos en juego.

6 LA NOCIÓN DE “COPARENTALIDAD”²² Y RESPONSABILIDADES CONJUNTAS

De manera general, cabe destacar que el lenguaje no es neutro. Es por ello que el Código Civil y Comercial introduce varios cambios terminológicos que llevan consigo un viraje sustancial en el planteo jurídico o contenido que se propone. Así, 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”. No se trata de una elección fortuita, sino que se sigue el documento sobre “Principios de derecho europeo de familia relativo a la responsabilidad parental” en el loable intento “*de contribuir a la armonización del Derecho de familia en Europa y facilitar aún más la libre circulación de personas en Europa*”²³.

Por otra parte, es una interpretación válida el uso corriente que se le da a un término (conf. Corte IDH en Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, 28/11/2012); en ese marco, cabe destacar que si a las personas se les preguntara qué cree que tiene sobre sus hijos, la mayoría

25

²² Vastísima es el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a esta noción. Como síntesis o acercamiento ver HERRERA, Marisa; FAMÁ, María Victoria. “Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años: De la discriminación inversa hacia la coparentalidad”. *Revista jurídica on line “El Dial”*, 21/09/2005. Disponible em: <www.eldial.com>. Compulsada el 19/12/2017; BASSO, Silvina M. “El ejercicio de la responsabilidad parental en supuestos de divorcio o separación de los progenitores y el ‘interés superior del niñx’”. *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. III, 2013, p. 14 y ss.; BONZANO, María de los Ángeles. “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”. *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. 60, p. 151 y ss.; LLOVERAS, Nora; MONJO, Sebastián. “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”. *La Ley* 2013-E, 1078; GROSMAN, Cecilia. “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”. *RDF*, n. 66, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 227 y ss.; MIZRAHI, Mauricio Luis. “Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial”. *La Ley*, 15/09/2014, p. 1; MOLINA DE JUAN, Mariel F. “El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar”. *La Ley*, 2014-C, 568; MIZRAHI, Mauricio Luis. “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”. *La Ley*, 2013-C, 925; HERRERA, Marisa. “Compartir: Una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)”. *Rubinzal online*, RC D 293/2014. Y a los fines de observar el recorrido que ha tenido en la jurisprudencia confrontar entre otros ARGENTINA. Sup. Corte De Mendoza. Sala I, 08/04/2014, “DYNAF s/ solicita medida conexa s/ inc.”. *La Ley*, 2014-C, 568; CAPEL. en lo Civil, sala B, 26/08/2013, “B. G. M. H. M. y otro c. S. S. J. s/ medidas precautorias”. *La Ley online*, AR/JUR/89589/2013; ARGENTINA. Sup. Corte Bs As. 21/06/2012. “P., L. O. v. R., M.”. *Abeledo Perrot online*, AP/JUR/1922/2012; ARGENTINA. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. 13/05/2009. “B., D. G. c. V., J. R.”. *LLitoral*, (agosto) 2009, p. 813; ARGENTINA. Juz. de Familia n. 1 de Mendoza. 24/02/2014. “B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia”. *La Ley online*, AR/JUR/4912/2014; ARGENTINA. Tribunal Col. de Familia n. 1 de San Isidro. 07/12/2012. “A., G. c. T., C. B. s/tenencia”, Derecho de Familia y de las Personas, (mayo). *La Ley*, Buenos Aires, 2013, p. 43.

²³ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHO HUMANOS. “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad parental”. Disponible en: <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>>. Compulsado el 22/12/2014. Aquí el principio 3:1 se refiere al “*Concepto de responsabilidad parental*” en los siguientes términos: “*La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niñx. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal*”.

no diría una “potestad”, sino una gran “responsabilidad”. Justamente, ese es el concepto que se entiendo más adecuado para denominar al conjunto de deberes y derechos derivados de la relación entre e hijos y la que recepta el Código Civil y Comercial argentino cuyo título VII del Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de familia” referido, precisamente, a la “responsabilidad parental”, derogándose o reemplazándose el perimido concepto de “patria potestad”. Se trata de una modificación en el lenguaje que trae consigo profundos cambios de fondo, dentro de los cuales, por razones de espacio, sólo nos centraremos en uno sólo -y en las consecuencias jurídicas que de éste se derivan-: reconocer la idea de “coparentalidad” como columna vertebral del régimen de ejercicio de la responsabilidad parental. En este sentido, el interrogante que se intentará desentrañar en el presente ensayo gira en torno a qué acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres²⁴.

El Código Civil derogado priorizaba a uno de los progenitores por sobre el otro. Es decir, a quien ostentaba la “tenencia” de su hijo se le otorgaba un rol principal o primordial en su crianza, restándole al otro progenitor un lugar periférico o secundario, circunscripto a la noción de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas, variadas y acertadas críticas.

En primer lugar, la noción de “tenencia” –que el nuevo Código Civil y Comercial sustituye por la de “cuidado personal”- alude más a los hijxs como un objeto (“un trofeo”) que al obligado reconocimiento de ellos como sujetos de derechos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niñx. Por otro lado, cabe recordar que la legislación argentina entonces vigente –aún después de la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario-, mantenía la preferencia materna en la “tenencia” de los hijos menores de 5 años cuando se trata de una pareja de diverso sexo, prioridad que cedía cuando se trata de parejas de igual sexo en el que sólo se debía observar el mejor interés del hijo. ¿Acaso las mujeres somos, a priori y en abstracto, fundado en la supuesta “naturaleza”, las mejores cuidadoras de nuestros hijxs? Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos no sólo perjudicaba a quienes se debía beneficiar en primer término como son los niñxs, sino también a los hombres y a las mujeres. Ello no sucede si la ley recepta un sistema horizontal, en el que no hay un

²⁴ Para profundizar sobre esta cuestión relativa a la relación entre padres e hijos a la luz del principio de igualdad y no discriminación desde la perspectiva regional, se recomienda compulsar HERRERA, Marisa; LATHROP, Fabiola. “Parental responsibility. A comparative study of Latin American legislations”. *International Journal of Law Policy and the Family*. London: Oxford University Press, 2016.

progenitor principal y otro complementario. ¿Acaso la preferencia materna no constituye un mandato social y legal que refuerza el rol de las mujeres- madres con las consecuencias negativas que se deriva de ello en sociedades en el que las mujeres tienen una fuerte inserción en el marco laboral? En otras palabras, este doble rol de mujeres proveedoras y cuidadores o principales responsables de la crianza de los hijxs, en definitiva, constituye una doble carga para las madres quienes llevan adelante ambos roles con culpa.

En este marco revisionista, cabe preguntarse cuál es el mejor sistema legal que cumpliría con el derecho humano de todo niñx a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, de conformidad con las “obligaciones comunes” a las cuales se refiere el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niñx que comienza expresando que *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niñx”*. La respuesta deviene obvia: el régimen de “coparentalidad”. Esto se funda, además de este fuerte argumento o manda constitucional-convencional que impone el mencionado artículo de la Convención sobre los Derechos del Niñx, en otras razones de peso.

