

Publicado originalmente en BIRGIN, Haydée (comp.), *EL Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000. Las autoras aclaran que no ha sido actualizado.

ACERCA DEL GÉNERO Y EL DERECHO

Por Sofía HARARI y Gabriela L. PASTORINO

Tu esposo es tu señor, tu vida, tu guardián, tu jefe, tu soberano. Es alguien que se ocupa de ti, y por tu subsistencia somete su cuerpo a penosos trabajos por tierra y por mar, se expone de noche a las tempestades, de día a los rigores del frío, mientras que tú, en tu casa, duermes abrigada, segura y sin temor, y te pide como tributo, solo tu amor, buena cara y verdadera obediencia, pago, en verdad, bien pequeño para tan gran deuda. La misma sumisión que debe el vasallo al monarca, la debe la mujer a su marido.

WILLIAM SHAKESPEARE. *La fierecilla domada*.

La evolución histórica hacia la igualdad se ha ido abriendo paso lentamente. Diversos instrumentos internacionales¹ han dejado de lado los supuestos del orden jurídico dominante, que constreñía a la mujer en la titularidad, el goce y el ejercicio de derechos fundamentales. La lentitud en el cambio es más evidente en el derecho privado, fundamentalmente, en aquel que rige las relaciones entre hombres y mujeres dentro de la familia, ámbito donde aún se esperan comportamientos específicos de unos y de otras pese a que los datos disponibles muestran una realidad distinta².

Sin embargo, detrás de la supuesta igualdad jurídica, del análisis de sentencias y resoluciones judiciales, surge que el discurso judicial se encuentra atravesado por una visión estigmatizante de género³, compartida por otros discursos que atraviesan lo social, que “atribuye ciertos roles a la mujer en nuestra sociedad, que perduran más allá del cambio legislativo”⁴. Es decir, la aceptación de los principios de igualdad de género por parte de la legislación no siempre tiene un correlato en el discurso judicial. Más aún, con inercia

¹ La Convención de Bogotá del 2 de mayo de 1948, la Convención de las Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer del 3 de septiembre de 1981, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención de Belem Do Para, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del 20 de diciembre de 1993.

² Actualmente, se registra 40% de hogares monoparentales a cargo de mujeres, quienes, en la práctica, suman el papel de proveedor a sus ocupaciones tradicionales del cuidado hogareño.

³ Tomamos de Marta Lamas la definición de género como. “el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y construir socialmente lo que es “propio” de los hombres (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino) .- LAMAS Marta “Cuerpo: diferencia social y género” Debate Feminista año 1 volumen X. Septiembre 1994, México.-

⁴ C.N. Civ. Sala B mayo-4-994 A. de C.A.M. c/C.J.M. L.L. 1995-D. Cabe señalar que este fallo fue comentado por un reconocido doctrinario, el Dr. Alberto Jorge Gowland, quien sostuvo que la igualdad impresa por el artículo 198 del Código Civil provoca grandes injusticias, y que “la esposa que se dedica al cuidado del hogar, de los hijos y de su marido, aquella que lo hace aun renunciando a veces a un destino profesional o vocacional diverso por priorizar la excelsa vocación de madre y esposa, descubre que el divorcio –aunque sea inocente– la deja desprotegida en materia económica”. El artículo 198 del Código Civil dice: “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”.

discriminatoria, los jueces siguen aplicando una escala de valores que las nuevas normas dejaron ya de lado. A desarrollar y fundamentar estas afirmaciones está orientado este trabajo.

Recordemos que el Código Civil, en su redacción original (1869), y hasta apenas unos años, colocaba en el mismo status jurídico a la mujer con el menor. Ella estaba bajo el control paterno hasta el matrimonio, momento en el que pasaba a depender de su marido. Este era quien administraba sus bienes, quien hacía contratos por ella y la obligaba, quien tenía potestad sobre sus hijos, quien fijaba el domicilio y quien debía satisfacer sus necesidades.

La equiparación de los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales y el ejercicio compartido de la patria potestad (temas que, prácticamente, mantenían su tratamiento original) fueron objeto de debate durante la campaña electoral de 1983 e incluidos en la plataforma electoral de los partidos políticos. Una vez reinstalada la democracia argentina, en 1985 el Congreso de la Nación dictó la Ley 23.264, llamada de patria potestad y filiación, y en 1987 ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, con lo que se consagró la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Con la sanción de la Ley 23.515, de matrimonio civil (que establece la igualdad de condiciones para la determinación del domicilio conyugal, el uso facultativo del nombre del esposo, la obligación alimentaria recíproca, el divorcio vincular), se eliminaron otras discriminaciones. La reforma de la Constitución Nacional de 1994, incorporó al derecho interno diversos tratados internacionales -entre ellos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.- De esta forma, se otorgó a estos instrumentos internacionales, sin incorporarlos a este cuerpo normativo jerarquía constitucional, integrando con ella el llamado “bloque de constitucionalidad federal”⁵.- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, ha derribado importantes discriminaciones de género. Sin embargo, la discriminación “cultural”, basada en diferencias biológicas, que atribuye comportamientos, características y status diferentes a varones y mujeres sigue instalada en el discurso social y, por lo tanto, en el judicial, ahora presentada en una forma disimulada que es necesario deconstruir.

Esto es fácilmente perceptible en el caso de sentencias dictadas en juicios de alimentos en las que se sigue atribuyendo al marido el rol de proveedor “natural” de la familia pese a la modificación de ese aspecto del artículo 198 del Código Civil y pese a la realidad socioeconómica del país, que revela un alto porcentaje de mujeres jefas de hogar y de mujeres volcadas al campo laboral por necesidad.

Distintos fallos dan muestra de esta representación:

La esposa que reclama alimentos antes o durante el juicio de divorcio no se halla obligada a probar ni la urgencia ni su falta de medios para alimentarse, como tampoco la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, debiendo solamente acreditar el vínculo y el caudal del alimentante y el incumplimiento de éste, porque **las necesidades de la mujer se presumen** y por ende no precisan ser probadas⁶.

⁵ Bidart Campos Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino Tomo 6: La reforma constitucional de 1994 Editorial EDIAR.-

⁶ C. Civil, Comercial y de familia, Bell Ville, 26 de marzo de 1992. *La ley*, Córdoba, 1992, pág. xxx. El destacado es nuestro.-

Si bien la obligación alimentaria pesa sobre ambos progenitores, cuando están separados o divorciados, **es sabido que recae en mayor medida sobre el padre**⁷.