Desde el punto de vista realista, cabe destacar que, si mientras los padres convivían bajo el mismo techo, ambos llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijxs, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza; fácil se advierte que esta dinámica no debería ponerse en riesgo porque los adultos pasen a vivir en dos hogares diferentes, excepto situaciones extremas.

Con este sistema que siguen varias legislaciones comparadas²⁵ -incluso aquellas que siempre han sido muy conservadoras como la chilena que en el 2013 introdujo una modificación al Código Civil que incorpora la figura del cuidado personal compartido²⁶- no se duda, que se

²⁵ El ejercicio compartido de la responsabilidad cuando los padres se separan es el principio rector que adopta una gran cantidad de países en el derecho comparado como ser: 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), por citar algunos. En esta misma línea, la ley 29.269 del Perú sancionada en el 2009, introdujo reformas sustanciales al Código de los Niñxs y Adolescentes, observando el texto actual del art. 81: *“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niñxs, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niñx, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niñx, niña o adolescente”*.

²⁶ Expresa el art. 224 del Código Civil en su primer párrafo: *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud*

beneficia todo el grupo familiar y en especial, a los hijos. A ellos, porque la ley les asegura que van a mantener intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque ambos siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad hacia sus hijos, evitando conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas “visitas”, en el que uno de los progenitores se empieza a alejar del hijo y al tiempo deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, con “efecto dominó” que después es muy complejo revertir.

De este modo, el régimen de “coparentalidad” que prima en el derecho argentino hoy, no sólo sería el que más y mejor responde al principio del “interés superior del niño”, sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. Saliéndose del ámbito privado para ingresar a la faz pública –aunque ambas interactúan de manera insoslayable– se reafirma el lugar de la ley como una herramienta hábil de carácter pedagógica y preventiva en el campo del derecho de familia que no es menor.

Así, el régimen legal supletorio que promueve el Código Civil y Comercial es el que mejor responde a la idea de “compartir” las responsabilidades sobre los hijos, ya que no sólo se establece que el ejercicio de la responsabilidad parental debe ser conjunto, sino que el cuidado personal también debe ser compartido, priorizándose la modalidad “indistinta” por sobre la alternada de conformidad con lo previsto en los arts. 650²⁷ y 651²⁸.

Así, el sistema que trae la nueva legislación civil y comercial protege y garantiza a los hijos las condiciones necesarias para su buen desarrollo entendiéndose que ello se logra si se mantiene un trato amplio y fluido con ambos progenitores como acontecía cuando los padres vivían juntos. Es decir, que la ruptura de la pareja impacte lo menos posible en la relación parental.

La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico: su sola expresión y previsión contribuye a que ninguno de los padres se sienta apartado ni excluido por la ley, lo

del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” (según ley 20.680 del 2013).

²⁷ ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. Artículo 650.- *Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.*

²⁸ ARGENTINA. Código Civil y Comercial, 2015. Artículo 651.- *Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.*



cual no es una consideración menor en términos de efectividad de los derechos de niñas y adolescentes y el fuerte compromiso que asume la legislación vigente por verse y asumirse “constitucionalizada”.

Por otra parte, si de género y legislación civil se trata, no se puede dejar de dedicarle un espacio propio a destacar otra virtud que se deriva de receptor un régimen de cuidado de los hijos centrado en la coparentalidad: la prevención de la violencia de género. Nos explicamos. Es sabido que la gran mayoría de los casos de violencia familiar corresponden a situaciones de violencia de género. ¿A qué se debe este preocupante dato de la realidad? A los resabios de una cultura machista, en el que se esperan determinadas conductas, deberes o mandatos por parte de las mujeres, entre ellas, todo lo relativo al cuidado de los hijos. Educar en la igualdad real y legal, en el que se extinga la preferencia materna y el culpabilizar a las mujeres por no cumplir con ese “deber ser”, constituye un aporte fundamental del Código Civil y Comercial a esta lucha aún pendiente por la igualdad de género. ¿Cuál será el impacto de la coparentalidad como regla en la vida de los hijos? Aceptar que la mayor flexibilidad, intercambio y complementariedad de los roles parentales es hábil, a largo plazo, para disminuir los casos de violencia de género, porque los hombres educados en este contexto de mayor igualdad real ni se les va a cruzar la idea de pretender o reclamar ciertos comportamientos de sumisión y servicio por parte de las mujeres, ya que éstos no han sido los principios sobre los cuáles se han educado y criado. Prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género es una deuda pendiente que sólo se puede saldar si se comprende la complejidad del problema y a la par, se reconoce las virtudes y beneficios concretos que pueden aportar leyes de tal envergadura como lo es un código civil.

29

7 INTERPELANDO AL GÉNERO: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO FIGURA QUE NO PUDO INGRESAR A LA LEGISLACIÓN CIVIL CONTEMPORÁNEA

7.1 Palabras Introdutorias

Un lugar destacado en este cruce entre perspectiva de género y conflictivas civiles contemporáneas, merece una figura que aún no ha tenido un gran desarrollo en la región pero sí que lo ha sido en el derecho argentino. Nos referimos a la denominada gestación por

sustitución (GS) como se la denomina en el presente ensayo, pero conocida también bajo otras nociones como ser maternidad subrogado, vientre de alquiler, útero subrogado, etc.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la figura en análisis definiéndola del siguiente modo:

“las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado”²⁹

Es evidente que esta especial TRHA compromete complejas cuestiones que exceden con creces el marco jurídico y desde ya, coloca en tensión e incluso confronta diferentes posturas feministas. Como lo sostiene una autora

“El siglo de la biotecnología se nos presenta como un gran trato fáustico. Vemos ante nosotros el anzuelo de los saltos de gigante y las grandes conquistas, un brillante futuro lleno de esperanza. Pero con cada paso que demos hacia ese ‘mundo feliz’ la ingrata pregunta ‘¿a qué precio?’ nos perseguirá ... Los riesgos que acompañarán el siglo de la biotecnología son, como poco, tan ominosos como seductoros recompensas. Enfrentarnos a la cara luminosa y a la cara oscura de la biotecnología nos pondrá a prueba, a cada uno de una manera”³⁰

30

¿Qué una mujer geste a un niñx para otra persona o pareja constituye una forma de explotación sexual moderna o, por el contrario, un acto que deriva de la libertad de decisión sobre el propio cuerpo y a la par, la puesta en crisis del aforismo “mater semper certa est”? ¿Cuál es el impacto de la separación o desmembramiento entre gestar y ser madre que involucra la figura en análisis? ¿Toda mujer que gesta para otro es un acto de explotación sexual? ¿Toda mujer que gesta para otro es un acto de libertad? Como se verá, a la luz de los debates que se han generado en el derecho argentino, la respuesta no es unívoca, lineal ni sencilla. Sucede que realmente sí hay casos de explotación, pero hay otros tantos en el que la gestante tiene un vínculo afectivo fuerte con los futuros padres al ser un familiar o íntima amiga de ellos. Por otra parte, y en término de fortalezas y debilidades, si bien es cierto que los pretensos padres

²⁹ GLOSARIO de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/>. Compulsado el 14/12/2017.