La construcción de sentencias de este tipo se sustenta en el prejuicio –sin correlato con la realidad– que considera que el varón es el proveedor del hogar y que la mujer solo se ocupa de las tareas domésticas y necesita ser cuidada por otro. A raíz de esta distribución de tareas, al trabajo de la mujer solo le queda el espacio de ser una “colaboración”, una manera de aliviar las obligaciones masculinas.

El trabajo de la mujer solo debe apreciarse como una forma de colaboración en las obligaciones para con los hijos y en la medida de sus posibilidades. Por lo demás, de no existir, seguramente redundaría en perjuicio del marido⁸.

Esta apreciación no responde al texto de la ley, sino a la idea que sobre el matrimonio y la asignación de roles tienen los sentenciantes.

Hemos encontrado que la diferencia sexual se expresa también en los supuestos de indemnización de daño estético. En algunas sentencias, se valorizan en la mujer características que son apreciadas de manera distinta si el damnificado es un varón. Por ejemplo, en el caso de una niña de meses que sufrió un accidente mientras paseaba en su cochecito y fue lesionada en el rostro por un trozo de mampostería que (más allá del daño psicológico) le dejó como secuela una cicatriz deformante, el dictamen del defensor de menores consideró lo siguiente:

En el caso debe contemplarse que el hecho ocurre a una muy temprana edad, y las lesiones afectan también a la estética de la misma y estas lesiones constituyen también un daño material, sobre todo **teniendo en cuenta el sexo al incidir sobre sus posibilidades futuras** al repercutir en sus actividades sociales⁹.

Según el dictamen, el hecho de que una mujer quede dañada estéticamente afectará sus posibilidades futuras en tanto mujer. Según los valores implícitos, la belleza es un atributo femenino y, si le falta a una mujer, “sus posibilidades” se verán mermadas. Como toda sentencia, esta decisión judicial se caracteriza por aparecer en forma racionalizada ya que contiene una serie de enunciados destinados a explicar y justificar la conexión entre una previa información fáctica y normativa, y el fallo que expresa la norma individual. Sin embargo, en todo proceso que conduce a la decisión judicial, intervienen factores psicológicos, ideológicos y culturales de difícil control. El juez, el funcionario a quien la sociedad encomienda administrar justicia, no está sustraído de su época y de su entorno social, sino que, por el contrario, las representa y expresa en su interpretación de la ley para aplicarla al caso dado y en la formulación de sus sentencias y resoluciones.

⁷ C.N. Civil, Sala F, 25 de noviembre de 1983, A.R.M.A. c/T.R., O L.L. To. 1984 B, pág. 42 y ss. El destacado es nuestro..-

⁸ Fallo citado nota 6.-

⁹ Dictamen “Pastor Julieta M c/ Consorcio de Propietarios Av. Rivadavia s/ daños y perjuicios”, 22 de diciembre de 1987. El destacado es nuestro.

Para llegar a la solución del problema, el juez debe seleccionar las normas que presume aplicables al caso. En muchos casos, el texto de la norma no acota una clase de conductas u objetos, sino un campo de límites imprecisos favorecidos por la ambigüedad, la vaguedad y la carga emotiva del lenguaje. En esos casos oscuros o marginales, el intérprete debe adscribir el significado a las palabras eligiendo entre posibilidades.¹⁰ En esa elección, operan sus parámetros morales y culturales. De esa manera, la norma legal utilizada se vuelve tangible, y se construyen prohibiciones, derechos o presupuestos que no están en el texto de la ley, convirtiendo al derecho en un “proceso de producción de identidades fijas¹¹”.-

La dinámica entre derecho, sistemas de ideas y valores, y comportamientos individuales y grupales es estrecha en grado sumo. En la medida en que unos abrevan de los otros, la relación los modifica. Lo que el derecho dice es escuchado y reproducido en la sociedad y, de la misma manera, lo que sostienen los otros operadores sociales es recogido y volcado en las sentencias judiciales.

En esta retroalimentación, el derecho, como subdispositivo dentro de otro más amplio de control y represión, tiene la fuerza de la autoridad. Por sobre las distintas voces, la legal tiene la autoridad de lo preestablecido y fija los límites del deber ser. Como sostiene Alicia Ruiz: “Así el derecho nos constituye, nos instala frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico, no existimos, y luego, solo existimos según sus mandatos¹²” . De allí que dirijamos nuestra atención a la justicia a fin de revisar aquellas decisiones judiciales que reflejen, sostengan o produzcan una situación de desigualdad entre hombres y mujeres.

Estos fallos ejemplifican los aspectos discriminatorios y estigmatizantes que aún subsisten en el discurso judicial, portador del conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que la cultura desarrolló desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es “propio” de los hombres (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino)¹³.-

Modo de trabajo

Nuestro análisis del discurso judicial se basa en quinientas resoluciones judiciales (sentencias y dictámenes del Asesor de Menores de Cámara). Para reunirlos, hemos acudido a los archivos de las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del Asesor de Menores de la Cámara, a los repertorios de jurisprudencia nacionales y provinciales, y a informadores judiciales.

El material seleccionado proviene de las 12 salas de la Cámara Civil. Hemos dejado de lado tribunales de otros fueros. Dentro del ámbito civil, seleccionamos las sentencias relativas al derecho de familia y a las lesiones físicas, tomados de libros de sentencias de las salas.- El relevamiento se realizó a partir de una lectura minuciosa de todas las sentencias ya que no están sistematizadas en razón de la materia.

Hemos tomado solamente las decisiones efectuadas por los jueces de segunda instancia (instancia ordinaria de apelación) y los asesores de menores, y dejamos de lado la voz de los restantes operadores de derecho, y las diversas circunstancias (acceso a la justicia, conocimiento de derechos, etcétera) que constituyen el marco en su totalidad. Del total de fallos, seleccionamos treinta sentencias paradigmáticas por su contenido, que nos permitirán

¹⁰ Genaro R. Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje. Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho*. Primera Parte: “Sobre los lenguajes”. Cuarta Edición corregida y aumentada. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

¹¹ Smart Carol, “La mujer del discurso jurídico” en *Mujeres Derecho Penal y Criminología* por Larrauri Elena (compiladora) Editorial Siglo veintiuno editores España 1994.-

¹² **Alicia Ruiz**, “**La ciudadanía**”...