³⁰ RIFKIN, Jeremy apud VIERA CHERRO, Mariana. *Lejos de París*. Tecnologías de reproducción asistida y deseo del hijo en el Río del Plata. Montevideo: Universidad de la República Uruguay, 2015, p. 24.

suelen tener la fortaleza de lo económico, la gestante tiene también otra fortaleza que es la del útero, por lo cual, la contraposición debilidad y fortaleza es económica pero también podrá ser medida sobre la base de otras variables y el correlato de fuerzas cambiaría.

Esta tensión fue debatida de manera muy acalorada en el derecho argentino a raíz, precisamente, del Código Civil y Comercial cuyo Anteproyecto – su antecedente directo – pretendía regularlo al introducir un articulado que decía:

“Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza” (art. 562 proyectado).

Básicamente, aquí se centró en la necesidad de regular este tipo especial de TRHA al considerar que tanto el silencio legislativo como la prohibición en una realidad social que cada vez se lo observaba con mayor presencia, terminaba siendo peor para todos los involucrados: tanto para la gestante, como los pretendidos padres, incluso para el niño quien al nacer se lo anotaba como hijo de la gestante a pesar de su negativa y de ser cuidado además, por quienes habían prestado la voluntad procreacional, es decir, los que quieren ser padres y que la mayoría de las veces también aportan el material genético.

En este contexto, quienes hemos elaborado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial y pretendíamos la regulación en el modo que se lo proyectaba, brindamos una gran cantidad de argumentos acerca de por qué la importancia de regular y del modo en que se lo proponía, ocupando la cuestión de género un lugar central.

Así, en una oportunidad sostuvimos:

“La posible explotación de mujeres que se encuentran en situaciones desventajosas es una preocupación legítima, pero entendemos que la prohibición o el silencio de la ley lo potencia y, consecuentemente, aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica. En otras palabras, la falta de regulación o la prohibición legal provoca que esta técnica se realice al margen de la

ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias. Regular implica que debe hacerse dentro de ciertos márgenes que disminuyen la posibilidad de abusos e injusticias”³¹.

Además se sostuvo -siguiéndose lo sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso S. H. y otros c. Austria, el 01/04/2010– que “*Los riesgos asociados a estas nuevas técnicas de procreación (explotación de mujeres) deben ser cuidadosamente sopesados*”. “*El potencial abuso de una determinada técnica médica no es motivo suficiente para prohibir en su totalidad, menos aún, cuando existe la posibilidad de regular su aplicación y adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar su ejercicio abusivo*”. Y como último argumento de peso que se expuso en esa oportunidad para fundar las razones del articulado proyectado fundado en la obligada perspectiva de género se aseveró:

“Silenciar o prohibir los acuerdos de gestación por sustitución contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la ‘inevitabilidad del destino biológico’ de la mujer. Muchas estudiosas feministas (Andrews, 1990; Purdy, 1992) celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes.

Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y de los postulados del feminismo es que ‘la biología no debe ser el destino’.

La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de los hombres y las mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos. El mayor papel de la mujer en concebir y gestar no significa que también deban tener mayor responsabilidad en la crianza de los hijos. La evidencia de que la reproducción es una condición del cuerpo de la mujer sobre el que ella debe tener control, ha permitido que las mujeres opten más libremente por llevar una vida con o sin hijos, no quedar embarazadas, etc”.

El articulado proyectado fue quitado durante el trámite parlamentario por presión de dos grupos antagónicos: la Iglesia Católica y voces provenientes del feminismo más radical. ¿Cuál será la razón por la cual a veces los opuestos se asemejan? Más allá de este planteo más complejo que excede con creces profundizar en el presente trabajo, lo cierto es que desde el aspecto formal, se sostuvo en la Comisión Bicameral que

“Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la

³¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, “Por qué sí a la regulación de la gestación por sustitución, a pesar de todo”. *La Ley*, 2012-E, 960.

maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucra un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma”³².

Esta propuesta legislativa frustrada ha sido en el derecho argentino, sin hesitación alguna, un punto de inflexión al colocarse sobre el escenario una realidad social que el derecho no puede esconder o silenciar. Ello es de fácil comprobación, no sólo por la cantidad ascendente de sentencias que abordan esta temática, sino también del interés doctrinario que no sólo se mantuvo, sino que aumentó a pesar de la quita en el iter que ha transitado el Código Civil y Comercial³³; preocupación que ha readquirido un lugar en la agenda legislativa al contar en la actualidad con 5 proyectos de ley provenientes de diferentes partidos políticos a estudio en la Cámara de Diputados.

A continuación, se enumeran y destacan algunas consideraciones en torno a la realidad judicial que ha generado la GS en el derecho argentino y que constituye uno de los temas más álgidos de debate en el derecho contemporáneo.

7.2 El Principio de Realidad Socio-Judicial

Al momento que se redacta el presente trabajo se cuenta con un total de 23 sentencias nacionales de GS, es decir, casos realizados en el país; por lo cual, no se contabilizan los

³² Punto 62 del Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

³³ Ver entre muchos otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora; DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”. *La Ley*, AR/DOC/610/2017; LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia”. *La Ley*, 2016-A, 1210, AR/DOC/4185/2015; BRIOZZO, Soledad. “Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial”. *La Ley*, AR/DOC/3656/2016; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”. *La Ley*, AR/DOC/4217/2015; FAMÁ, María Victoria. “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”. *La Ley*, AR/DOC/3996/2015; JÁUREGUI, Rodolfo. “La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible”. *LL Litoral*, (agosto) 2016, p. 3 y ss.; ZABALETA, Daniela. “Fallos «contra legem»: La gestación por sustitución como causal para impugnar la maternidad y rectificar la partida de nacimiento”. *Microjuris*; KRASNOW, Adriana. “Los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar en la filiación”. In: KRASNOW, Adriana; IGLESIAS, Mariana (Directoras). *Derecho de las Familias*. 1. ed. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2016, p. 197-265.

supuestos -que también existen- de gestaciones realizadas en el extranjero que después se solicita ser inscriptas en la Argentina.

De ese total de 23 sentencias, un total de 6 han sido dictadas antes de la puesta en vigencia del CCyC, y las 17 restante, con posterioridad a dicho hito legislativo. ¿En qué medida y qué impacto jurídico trajo consigo el contar en el Código Civil y Comercial con una normativa que regula la filiación derivada de las TRHA pero no así de la GS? Al respecto, cabe destacar que el art. 562 vigente dispone:

“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

El entramado legal en lo relativo a la determinación de la filiación derivada de las TRHA se completa con los dos artículos vinculados al consentimiento informado, es decir, a la materialización o exteriorización de dicha voluntad en los arts. 560³⁴ y 561³⁵.