¹³ Lamas Marta, *idem* nota 3 .-

describir el modelo de género subyacente y los discursos sociales que intervienen en las fundamentaciones jurídicas.

Si bien en un primer momento nos abocamos a la lectura de la parte “resolutiva” de cada fallo, es decir, a la porción de las sentencias en la que los jueces “deciden”, a poco de avanzar en la búsqueda, ampliamos nuestro campo de análisis a todo el cuerpo de consideraciones del material porque observamos que muchas de las sentencias que formalmente parecían eran correctas padecían, en su desarrollo, de razonamientos de contenido estigmatizante. Esto es, fallos que arribaban a decisiones correctas escondían en su interior la aplicación de una escala de valores supuestamente abandonada a partir de la consagración de la igualdad de hombres y mujeres. Es por esta razón que las citas con las que fundamentamos nuestras afirmaciones no necesariamente corresponden a la porción de la sentencia en la que se decide la cuestión debatida, sino, en algunos casos, a los argumentos que provocan en los jueces intervinientes la toma de determinada decisión.

El papel de la mujer en el imaginario judicial: desnudando el prejuicio y la discriminación.-

Muchas de las resoluciones, dictámenes y argumentos que elaboran en la actualidad los jueces, funcionarios y abogados se sustentan la imagen de una mujer muy similar al modelo propiciado por antiguas civilizaciones.-

Así algunos fallos nos recordarán los textos que en el Antiguo Egipto enseñaban al marido como debían tratar a la mujer, de los cuales se deduce que las actividades destinadas a las mujeres no le daban autoridad ni prestigio.-

Cuide que su mujer no tome autoridad, de alejarla de todo mando, por cuanto si no se desencadenaría la tempestad¹⁴...

Otras sentencias, estarían en perfecta consonancia, con aquellos manuales que, en el siglo xv, escribían los religiosos sobre la vida familiar, en los que las mujeres podían encontrar reglas de comportamiento doméstico y consejos de vida espiritual.-

Pudor, castidad y fidelidad tienen para el hombre la función de ofrecerle garantía de paternidad legítima y las otras virtudes femeninas que se reclaman con esta exigencia de seguridad, la abstinencia y la sobriedad moderan la natural lascivia femenina.¹⁵

Una de las maneras en que los seres humanos clasifican sus conocimientos del mundo consiste en dividir cada ámbito de los objetos en forma dual, de modo que cada dimensión tiene su opuesta, con lo que se constituye una organización bipolar. Podemos ver, así, que importantes aspectos de nuestra cultura están organizados en forma binaria. La distinción de los sexos, una de las divisiones primigenias, y la organización patriarcal a la que se los sometió pueden haber sido la fuente o el punto de partida de tal binarismo, que da lugar a un complejo sistema de representaciones que continuamente confirma y refuerza dicha partición, como, por ejemplo, la de lo público frente a lo privado.

¹⁴ Trabajo colectivo “El trabajo de las mujeres a través de la historia” pag. 28 Centro Feminista de Estudios y documentación.- Ministerio de Cultura.- Instituto de la Mujer, 1985.-

¹⁵ “Historia de las mujeres.- La edad media.- La mujer en la familia y en la sociedad”.- Bajo la dirección de Georges Duby y Michelle Perrot.- Tomo III, Taurus, Madrid.-

El sistema binario se aplica, a su vez, a cada polo de las dimensiones por separado. La cultura patriarcal encierra a la mujer en otro orden de binariedad, creado solo para ella. Para algunas perspectivas, que pueden entrecruzarse en las sentencias que analizamos, la mujer es frígida o es ninfómana, es madre o es prostituta, es pasivo-femenina o no es mujer, es hada o es bruja. Para la mujer, el polo positivo es ser pasiva, ocupar un lugar inmediatamente inferior al de su marido, mantenerse abajo, ser buena madre y buena esposa.

De la compulsión de los expedientes estudiados, podemos concluir que, para la visión de los jueces, como expresión del imaginario social, *una mujer debe ante todo ser honesta, casta y pura, es débil y necesita protección, ha nacido para agradar, obedecer y ser protegida por su marido, y su objeto principal es procrear y cuidar de los hijos que da a éste.*- Varón y mujer, entonces, intercambian servicios, cuidado doméstico, hijos y su crianza, y obediencia; por protección, manutención, pertenencia y descendencia.-

...Honesta, casta y pura...

La honestidad es un dato al que se le atribuyen derechos. Aunque, etimológicamente, la palabra *honestidad* deriva del término *honor*, tanto para el hombre de la calle como en el lenguaje jurídico, los términos *honor* y *honestidad* tienen acepciones diferentes.¹⁶ Cuando el término *honestidad* es utilizado en relación con una mujer, los autores, en general, entienden que debe vincularse con la inexperiencia sexual.¹⁷ En cambio, cuando se habla de la honestidad del varón, se hace referencia a un valor relacionado con la *hombria de bien*, la *decencia en el manejo del dinero*, etcétera. Al varón, se le exige que tenga honor (y que lo defienda). De la mujer, se espera honestidad sexual.

Dentro del campo del derecho civil, existe una construcción doctrinaria que establece que “la honestidad de la mujer se presume” y que esta presunción constituye un principio fundamental que implica el respeto a la mujer¹⁸. Esto significa que toda mujer es y debe ser, en principio, casta, pura, virgen e inmaculada, y, en tanto tal, debe ser protegida y respetada por el varón.

La honestidad así entendida remite a otros valores. Por un lado, al honor de un nombre, el de un varón protector, pero también se vincula con la castidad, el recato y las buenas costumbres. Así, el ejercicio de una sexualidad libre y voluntaria por parte de la mujer es vista como una desviación.

Esta solvencia económica de cierta holgura permite descartar que sus relaciones sexuales son por interés, y habla de que su libertad sexual es totalmente voluntaria y circunscripta a sus deseos y apetencias. No otra cosa demuestra el hecho de haber tomado fotografías de uno de sus penetradores sexuales desnudo en el baño y en la cama, sino el haberlos agregado a un juicio, al que

¹⁶ Por ejemplo, el Código Penal regula en dos títulos distintos (aunque correlativos) los delitos contra el honor y aquellos contra la honestidad. *Delitos contra el honor* son los que ofenden el buen nombre, la honorabilidad de alguien mediante injurias y calumnias. Se cometen siempre de palabra. En cambio, los delitos agrupados bajo el título *contra la honestidad* tienen una connotación que atañe de manera exclusiva a la sexualidad. Algunos delitos, inclusive, exigen la honestidad de la víctima como condición para la triplicación del delito (por ejemplo, el que sanciona el acceso carnal cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce y menor de quince años).