Puntualmente, las sentencias pre o anteriores del Código Civil y Comercial han sido las siguientes:

Tribunal	Fecha	Expediente
1) Juzgado de Familia de Gualeguay	19/11/2013	“B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario” ³⁶
2) Juzgado Nacional en lo Civil N° 86	18/06/2013	“N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento” ³⁷
3) Tribunal de Familia de Rosario N° 7	02/12/2014	“F. M. L. y otra s/Autorización judicial” ³⁸

³⁴ “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

³⁵ “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

³⁶ ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú. “B., M. A. c. F. C., C. R.”. 14/04/2010. *La Ley online*, AR/JUR/75333/2010; ARGENTINA. Juzgado de Familia de Gualeguay. “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. 19/11/2013. *Microjuris online*.

³⁷ ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 86. “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”. 18/06/2013. *Microjuris*.

³⁸ ARGENTINA. Tribunal de Familia n. 7 de Rosario. “F.M. L y otra s/autorización judicial”. 2/12/2014. *La Ley*, AR/JUR/90178/2014.

4) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 102	18/05/2015	“C., F. A. y otro c/R. S., M. L. s/Impugnación de maternidad” ³⁹
5) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 83	30/06/2015	“N. N. O. s/Inscripción de nacimiento” ⁴⁰
6) Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza	29/07/2015	“O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva” ⁴¹

Y las sentencias posteriores a la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial:

TRIBUNAL	FECHA	EXPEDIENTE
7) Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza	15/12/2015	“C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento” ⁴²
8) Juzgado de Familia Nº 9 de San Carlos de Bariloche	29/12/2015	“Dato reservado Expte. Nº 10.178 14” ⁴³
9) Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora	30/12/2015	“H. M. y otro/a s/Medidas precautorias” ⁴⁴
10) Tribunal Colegiado de Familia Nº 5 de Rosario	27/05/2016	“S. G. G. y otros s/Filiación” ⁴⁵
11) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 7	23/05/2016	“A. R., C y otros c/ C., M. J. s/Impugnación de filiación” ⁴⁶
12) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4	30/06/2016	“S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento” (sentencia no firme) ⁴⁷

35

³⁹ ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 102, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”. 18/05/2015. *Abeledo Perrot*: AR/JUR/12711/2015.

⁴⁰ ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 83. “NN O, s/inscripción de nacimiento”. 30/06/2015. *DFyP*, AR/JUR/24326/2015, 2015.

⁴¹ ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. “A. V. O., A. C. G. Y J. J. F”. 29/07/2015. *La Ley*, AR/JUR/28597/2015.

⁴² ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. “C.M. E. Y J. R. M. POR INSCRIP. NACIMIENTO”. 15/12/2015. Disponible en: <<http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>>. Compulsada el 14/12/2017.

⁴³ ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 9 de San Carlos De Bariloche. “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14”. 29/12/2015. *Infojus*, NV1385. Disponible en: <<http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrión-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpsedadevon>>. Compulsada el 14/12/2017.

⁴⁴ ARGENTINA. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. “H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)”. 30/12/2015. *Microjuris*.

⁴⁵ ARGENTINA. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. “S G G. y OTROS S/ FILIACION”. 27/05/2016. *La Ley*, AR/JUR/37971/2016.

⁴⁶ ARGENTINA. Juzgado Nacional Civil n. 7. “A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación”. 23/05/2016. Disponible en:

<https://www.google.com.ar/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiShJH-7orYAhWITZAKHWMtBSgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.colectivoderechofamilia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F11%2FPoder-Judicial-de-la-Naci%25C3%25B3n-JUZGADO-CIVIL-7_Gestaci%25C3%25B3n-por-sustituci%25C3%25B2n.docx&usg=AOvVaw16duE13bew_76y1WWvbRZJ>. Compulsado 14/11/2017.

⁴⁷ Este fallo se encuentra a estudio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de la redacción del presente artículo.

13) Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno	04/07/2016	“S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar” ⁴⁸
14) Juzgado Nacional en lo Civil N° 8	20/09/2016	“B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación” ⁴⁹
15) Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín	22/08/2016	“M., I. M. y otro s/autorización judicial” ⁵⁰
16) Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora	03/10/2016	“G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida” ⁵¹
17) Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora	30/11/2016	“B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar” ⁵²
18) Juzgado Nacional en lo Civil N° 81	14/06/2017	“S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación” ⁵³
19) Juzgado de Familia N° 5 de Viedma	07/07/2017	“Reservado s/ Autorización Judicial” ⁵⁴
20) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	06/09/2017	“M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfactivas” ⁵⁵
21) Juzgado Nacional en lo Civil N° 4	20/10/2017	“S. T., V. s/inscripción de nacimiento” (sentencia no firme) ⁵⁶
22) Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba	22/11/2017	«R., L. S. y Otros – Solicita Homologación» ⁵⁷
Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario	05/12/2017	“H., M.E. Y Otros S/ Venias y dispensas” ⁵⁸

⁴⁸ ARGENTINA. Juzgado Unipersonal de Familia n. 2 de Moreno. “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”. 4/07/2016. *La Ley*, AR/JUR/42506/2016.

⁴⁹ ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 8. “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”. 20/09/2016. Disponible en: <<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>>. Sompulsado el 14/11/2017.

⁵⁰ ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 3 de General San Martín. “M., I. M. y otro s/autorización judicial”. 22/08/2016. *La Ley*, AR/JUR/70743/2016.

⁵¹ ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 12 de Lomas de Zamora. “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”. 03/10/2016, inédito.

⁵² ARGENTINA. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”. 30/11/2016. *La Ley*, AR/JUR/85614/2016.

⁵³ ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 81. “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”. 14/06/2017. *La Ley*, AR/JUR/37036/2017.

⁵⁴ ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 5 de Viedma. “RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)”. 7/07/2017. *La Ley*, AR/JUR/39473/2017.

⁵⁵ ARGENTINA. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. “M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas”. 06/09/2017, inédito.

⁵⁶ ARGENTINA. Juzgado Nacional en lo Civil n. 4. “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”. 20/10/2017, inédito.

⁵⁷ ARGENTINA. Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba. “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación”. 22/11/2017. Disponible en: <<http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821>>. Compulsado el 14/11/2017.

⁵⁸ ARGENTINA. Tribunal Colegiado de Familia n. 7 de Rosario. “H., M.E. Y Otros S/ Venias y dispensas”. 05/12/2017, inédito.

Fácil se puede observar de ambos cuadros que la realidad se impone e interpela cada vez de manera más elocuente a los operadores jurídicos y, en definitiva, al poder legislativo que es el ámbito que debería brindar una respuesta concreta a esta laguna legal y la consecuente inseguridad jurídica como afectiva y social que ello trae consigo. A tal punto, que en la sentencia del 06/09/2017, el juez en su fallo dispone como uno de los puntos de su resolución

“exhortar al Congreso de la Nación a fin de evaluar la posibilidad de regular y legislar sobre la gestación por sustitución, debiendo a tales efectos, considerar la sugerencia de la Doctora Eleonora Lamm en sentido de dar tratamiento a los proyectos de gestación por sustitución presentados (exptes. 5759-D-2016 (Dip. Rach Quiroga), 5700-D-2016 (Dip. Araceli Ferreyra y otros), 3202-D-2017 (Dip. Lipovetsky) y 3765-D-2017 (Dip. Carrizo) a los efectos de contar con una decisión legislativa en el menor tiempo posible y en su caso, arbitrar los sistemas de política pública correspondientes”⁵⁹.

7.3 Algunas consideraciones interesantes en torno a las voces jurisprudenciales

Una rápida y breve lectura sobre este desarrollo jurisprudencial es hábil para esgrimir algunas consideraciones generales y centrales para conocer cuáles son los principales dilemas que presenta la GS en el derecho argentino a través de la realidad judicial.

Desde el plano comparativo entre dos momentos legislativos bien diferentes, antes y después de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, se puede destacar que todos los casos planteados con anterioridad a este hito normativo, involucraba a parejas heterosexuales en el que además, cada uno de los miembros de la pareja aportaban su material genético, es decir, se trataba de situaciones de GS homóloga en el que el ADN coincidía con quienes prestaban el correspondiente consentimiento informado. ¿Cuál era la razón de ello? Ante el silencio normativo y la falta de regulación expresa y autónoma de la filiación derivada de las TRHA, se resolvían este tipo de conflictos apelándose a las reglas de la filiación por naturaleza en el que el ADN tiene un fuerte valor, a diferencia de las TRHA que pueden ser homologas pero también heterólogas (material genético de un tercero), siendo que a los fines del vínculo filial lo único que interesa es la voluntad procreacional debidamente exteriorizada y no presunta, no así si tal manifestación se condice con el material genético aportado al proceso de reproducción asistida.

⁵⁹ Tal es el grado de avance en la Cámara de Diputados que desde la fecha de este fallo hasta el momento en que se redacta el presente artículo se presentó un quinto proyecto de ley, 5141-D-2017 en fecha 26/09/2017.

Por el contrario, las sentencias dictadas con posterioridad al Código Civil y Comercial observan una mayor riqueza o variedad de situaciones fácticas. Algunos casos también comprometían GS de carácter homólogas pero en otras, heterólogas en el que el óvulo provenía de un banco pero jamás de la propia gestante. De este modo, todos los supuestos presentados en la justicia argentina son de gestantes “puras”, o sea, nunca gestantes-aportantes, siguiéndose la línea legislativa propuesta en el Anteproyecto y que como se advierte, delineó las prácticas en el derecho argentino. También se presentaron casos de parejas del mismo sexo conformadas por dos hombres en el que uno de ellos aportaba el semen y el óvulo como se dijo, provenía de un banco. Por lo tanto, el Código Civil y Comercial al regular de manera expresa las TRHA como una tercera causa fuente filial con reglas propias y cuya determinación de la filiación está marcada por la dupla voluntad procreacional- consentimiento informado, animó a otras parejas que tenían que salirse de la filiación homóloga a recurrir también a la GS.

Por otra parte, merece destacarse las diferentes vías procesales que se fueron presentando desde el 2013, año en el que yace la primera sentencia de GS en Argentina, hasta la fecha, 2017. Los primeros casos se centraban en acciones de impugnación de la maternidad y por ende, la determinación de la maternidad lo había sido a favor de la gestante y ahí los comitentes, requirentes o quienes quieren ser padres, iniciaban una acción judicial para extinguir ese vínculo filial entre la gestante y el niño para que la filiación quede determinada por orden judicial a favor de quienes tenían y habían exteriorizado la voluntad procreacional. Este tipo de proceso observaba algunas dificultades, en particular, el tiempo que insumía al tratarse de una acción ordinaria y además en el mientras tanto, el niño se encontraba inscripto a nombre de quien no quería tener ningún vínculo jurídico con éste: la gestante. Al tiempo se fueron ensayando otras vías judiciales como ser la declarativa de certeza o medidas autosatisfactiva con la misma finalidad, desplazar a la gestante como madre jurídica del niño nacido por GS. Ahora bien, las acciones más interesantes fueron aquellas que se plantearon en un estadio anterior al nacimiento del niño y ellas fueron de dos tipos: 1) acciones contra el registro civil esgrimidas durante el embarazo para que el niño cuando naciera no se inscribiera a nombre de la gestante sino de quienes expresaron su voluntad procreacional en el correspondiente consentimiento informado; y 2) autorizaciones judiciales previas para que, precisamente, la justicia autorizara la técnica de GS y así, tanto la gestante como los requirentes tuvieran la consecuente tranquilidad de que cuando el niño naciera la determinación filial se haría a favor de aquellos últimos. Más aún, que todo el proceso de GS que implica de por sí un



tratamiento -o varios- de FIV, sea llevado a cabo bajo la tranquilidad del conocimiento y anuencia judicial. Estas peticiones de autorizaciones judiciales previas a la realización de la GS o precisamente, para llevar adelante este procedimiento, han involucrado pedidos iniciados por parejas de diverso como de igual sexo, admitiéndose el pedido correspondiente en todos los 5 casos que se han presentado en la jurisprudencia argentina hasta la actualidad.

Otra consideración que debe ser puntualizada gira en torno a la altísima aceptación de la figura de la GS a la luz de las decisiones judiciales existentes hasta la actualidad. Del total de 23 fallos, en todos se hizo lugar a la GS con excepción de dos oportunidades que compromete a la misma pareja de varones que pasaron por dos procesos de GS, el primero del cuál nacieron mellizos y el segundo un niño. Ambas situaciones contaron con la resolución favorable en primera instancia y después fue apelada por el asesor de menores, llegando el caso de los mellizos a la máxima instancia judicial del país y que aún sigue a estudio, presumiéndose que el segundo caso seguirá los mismos pasos. ¿Qué actitud tomará la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, por un lado, en otras 21 oportunidades anteriores se hizo lugar y quedaron firmes sentencias a favor de la GS y, por el otro, la tardanza en poner fin a la contienda lleva consigo que la pareja de hombres que pretende ser reconocida como co-padres forjan el vínculo afectivo o identidad dinámica cada día con mayor fuerza?