¹⁷ Graciela Edit Otano, *La mujer y el derecho penal, una mirada de género*. Inédito.

¹⁸ Entre otros autores, podemos citar a Eduardo Busso, Julio J. Lopez del Carril, Guillermo Borda. Citados por José Raúl VELAZCO en “Filicación, Prueba Biológica” L.L. 1989-A 115

nada aportan sino una idea del enervamiento del pudor que ha sucedido en la actora.¹⁹

El primer supuesto que los jueces descartan es la necesidad o el interés económicos. Parece impensable la idea de una mujer que mantiene una vida sexual activa solamente por placer, y que esta actividad no sea una forma abierta o encubierta del ejercicio de la prostitución. Por otra parte, la publicidad que esta mujer hace de su vida sexual en el expediente es condenada como un “enervamiento del pudor”. En vistas de que la mujer ha manejado su vida sexual de manera distinta de la esperada, los jueces pretenderían, por lo menos, que no lo exhibiera ostensiblemente.

Se espera de la mujer una conducta sexual distinta de la que se espera del varón, y se elabora un discurso social con carga emotiva y condicionante. Además, si la mujer no vive de acuerdo con los cánones preestablecidos, es sancionada. Así, la mujer sufre una doble discriminación. Por un lado, se condiciona el ejercicio de su sexualidad de tal forma que se le otorga menor libertad que al varón. Por otro lado, si desafía las reglas de conducta preestablecidas y si, como consecuencia de estas relaciones sexuales no autorizadas, quedara embarazada, se la sancionará dejando a su hijo sin padre.

Como veremos más adelante, el papel de la paternidad es central en el discurso jurídico. Los hijos llevarán un apellido paterno, tendrán derecho a la herencia, serán abastecidos, etcera. La falta de reconocimiento paterno es un castigo severo. Por lo tanto, el ejercicio discrecional de esta decisión es un arma cuyo uso tiene consecuencias profundas. El acto de aceptar la paternidad se vuelve un acto voluntario masculino, arbitrario y discrecional.

... Al hombre patriarcal, la paternidad no le viene de la mujer —promesa de realidad— y del hijo —realidad misma—, sino de su deseo, exclusivo y arbitrario que se hace Ley que le permite tomar o dejar, afirmar o negar. Subsumiendo todo el proceso —alienando a mujeres e hijos—, se convierte en Único y su decisión no tiene contrapartida posible.²⁰

La sexualidad de la mujer está íntimamente relacionada con su fertilidad. Sus hijos pueden ser fruto (prueba) de relaciones sexuales no aceptadas socialmente cuando se convierte en madre soltera o cuando tiene un hijo cuyo padre no es su marido.

La presunción de la honestidad de la mujer se detecta con nitidez en las acciones de filiación. Las acciones de reconocimiento de filiación extramatrimonial presuponen, como es obvio, una mujer y un hijo cuyo padre no está comprendido dentro de las presunciones legales de paternidad (matrimonio o concubinato con la mujer).

Hemos hallado que, en casos de acciones de reclamación de filiación extramatrimonial, ante hechos similares, las resoluciones fueron diametralmente distintas en función de una sola diferencia: la “honestidad” de la mujer. En todos estos casos, la honestidad de la mujer se tomó como dato relevante para resolver aun cuando el sentido común y los avances científicos indicarían la necesidad de tener en cuenta otros elementos.

Es el caso, por ejemplo, de una mujer madre de mellizos, cuya petición fue acogida por el tribunal, y el demandado fue reconocido como padre. El hombre se había negado a someterse a los estudios médicos de histocompatibilidad (impuesto como presunción en

¹⁹ Cámara Nacional Civil Sala B, 10 de septiembre de 1987. L.S. c/R.D. L.L. To. 1989. Pág. 115 y ss.

²⁰ Victoria Sau, *Ser mujer: el fin de una imagen tradicional*, Barcelona, Icaria, 1986, pág. 83.

contra en el artículo 4to. de la Ley 23.511²¹) y la jueza declaró la filiación extramatrimonial de los mellizos, lo que fue ratificado por su tribunal superior. Este, que reconoce el fallo de la jueza como “prolijo y meduloso”, agrega, significativamente y a efectos de ratificar la resolución arribada, la presunción de honestidad.

... No pasa por alto a este Tribunal que **la honestidad de la actora y de toda mujer en general —la actora no escapa a esta generalidad— se presume y constituye una derivación del respeto que a las mismas se debe dispensar**, y vale en tanto tal, a menos que se demuestre lo contrario...²²

En otro caso, en el que, demandada la filiación, el hombre se negó a someterse a los estudios genéticos y alegó la coexistencia de relaciones sexuales de la mujer con otro hombre a la fecha de la concepción, un tribunal de la Provincia de Buenos Aires falló:

Pero como la honestidad de la mujer se presume, debió el demandado acreditar concluyentemente que durante el período legal de concepción la madre mantenía relaciones con otros hombres [...]. No basta con probar una conducta de desarreglo moral, sino la simultaneidad de las relaciones.²³

De este modo, la mujer es premiada, en tanto se hace lugar a su acción de filiación por el hecho de su probada honestidad. Este hecho es más relevante que la negativa del demandado a someterse a estudios de histocompatibilidad y la probada relación entre las partes en el momento de la concepción de las criaturas.

¿Que sucederá si el comportamiento sexual de la mujer no es el esperado? Pues entonces será castigada por la vía de dejar a sus hijos sin padre. Como veremos más adelante, más allá de las consecuencias que esta decisión tiene en la formación de la psiquis de los chicos, implica graves connotaciones sociales para la madre y los niños, relacionadas con el lugar que ocuparán socialmente, el nombre que llevarán, etcétera.