Como cierre de este apartado tendiente a indicar algunas de las principales connotaciones que genera la figura de la GS en el derecho argentino desde el crisol del desarrollo jurisprudencial que ha sido muy variado y de gran riqueza, cabe señalar otra sentencia que está por fuera de la enumeración realizada más arriba, ya que alude a una acción colectiva por parte del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en alianza con la Federación Argentina LGBT, por el cual se pretende que en los casos de GS se proceda igual a inscribir a los niños nacidos de manera provisoria en el registro civil a favor de quién o quiénes prestaron la voluntad procreacional debidamente materializada en los consentimientos informados hasta que se resuelva en la justicia cualquier tipo de contienda. La razón de ello es que en todos los casos en los que interviene la justicia, en el mientras tanto, los niños carecen de inscripción con la correspondiente violación a varios derechos humanos derivado de ese no lugar desde el punto de vista jurídico, ya que una persona que no está inscrita en un registro civil no tiene identidad alguna con lo que ello significa. Nos referimos al caso resuelto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires en fecha 04/8/2017⁶⁰, en el que se hizo lugar a la acción de amparo colectivo al considerar -entre tantos otros argumentos- que

“el derecho a la identidad es básico y fundamental en el ejercicio de otros derechos. En efecto, la falta de inscripción y el otorgamiento del respectivo documento de identidad, no sólo impide acreditar quién es uno, sino el derecho de acceso a las prestaciones médicas, a la educación, a los beneficios de la seguridad social, entre muchos otros. Consecuentemente, preciso es tenerlo por configurado”.

Tras este fallo, el Registro Civil del mismo ámbito territorial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó una resolución el 13/10/2017⁶¹ en el que se dispone

“Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo”.

7.4 Compartiendo las Bases de un Proyecto de Ley de GS Elaborado por un Equipo de Trabajo Interdisciplinario⁶² que Protege a las Gestantes

Como se adelantó, en la Cámara de Diputados de la Nación se han presentado hasta el momento de elaborar el presente artículo, un total de 5 proyectos de ley. Aquí comentamos uno sólo de ellos, no sólo porque se ha formado parte del equipo que lo redactó, sino porque además se considera que es el más completo y el que mayor profundiza sobre la temática en comparación con los otros proyectos⁶³. Por otra parte, y en un ensayo dedicado a la perspectiva de género no puede faltar, el proyecto que se sintetiza a continuación es el único que realmente protege a las gestantes ya que si bien en la mayoría de los casos de GS nacional se trataba de

⁶⁰ ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala I. Secretaría Única. “Defensor Del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros C/ GCBA y Otros S/ Amparo”. 10/08/2017. Microjuris.

⁶¹ ARGENTINA. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disposición n. 93-DGRC/17. Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf>. Compulsado 14/11/2017.

⁶² Por CATRHA (Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Asistida) que está integrado por profesionales de la medicina especializados en la temática de la SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva), integrantes de las principales organizaciones de la sociedad civil de pacientes y abogadas de un proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires dedicado al estudio de las TRHA.

⁶³ En realidad, en comparación con otros 3 proyectos ya que el proyecto presentado por la diputada Carla Carrizo (3765-D-2017), es una copia casi exacta del proyecto que aquí se sintetiza.

vínculos de afectos genuinos entre gestantes y futuros progenitores, ello puede no ser siempre así y la ley debe estar, precisamente, para proteger a los más débiles. Máxime en un país en el que las políticas neoliberales están produciendo consecuencias nefastas en la calidad de vida de los ciudadanos y por lo tanto, este tipo de acciones podrían ser vistas como un modo de salir o enfrentar situaciones de clara vulnerabilidad socioeconómica.

El proyecto de ley 5759-D-2016 se presentó a fines de agosto del 2016 y, básicamente, se estructura sobre los siguientes ejes⁶⁴:

- a) Se recepta, en la misma lógica que lo hacía el art. 562 consignado en el Anteproyecto que después fue quitado del texto aprobado, un proceso judicial previo tendiente a lograr que el juez que entiende en los procesos de familia o que resuelve conflictos derivados de las relaciones de familia, autorice esta especial práctica médica de reproducción asistida.
- b) Se establece una serie de requisitos a ser evaluados para ser gestante como ser: a) Tener plena capacidad civil. b) Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862. c) No aportar sus gametos, d) No haberse sometido a un procedimiento de GS más de dos (2) veces, e) Haber dado a luz y tener un (1) hijx propio. f) Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. g) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.
- c) También una cantidad de previsiones para evaluar a los comitentes, requirentes o quienes pretenden ser progenitores como ser: a) Tener plena capacidad civil. b) El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. c) Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual. d) Tener un plazo mínimo de cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, en la misma lógica que sucede

⁶⁴ Para profundizar sobre esta iniciativa legislativa se recomienda compulsar: HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”. *La Ley*, 03/11/2016; y BRIOZZO, Soledad. “Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial”. *La Ley*, AR/DOC/3656/2016.

- en la Argentina con la adopción, siendo que se pretende evitar el denominado “turismo reproductivo” para que personas o parejas extranjeras viajen a la Argentina a los fines de realizar un procedimiento de GS. e) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa. f) Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.
- d) De manera general, se reitera un principio básico como lo es el de igualdad y no discriminación en el art. 3 proyectado que expresa: *“No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria”*.
- e) El juez debe autorizar el procedimiento de GS cuando: a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño que pueda llegar a nacer a través de esta técnica. b) El equipo multidisciplinario ha dictaminado en forma favorable. c) La gestante y el o los comitentes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la GS. d) Constate el lazo afectivo previo entre la gestante y el o los comitentes de conformidad con lo previsto en el art. 3. e) Consultado el registro de gestantes previsto en el art. 12 se constate el requisito establecido en el art. 6 inc. d. Se establece la creación de un registro a los fines de controlar el máximo de dos veces que el proyecto habilita a una persona para ser gestante, como un elemento central para la protección real de esta persona en situación de vulnerabilidad. f) Se deja en claro que el vínculo filial se crea entre el niño que pudiera nacer y el o los comitentes, es decir, que la gestante no es madre desde el punto de vista jurídico con todo lo que ello significa. g) Se reafirma el derecho a la información de los niños nacidos por este tipo de práctica médica que, además de lo previsto en los arts. 563 y 564 del CCyC, cuando se trata de una GS heteróloga, también se reconoce el derecho a conocer los orígenes gestacionales y el consecuente acceso al expediente judicial. h) Se propone modificar la ley 26.862 para que la cobertura médica se extienda a los supuestos de GS.



- i) Se propone modificar el Código Penal a los fines de sancionar cualquier intermediación (realizada a través de una persona física o jurídica) en el proceso de GS.

Como se puede advertir, el proyecto de ley receipta varios de los avances, debates, intercambios y movilizaciones que ha generado el tema desde que el entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial se animó a colocar sobre el escenario una situación compleja que el derecho no debería silenciar u omitir, so pena de conculcar derechos humanos de todos los integrantes de un proceso de GS.