Así, en otros casos similares a los mencionados (en los que se ha probado la relación entre la actora y el demandado, y el demandado se niega a someterse a estudios de histocompatibilidad, pero se prueba que la vida sexual de la mujer no se restringe a la relación en juego), no solo se rechaza la acción, sino que se estigmatiza a la mujer utilizando esquemas y adjetivaciones medievales. Un fallo muestra el temor ancestral del hombre frente a aquello que no puede controlar: la fertilidad femenina. En él se denuncia la siguiente posibilidad:

... Una mujer que conociera la composición antígeno de un hombre, buscando la “muestra” eligiera —aun sin contacto sexual alguno— un padre para el o los hijos que nacieran de ese parto [...]. La distinta constitución biológica de la mujer hace que, contra la certeza de la

¹⁶ Art. 4, Ley 23.511: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, **la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente.**

²² Cámara Nacional en lo Civil falla el 7 de septiembre de 1995 en autos “S.O. c/N.J. s/filiación”. El destacado es nuestro.

²³ C. Civil y Comercial de Morón, Sala I, 2 de junio de 1992, Asesoría de Incapaces nro. 2 c/S; M.O.

maternidad atribuible a una persona, es ella la que “decide” en las relaciones sexuales voluntarias. De ella depende el consentimiento en única instancia. También el arbitrio voluntario de quedar o no preñada (con independencia de las declaraciones verbales). También decide en materia de exclusividad sexual, o libertad total con múltiples relaciones contemporáneas, como ocurre en el presente.²⁴

El extracto del fallo revela con riqueza inusitada la concepción que de la mujer se tiene. El juez erige a la mujer en un ser capaz de elegir un padre para su hijo sobre la base de la composición genética de un hombre. Además, es ella sola la que decide si mantiene relaciones sexuales voluntarias y es un ser lo suficientemente desleal como para proponerse quedar embarazada independientemente de lo que exprese verbalmente.

El camarista, continuando en su argumentación, asume una actitud poco común en lo que a sentencias judiciales se refiere, estableciendo una clasificación en las relaciones sexuales entre hombre y mujer, en función de su asiduidad y exclusividad.

Aprovecho la mención del concubinato para aclarar que al usar el término “penetrador carnal” me refiero al hombre que tiene relaciones esporádicas con una mujer. “Concubinato” significa que el varón viva permanentemente con una mujer con la que no está casado, que la relación cause habitación en el sentido técnico que integra el domicilio. Lo mismo que “amante”, que significa, si no exclusividad en las relaciones sexuales, por lo menos una limitación de la misma que solo comprende al cónyuge. En cambio, la mujer que permite el “penetrador carnal” no se lo puede calificar ni de pareja (no la forman) ni de amante (se lo utiliza para casos en que existe una cuasi exclusividad) ni de concubino, que es prácticamente de contenido matrimonial (exclusividad y cohabitación compartida permanentemente).²⁵

El párrafo transcrito es llamativo por varios motivos: en primer término, como dijimos, es poco frecuente una clasificación (de cualquier tipo) dentro del texto de los fallos judiciales. Pero, además, es prácticamente una declaración de principios: la mujer adquiriría, en todos los casos un rol absolutamente pasivo. Es el hombre el que vive, es el hombre que tiene relaciones esporádicas con una mujer, y a la mujer solo le resta “permitir”.

La contradicción entre el primer párrafo citado y el segundo nos remite al orden de binariedad creado para la mujer. O es un ser deleznable capaz de engañar al hombre y convertirlo en padre de quien no lo es o de quien no lo quiso ser, o es un ser pasivo, a la espera de los deseos y las decisiones del varón.

En este expediente, los jueces contaban, para dictar sentencia, con idénticos fundamentos a los de los casos anteriores: estaba probada la relación entre la madre actora y el supuesto padre demandado, y el demandado se había negado a someterse al examen. La única diferencia era el estilo de vida de cada una de las mujeres.

Notemos que, en esta última sentencia, el juez cita la Ley 23.264, que no establece presunción alguna por la negativa a someter al cuerpo físico de una persona a extracciones o transfusiones tendientes a determinar lo pretendido, pero “olvida” la Ley 23.511 (llamada de Banco Nacional de Datos Genéticos) sancionada unos meses antes del dictado de la

²⁴ Ídem nota. 19

²⁵ Ídem nota 19.

sentencia de marras.²⁶ Observamos, entonces, no solo un discurso discriminatorio y una construcción caprichosa de los hechos, sino también una aplicación arbitraria del derecho y el “olvido” de normas legales que, de ser aplicadas, obligarían al juzgador a dictar sentencia en otro sentido.

Siempre se ha tratado a la mujer madre soltera como desestabilizadora y problemática. La madre soltera sirvió, y aún sirve, para reforzar nuestro conocimiento cultural de lo que significa una verdadera maternidad. Ella es el problema (supuestamente) porque no tiene un hombre. Por lo tanto, el hombre es la solución: él significa la estabilidad, la legitimidad y la autoridad, que no solo está ausente en la mujer, sino que está invertida. La madre soltera es vista como la quintaesencia de la Mujer porque representa todos los valores que invierten las características deseables de un Hombre.²⁷ Por esta razón, la mujer debe ser “honesta, casta y pura”, a fin de que el varón tenga asegurado su señorío. Desde esa concepción, el derecho ha impuesto, una vez más, una sanción negativa que oprime a la mujer creando las diferencias de género y de identidad.

...Es débil y necesita protección...

La tradicional distribución de roles dentro del matrimonio perdura más allá del cambio legislativo puesto que ha hecho carne en jueces y autores. La casa continúa siendo el espacio femenino por excelencia. El buen varón es el que provee a su familia de bienestar económico y la buena mujer, la que está en el hogar y cuida de sus hijos y de su marido.

No obstante la equiparación de ambos padres en proporción a sus ingresos, en cuanto a la obligación alimentaria y educativa, **es el padre en su rol tradicional de proveedor de los requerimientos de la familia quien tiene que procurar los medios pertinentes a tal fin**, según la condición de los alimentarios, mientras que **las obligaciones de la madre son de índole predominantemente no pecuniaria brindándole cuidado y dedicación.**²⁸

Si bien actualmente rige el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, pues ambos deben contribuir a la satisfacción de sus necesidades, ello no significa privar a la mujer de asistencia ²⁹.

Que la mujer tenga ingresos propios no es obstáculo ni libera al alimentante de su obligación de prestarle alimentos. ³⁰

El mero hecho de que la peticionaria trabaje no es óbice para el reclamo de alimentos contra el cónyuge en tanto se requiere el apoyo del esposo para mantener un nivel de vida acorde con la posición económica, cultural y social de la pareja.³¹

²⁶ Ídem nota 19.