8 BREVÍSIMAS PALABRAS DE CIERRE

Este panorama sobre algunas de las principales modificaciones que observa el Código Civil y Comercial argentino y una que fue dejada en el camino durante su debate parlamentario, a la luz de la obligada perspectiva de género muestra, no sólo la cantidad sino la calidad o profundidad de los avances legislativos logrados, como así también, de la profundidad que implica atravesar una gran cantidad de temáticas desde el tamiz del género.

El Civil y Comercial tiene una lógica interna fácil de ser desentrañada y que se sustenta en los principios de igualdad y no discriminación, libertad, intimidad y autonomía personal. Principios todos ellos que se derivan de la doctrina internacional de los Derechos Humanos la que es, de por sí, de carácter laica porque está estructurada por fuera de cualquier dogma o cánones religiosos.

Como bien lo ha expresado la jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la comisión de reforma que elaboró el Anteproyecto –base o antecedente del nuevo Código–: *“Las personas que hemos trabajado en el Proyecto hemos mirado lo que sucede a nuestro alrededor; hemos conservado todo lo bueno que el Derecho de Familia tiene en la Argentina, y hemos intentado cambiar los puntos que, en nuestra opinión, lejos de dar solución a los casos, complican el sistema jurídico. Los hicimos con el convencimiento de que no debemos permanecer detenidos en el tiempo, puesto, en tal caso, corremos el riesgo de*

transformarnos en estatuas, a la manera de la mujer de Lot, quien en vez de mirar al futuro y hacia adelante, prefirió mirar al pasado y hacia atrás”⁶⁵.

En definitiva, la perspectiva de género ocupa un merecido lugar, de privilegio, en el Código Civil y Comercial argentino. No hay duda alguna que este texto tiene -y en buena hora- “cara de mujer”. Y la razón de ello descansa, en definitiva, en una clara idea expresada por Butler a quien aquí se pretende reivindicar: “(...) *lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya existe, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del ‘quien’, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal les incluya*”⁶⁶. Esta noción de lo “universal” que se sale la perspectiva clásica, es la que permite colocar al género en un lugar de relevancia, pretendiéndose que se pueda ocupar ese quién y que como mujeres -con todas sus diferencias- estén incluidas.

¿Puede la ley civil, la más tradicional de las legislaciones codificadas, receptar esta mirada más compleja, inclusiva y emancipatoria a la vez del género en su elaboración, formación, estructura y finalidad? La experiencia argentina podría servir de ejemplo o como punta de partida para una necesaria revisión crítica en un momento en el que se deben redoblar los esfuerzos para contrarrestar una ola conservadora en la que se pretende construir un enemigo: “la ideología de género” para seguir siendo cuidadoras, sumisas y calladas, acciones que se contraponen absolutamente, con la doctrina internacional de los Derechos Humanos.

44

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú. “B., M. A. c. F. C., C. R.”. 14/04/2010. *La Ley online*, AR/JUR/75333/2010.

_____. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala I. Secretaría Única. “Defensor Del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros C/ GCBA y Otros S/ Amparo”. 10/08/2017. Microjuris.

_____. Código Civil y Comercial, 2015.

⁶⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado. (Por qué no al maquillaje)”. *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2013.

⁶⁶ BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010, p. 270.

_____. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>>. Compulsado el 22/12/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. 24/02/2014. “B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia”. *La Ley online*, AR/JUR/4912/2014.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. “A. V. O., A. C. G. Y J. J. F”. 29/07/2015. *La Ley*, AR/JUR/28597/2015.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. “C.M. E. Y J. R. M. POR INSCRIP. NACIMIENTO”. 15/12/2015. Disponible en: <<http://colectivoderechofamilia.com/familia-juzgado-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>>. Compulsada el 14/12/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 1 de Mendoza. “M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas”. 06/09/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 3 de General San Martín. “M., I. M. y otro s/autorización judicial”. 22/08/2016. *La Ley*, AR/JUR/70743/2016.

_____. Juzgado de Familia n. 5 de Viedma. “RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)”. 7/07/2017. *La Ley*, AR/JUR/39473/2017.

_____. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”. 30/11/2016. *La Ley*, AR/JUR/85614/2016.

_____. Juzgado Familia n. 7, Lomas de Zamora. “H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)”. 30/12/2015. *Microjuris*.

_____. Juzgado de Familia n. 9 de San Carlos De Bariloche. “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14”. 29/12/2015. *Infojus*, NV1385. Disponible en: <<http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrion-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon>>. Compulsada el 14/12/2017.

_____. Juzgado de Familia n. 12 de Lomas de Zamora. “G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida”. 03/10/2016.

_____. Juzgado de Familia de Gualeguay. “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. 19/11/2013. *Microjuris online*.

_____. Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba. “R., L. S. y Otros – Solicita Homologación”. 22/11/2017. Disponible en: <<http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1821>>. Compulsado el 14/11/2017.

_____. Juzgado Nacional Civil n. 7. “A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación”. 23/05/2016. Disponible en:

<https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiShJH-7orYAhWITZAKHWMtBSgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.colectivoderechofamilia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F11%2FPoder-Judicial-de-la-Naci%25C3%25B3n-JUZGADO-CIVIL-7_Gestaci%25C3%25B3n-por-sustituci%25C3%25B2n.docx&usg=AOvVaw16duE13bew_76y1WWvbRZJ>. Compulsado 14/11/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 4. “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”. 20/10/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 8. “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”. 20/09/2016. Disponible en: <<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>>. Sompulsado el 14/11/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 81. “S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación”. 14/06/2017. *La Ley*, AR/JUR/37036/2017.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 83. “NN O, s/inscripción de nacimiento”. 30/06/2015. *DFyP*, AR/JUR/24326/2015, 2015.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 86. “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”. 18/06/2013. *Microjuris*.

_____. Juzgado Nacional en lo Civil n. 102, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”. 18/05/2015. *Abeledo Perrot*: AR/JUR/12711/2015.

_____. Juzgado Unipersonal de Familia n. 2 de Moreno. “S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar”. 4/07/2016. *La Ley*, AR/JUR/42506/2016.

_____. Ley 26.743, 2012.

_____. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disposición n. 93-DGRC/17. Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf>. Compulsado 14/11/2017.

_____. Sup. Corte Bs As. 21/06/2012. “P., L. O. v. R., M.”. *Abeledo Perrot online*, AP/JUR/1922/2012.

_____. Sup. Corte De Mendoza. Sala I, 08/04/2014, “DYNAF s/ solicita medida conexas s/ inc.”. *La Ley*, 2014-C.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 1 de San Isidro. 07/12/2012. “A., G. c. T., C. B. s/tenencia”, Derecho de Familia y de las Personas, (mayo). *La Ley*, Buenos Aires, 2013.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. 13/05/2009. “B., D. G. c. V., J. R.”. *LLLitoral*, (agosto) 2009.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 5 de Rosario. “S G G. y OTROS S/ FILIACION”. 27/05/2016. *La Ley*, AR/JUR/37971/2016.

_____. Tribunal Colegiado de Familia n. 7 de Rosario. “H., M.E. Y Otros S/ Venias y dispensas”. 05/12/2017.

_____. Tribunal de Familia n. 7 de Rosario. “F.M. L y otra s/autorización judicial”. 2/12/2014. *La Ley*, AR/JUR/90178/2014.

BASSO, Silvina M. “El ejercicio de la responsabilidad parental en supuestos de divorcio o separación de los progenitores y el 'interés superior del niño’”. *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. III, 2013.

BEDROSSIAN, Gabriel. “El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial”. *Microjuris online*.

BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Buenos Aires: Paidós, 2017.

_____. BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010.

BONZANO, María de los Ángeles. “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”. *RDF*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, n. 60.

BRIOZZO, Soledad. “Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial”. *La Ley*, AR/DOC/3656/2016.

CAPEL. en lo Civil, sala B, 26/08/2013, “B. G. M. H. M. y otro c. S. S. J. s/ medidas precautorias”. *La Ley online*, AR/JUR/89589/2013.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHO HUMANOS. “Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad parental”. Disponible en: <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>>. Compulsado el 22/12//2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”, 15/12/2017. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>>. Compulsado el 22/12/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28/11/2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

_____. “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, 16/11/2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Compulsada el 22/12/2017.

_____. “I.V.* vs. Bolivia”, 30/11/2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Compulsada el 22/12/2017.

DE LA TORRE, Natalia. “La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares”. *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 59, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

FAMÁ, María Victoria. “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”. *La Ley*, AR/DOC/3996/2015.

FAUR, Eleonor. Introducción. In: FAUR, Eleonor (Comp.). *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimiento*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2017.

FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. “Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 17, Marzo de 2017. Disponible en: https://www.academia.edu/32715796/Aproximaci%C3%B3n_a_las_tem%C3%A1ticas_de_g%C3%A9nero_en_la_jurisprudencia_interamericana. Compulsada el 22/12/2017.

FORTUNA, Sebastián I.; MURGANTI, Ana. “Actualidad en Derecho de Familia 4/2017”. Thomson Reuters, 2017.

GARCÍA LEMA, Alberto M. “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”. *La Ley*, 2014-C.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”. *La Ley*, AR/DOC/4217/2015.

GLOSARIO de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/. Compulsado el 14/12/2017.

GROSMAN, Cecilia. “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”. *RDF*, n. 66, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

HERRERA, Marisa. “Aportes de la jurisprudencia cortesana a la consolidación del Derecho Constitucional de Familia o la “constitucionalización del derecho de familia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Máximos precedentes. Derecho de Familia. In: HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LLOVERAS, Nora (Directoras). *La Ley*. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2014

_____. “Compartir: Una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)”. *Rubinzal online*, RC D 293/2014.

- _____. “Familias e identidades: la lógica de los cambios”. *Revista Desafíos*, año 3, n. 4.
- _____. “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?”. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Constitucionalismo 2020*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- _____. “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”. *Revista Derecho Privado, Infojus*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, n. 6, Buenos Aires, 2013.
- _____. “Nuevas tendencias en el derecho de familia de hoy. Principios, bases y fundamentos. Primera parte”. *Microjuris online*, Buenos Aires, 2011.
- _____. “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre). *La Ley*, Buenos Aires, 2014.
- _____. “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”. *Revista UCES*, Buenos Aires, 2013.
- HERRERA, Marisa; FAMÁ, María Victoria. “Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años: De la discriminación inversa hacia la coparentalidad”. *Revista jurídica online “El Dial”*, 21/09/2005. Disponible em: <www.eldial.com>. Compulsada el 19/12/2017.
- HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”. *La Ley*, 03/11/2016.
- HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia; FERNÁNDEZ, Silvia E. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.
- HERRERA, Marisa; LATHROP, Fabiola. “Parental responsibility. A comparative study of Latin American legislations”. *International Journal of Law Policy and the Family*. London: Oxford University Press, 2016.
- IRIGOYEN TESTA, Matías. “Compensación económica: aplicación de fórmulas al primer fallo de cámara”, *RDF*, 78-33, 2017.
- JÁUREGUI, Rodolfo. “La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible”. *LL Litoral*, (agosto) 2016.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Comparado*, n 10, Derecho de Familia II, Rubinzal Culzoni, 2005-7.
- _____. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. *Revista La Ley*, 08/10/2014.

_____. “Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; DAVICO, María de los Ángeles. “Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia”. *La Ley*, 2014-E.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora; DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”. *La Ley*, AR/DOC/610/2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, “Por qué sí a la regulación de la gestación por sustitución, a pesar de todo”. *La Ley*, 2012-E.

KRASNOW, Adriana. “Los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar en la filiación”. In: KRASNOW, Adriana; IGLESIAS, Mariana (Directoras). *Derecho de las Familias*. 1. ed. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2016.

LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia”. *La Ley*, 2016-A.

LLOVERAS, Nora; MONJO, Sebastián. “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”. *La Ley* 2013-E.

MIZRAHI, Mauricio Luis. “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones”. *DFyP*, (junio) 2017.

_____. “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”. *La Ley*, 2013-C.

_____. “Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial”. *La Ley*, 15/09/2014.

MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Compensaciones económicas: un modelo para armar”. *RCCyC*, (marzo) 2017.

_____. “Compensaciones económicas y derecho transitorio. Donde no hubo derecho no hay acción”. *La Ley*, 2016.

_____. “El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar”. *La Ley*, 2014-C

PELLEGRINI, María Victoria. “Compensaciones económicas: formas de cumplimiento, cuestiones posteriores a su fijación y posible superposición en los casos de uniones que cesan por matrimonio”. *RDF*, 78-5, 2017.

ROLLERI, Gabriel G. “Compensación económica entre convivientes”. *RCCyC*, (marzo) 2017.



RUSSO, Sandra. “*La batalla de la intimidación*”, p. 12, 25/11/2017. Disponible en <<https://www.pagina12.com.ar/78295-la-batalla-de-la-intimidacion>>. Compulsada el 19/12/2017.

SABSAY, Leticia. “*Judith Butler para principiantes*”, Suplemento Soy de Página 12, 08/05/2008. Disponible en: <<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-742-2009-05-09.html>>. Compulsada el 22/12/2017.

VENINI, Guillermina. “Compensaciones económicas en la unión convivencial ¿Renuncia sí o no? ¿Previa a la unión o con posterioridad al cese de la convivencia?”. *DFyP*, (agosto), 2017.

VIERA CHERRO, Mariana. *Lejos de París*. Tecnologías de reproducción asistida y deseo del hijo en el Río del Plata. Montevideo: Universidad de la República Uruguay, 2015.

ZABALETA, Daniela. “Fallos «contra legem»: La gestación por sustitución como causal para impugnar la maternidad y rectificar la partida de nacimiento”. *Microjuris*.

Submissão: 03/11/2017

Aceito para Publicação: 22/12/2017

51