²⁷ Carol Smart. Idem nota 10

²⁸ C.N. Civ., Sala H, 12 de agosto de 1994, G.M. c/H.J.ED 159-616. El destacado es nuestro.

²⁹ CN. Civ., Sala K, 30 de agosto de 1995, R. ,P.G. c/ D.R.L. Civ., Sala A, 12 de marzo de 1992 O., G.A. c/K., D.A., L.L. 1993-A-9.

³⁰ C.N. Civ., Sala C, 23 de noviembre de 1989, D.R. de S.T. c/ D.S.T.E. L.L. 1990-C-251.

³¹ Voto en disidencia.

La esposa que reclama alimentos antes o durante el juicio de divorcio no se halla obligada a probar ni la urgencia ni su falta de medios para alimentarse, como tampoco la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, debiendo solamente acreditar el vínculo y el caudal del alimentante y el incumplimiento de este porque las necesidades de la mujer se presumen y por ende no precisan ser probadas.³²

La distribución de las funciones atribuidas dentro del matrimonio constituye el pivote esencial de un sistema de género que coloca a las mujeres en un lugar de vulnerabilidad y dependencia. Destinada al cuidado de la prole, del marido y del hogar, la mujer es relegada a una tarea que socialmente no está reconocida y que no le permite trascender. Quedan, así, para el hombre, el prestigio, la autoestima, las posibilidades de desarrollarse, y la seguridad tanto física como económica. Para la mujer, la dependencia y la necesidad. La mujer autónoma, independiente, exitosa en el ámbito público es impensada en la justicia argentina. Las resoluciones comentadas no son “injustas” en tanto contemplan los casos particulares. Pero son destacables en el sentido de que estigmatizan a la mujer y reafirman el lugar que le es asignado socialmente.

Procede la fijación de una cuota alimentaria a favor de la esposa profesional si el emplazado no acreditó que su cónyuge tuviera ingresos equivalentes o aun superiores a los suyos ni el ejercicio efectivo de su profesión de abogada.³³

Es la paridad de condiciones la que exime de la obligación alimentaria al marido respecto de su esposa, siempre y cuando esta esté en condiciones de mantener el estilo de vida que tenía antes de la separación con las limitaciones que ello siempre impone.³⁴

La contribución económica que a la madre corresponde efectuar en materia de alimentos no puede aparecer como una liberación de la obligación alimentaria del padre, en quien recae en mayor medida, sino como una participación de aquella en beneficio de los hijos.³⁵

La asignación de roles resulta tan incorporada en el discurso judicial que, a igual petición por parte de un padre o de una madre (fijación de cuota alimentaria a favor de un hijo menor bajo su guarda), la jurisprudencia aplica criterios opuestos. La obligación del padre de contribuir económicamente con la manutención de su hijo va de suyo, mientras que, en los pocos casos de pedido de fijación de cuota alimentaria por parte de un varón que ejerce la tenencia de su hijo, los requisitos exigidos convierten la situación en una extraordinaria. Por ejemplo:

No excusa el cumplimiento de la obligación alimentaria paterna el hecho de que la madre trabaje y que el alimentante se desempeñara

³² Ídem nota nº 4.

³³ C.N. Civ., Sala A, 12 de marzo de 1992, O., G.A. c/K., D.A. L.L. 1993-A-9.

³⁴ C.N. Civ., Sala G, 19 de abril de 1988, A de K., M.I. c/K.J.

³⁵ C.N. Civ., Sala E, 9 de febrero de 1995, F.de P.; M.A.P. c/P.V.F.

en su empresa en la que debió dejar de trabajar por haber quebrado la misma³⁶

No corresponde acceder al pedido del esposo que reclama que su cónyuge participe en el mantenimiento del menor que se encuentra a cargo de aquel cuando no ha cumplido con la carga procesal de probar que su esposa se encuentra en mejores o similares condiciones económicas que él.³⁷

Así como se le exige al padre que contribuya al sostén de sus hijos presuponiendo capacidad económica, se espera también de ese mismo hombre que pruebe, en el caso inverso (es decir, cuando ejerce la tenencia de sus hijos), la capacidad económica de la mujer, que deberá ser por lo menos idéntica a la suya en el caso de que pretenda que esa mujer aporte para el sostén de sus hijos menores.

La cuestión de los alimentos no es la única en la que esta presunción de debilidad y necesidad se manifiesta. También en el tratamiento de los bienes propios, hallamos que los jueces valoran de diferente manera la posibilidad de que un hombre o una mujer hayan adquirido bienes fruto de su trabajo.³⁸ El artículo 1246³⁹ del Código Civil, resabio de la sociedad conyugal administrada por el marido prevista por este cuerpo legal, establece en su redacción original que, para atribuir el carácter de propio a un bien inmueble de una mujer casada, la escritura de compraventa debe explicitarlo y designar el modo en que el dinero pertenece a la mujer. En el supuesto caso de que sea el integrante masculino del matrimonio quien adquiera el bien, cuenta con libertad de pruebas y tiempo para acreditar el origen propio del inmueble.

Si bien esta es una discriminación legal, ha sido convalidada y se ha vuelto aún más estricta en el ámbito judicial, con la exigencia de que esa explicitación del origen de los fondos sea efectuada también en la escritura de compraventa.

En 1972, la Cámara Nacional Civil en pleno⁴⁰ falló determinando lo siguiente:

Después de la reforma del Código Civil por la ley 11.357 respecto de terceros y para asignarle el carácter de propio a un inmueble adquirido por la esposa, es de absoluta necesidad que la escritura contenga la manifestación que el dinero es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer.⁴¹

³⁶ C.N. Civ., Sala F, 10 de noviembre de 1988, S.G.I. y otro c/ M.M.M. L.L. 1989-C-299.

³⁷ C.N.Civ Sala G. abril 10-990 R.deF.Y.F. c/F.E.E. L.L. 1990-D.546

³⁸ Dentro del derecho civil, son bienes propios de uno u otro cónyuge aquellos de los que la persona es titular antes del matrimonio y los que, durante la unión, adquiera por herencia, legado o donación.

³⁹ “Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiera expresándose así en la escritura de compra y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer”.

⁴⁰ Cuando existen divergencias en los precedentes de las distintas salas de una misma cámara, los integrantes de todas ellas se reúnen y consensúan un criterio de aplicación sobre el tema. Esta reunión se denomina *plenario* y es de aplicación obligatoria para las salas y para los juzgados inferiores de esa jurisdicción.

⁴¹ C.N. Civil en pleno, Serrey de Drabble c/Drabble, 14 de julio de 1972. Plenarios Civiles 1912-1994, recopilados, ordenados, concordados y anotados por Daniel E. Ogando. Vera Arévalo, Argentina 1994.

Aunque cuenta con veinticinco años de antigüedad, este fallo mantiene su vigencia y su obligatoriedad en la Ciudad de Buenos Aires, y su criterio ha sido convalidado pocos años ha por distintos tribunales del país. Por ejemplo:

No es posible realizar una alambicada interpretación según la cual sería innecesaria (luego de la Ley 11.357) ya la mención contractual del artículo 1246 del C.C., bastando con la simple demostración del origen propio del dinero, pues lo primero ensayado por un solitario precedente recibió la más acerba crítica doctrinaria y lo segundo tiene su contención justamente en la aludida mención contractual.⁴²

La prueba de que pertenece a la mujer el dinero con el que adquiere bienes durante el matrimonio debe surgir de la misma escritura de compra, la que debe indicar el origen mediato o inmediato de los fondos. Así la escritura debe consignar datos lo suficientemente precisos como para posibilitar a quienes pretendan discutir la veracidad de ese origen propio remitirse a determinadas fuentes de constatación o afirmación, tales como registros, protocolos y asientos de libros.⁴³

Nuevamente, la diferencia en el tratamiento de los bienes de uno y otro cónyuge contribuye a reforzar patrones de conducta y modelos de virtud personal, pues se incorporan los distintos roles socialmente asignados a las personas sobre la base del sexo, constituyendo normas jurídicas discriminatorias para con la mujer. Solo partiendo de la premisa de que la mujer ha permanecido en su hogar y de que es básicamente incapaz de efectuar tareas que le reditúen económicamente, es pensable un régimen que establezca condiciones diferentes para la adquisición de bienes propios de hombres y mujeres. Así, la idea tradicional de las responsabilidades matrimoniales diferenciadas por el sexo como un marido-proveedor y una esposa-encargada del ámbito doméstico sigue ejerciendo una fuerte influencia en lo que los jueces piensan acerca de cómo deben comportarse hombres y mujeres, y en el modo en que ellos mismos se perciben.

...ha nacido para agradar ...

Dentro de esta representación diferenciada de los sexos, el atributo de la belleza es considerado propio de las mujeres y el aspecto físico, una cualidad menos valorada en el varón. Hemos encontrado que los sentenciantes evalúan en distinta medida los daños físicos y estéticos ocasionados a hombres y mujeres.

Esta diferencia se observa claramente en dos sentencias dictadas, con diferencia de un mes, por una misma sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal sobre el daño estético sufrido por un hombre y el padecido por una mujer. En el caso, un varón sufrió, en un accidente automovilístico, la deformación de su pierna (bultoma que deformó el miembro) con secuelas físicas y psicológicas que, en el momento de la sentencia, no habían cesado. Ante el pedido de indemnización por lesión estética, el tribunal expresó lo siguiente:

La lesión estética tiene repercusión de diversa índole. Puede importar un lucro cesante, si la persona se dedica a una actividad en la que el

⁴² C. Civil y Comercial, Rosario, Sala II, 2 de marzo de 1992. O.;cR.;c S/suc J. 89-179.

⁴³ T.S. Santa Cruz, 10 de diciembre de 1992. R.; A. c/G.G. J.A. 1994-2-664.

exterior de su cuerpo es el elemento de la ocupación útil, o ve perdidas o disminuidas las ganancias durante un tiempo [...]; **también puede ser pérdida de una chance cierta futura y un daño moral por la fealdad provocada. En el caso, es indudable que por las ocupaciones del actor —profesión de tintorero— debe enmarcarse ese daño en la faz extrapatrimonial y englobar el daño patrimonial.**

44

Un mes después, la misma sala intervino en el caso de otro accidente automovilístico, en el que una mujer de 27 años había padecido lesiones estéticas consistentes en un abultamiento en el hombro izquierdo y una herida de 8 cm (aunque conservaba la movilidad completa e indolora) y, en el rostro, sobre la sien derecha, una cicatriz de 2 cm. La sala llegó a la siguiente solución:

En el caso de autos no hay lucro cesante ni se advierte incapacidad sobreviniente, puesto que tampoco hay elementos que indiquen que la actora se ocupe ni se haya ocupado de una actividad como la expuesta, **pero sí hay lesión estética con pérdida de chance pues si bien ha sido telefonista y se recibió de sicóloga, en virtud de su sexo y edad juvenil, se disminuye su potencial de exhibición al modificarse su natural configuración orgánica en partes visibles.**

45

En el caso del varón, el valor estético solo está considerado como tal en la medida en que su pérdida tenga relación directa con el lucro cesante, es decir, en el supuesto en que se utilice el aspecto físico como fuente de ganancia económica. El aspecto físico de un varón parece no tener otra utilidad para los jueces. En el caso de la mujer, en cambio, la lesión estética disminuye su “potencial de exhibición”. Sin embargo, ni una telefonista ni una psicóloga necesitan su aspecto físico más que un tintorero para su desarrollo profesional o laboral. En el mismo sentido, se expresa el dictamen del Asesor de Menores de Cámara que citamos al principio del trabajo.

La consideración del aspecto físico femenino como dato relevante es propia de la sociedad en general. Según esta concepción, la mujer, cuanto más bonita y joven, más posibilidades tendrá de obtener un puesto de trabajo o un marido. Basta con revisar la columna de avisos clasificados de cualquier diario para comprobar que la “buena presencia” de la mujer es una condición *sine qua non* para acceder a un empleo. Lo que los jueces y el Asesor de menores hacen es plasmar claramente la valoración social de la belleza femenina como un atributo de su personalidad y como un arma de desarrollo vital.

... su objeto principal es procrear y cuidar de los hijos...

⁴⁴ C.N. Civ., Sala C, 23 de noviembre de 1993, CARAM Lazaro c/FABBARO Luis s/daños y perjuicios. El destacado es nuestro.

⁴⁵ C.N.Civ. Sala C dic-30 –993 CAMPORA Viviana c/DEL MEDICO Daniel A. s/daños y perjuicios” el resaltado es nuestro.-

El matrimonio transforma a la mujer en madre, lo que le permite cumplir el fin principal que la sociedad le atribuye. Matrimonio y maternidad son categorías inescindibles y prácticamente idénticas.⁴⁶ En 1991, una Sala de la Capital Federal estableció lo siguiente:

El fin del matrimonio se concreta en esa excelsa virtud que es la maternidad. Una cosa es propiciar el reconocimiento de los derechos de la mujer en igualdad frente al hombre [...], pero otra distinta es llegar a denostar la maternidad sobre la única base del placer y pretender que el aborto no tenga otro límite que la propia decisión. Concepciones de este género son embates directos contra la esencia misma del matrimonio.⁴⁷

Una vez madre, la sociedad le exige un determinado comportamiento, y los jueces son los encargados de hacerlo cumplir. La mujer deberá perpetuar el linaje del marido trayendo al mundo hijos legítimos y sanos. Será ella la encargada de la administración doméstica cotidiana, y su comportamiento irreprochable y su buena reputación tutelarán la honorabilidad de la familia.

Detengámonos en un caso testigo del discurso judicial. Una mujer fue contratada por la revista *Playboy* para ser retratada desnuda. Se obtuvieron fotografías altamente sensuales. El contrato estableció la cesión de los derechos de publicación y reproducción de aquellas fotografías, que fueron publicadas por la editorial a principios de 1988. Posteriormente, en abril de 1989 y en mayo de 1991, nacieron los hijos de la mujer.

En 1992, llegó a oídos de la mujer que la editorial pretendía publicar nuevamente aquellas fotografías. La mujer se opuso. La editorial, invocando la vigencia del contrato referido, rechazó la oposición y reprodujo el material. La mujer promovió juicio contra la editorial reclamando el resarcimiento del supuesto daño moral padecido. Los jueces hicieron lugar a su pedido y condenaron a la editorial a indemnizar económicamente a la pareja y a sus niños. Entre los argumentos utilizados en el dictamen del Asesor de Menores de la Cámara de Apelaciones, se sostuvo lo siguiente:

En casos como el nuestro podía ser objetable la eventual disposición de las fotos por parte de la madre luego de haber tenido a sus hijos [...]. Si la madre ha dejado ese tipo de actividad con motivo de su maternidad, sus hijos son quienes tienen el mayor derecho a favorecerse con la actitud de su progenitora. Ella ya no es una mujer que, a través de sus sensuales desnudos, provoca a los adquirentes de la revista *Playboy*, sino alguien que decide cambiar esa presentación ante la vida y pasa a mostrarse como una madre de familia.⁴⁸

⁴⁶ La justicia argentina se hace eco del pensamiento eclesiástico. Recordemos que, en 1998, en su Carta apostólica del 1º de octubre, "Sobre la dignidad de las mujeres", el Papa Juan Pablo II se refirió a la especial capacidad de las mujeres para cuidar de otros en la maternidad o en el celibato.

⁴⁷ C.N. Civ., Sala C, 9 de abril de 1991, K. E.V. c/O., M.E. s/divorcio vincular. *Revista de Derecho de Familia*, Tomo 6, Abeledo Perrot.

⁴⁸ Dictamen del Asesor de Menores de Cámara en autos A.C. c/EDITORIAL PERFIL S.A. s/daños y perjuicios. Cám. Nac. Civ. Sala D, 17 de julio de 1996. Señalamos, en este caso, las consideraciones del Asesor de Menores de Segunda instancia, no solo por su jerarquía dentro de la estructura judicial, sino, además, porque la sentencia de la Cámara se apoya expresamente en su dictamen.

Vemos reiterado, una y otra vez, un modelo de vida familiar que atribuye roles de género diferenciados y específicos tanto a hombres como a mujeres. En ese modelo, las mujeres están encargadas de brindar afecto, cuidar de los niños y de la vida doméstica, es decir, centrar su vida en el hogar y las labores para las que están “naturalmente” preparadas.

Además de ser la función primordial de la mujer, la constitución de una familia redime y transforma a la mujer en otra distinta. Otra vez, surge la necesidad de que la mujer sea *honest*a en el sentido definido anteriormente. En el caso, la conducta decorosa de la mujer es una derivación de su condición de madre. La misma maternidad, por un lado, redime y limpia la vida anterior “anormal” y, por otro, le impone un patrón de conducta según “las pautas de la sociedad en que vivimos”, conforme los dichos del asesor.

Para los jueces, una madre no puede ser una mujer sensual e inspiradora de deseos. Por el contrario, y parafraseando lo dicho por la Corte Suprema de Estados Unidos hace más de ciento veinte años: “La mujer es dueña de un destino superior, y su misión es la de cumplir con el noble y benigno oficio de mujer y madre”.⁴⁹

“...(*hijos*) que da al varón” (*las mujeres no hacen linaje*)

Hasta aquí, hemos analizado cómo, en el discurso judicial, la imagen de la mujer sigue siendo la de una persona sumisa, casta, subordinada a la voluntad marital y consagrada al cuidado de los hijos. Esta imagen se completa con la del varón como eje alrededor del cual se estructura toda la familia. El varón es el “titular” de la familia constituida por ambos (en el sentido del *pater familias* romano) y tiene, entonces, prerrogativas de las que todavía la mujer carece.

Por esta razón, como ya hemos descrito, tiene la potestad de ejercer el acto del reconocimiento de paternidad casi con arbitrariedad. Veremos enseguida que él solo tiene, además, el derecho de excluir del seno familiar a un hijo nacido de su esposa y que sabe que no es suyo. Tiene, también, el enorme privilegio de “nombrar” a sus hijos. Ellos llevan su apellido, el único que se perpetuará de generación en generación. El varón tiene, entonces, el poder de selección, de determinar quién integra y quién no integra el grupo familiar (como un eco del *tollere liberos* romano y la *amphidromía* griega)⁵⁰ y el doble privilegio de nombrar a sus hijos y verse continuado en ellos.

*En noviembre del pasado año 1999 la Corte Suprema ha resuelto un caso de resonancia nacional, rechazando el derecho de una mujer a denuncia que su marido (al momento del nacimiento de su hijo) no era el padre del niño, para así otorgarle a la criatura su verdadera identidad.*⁵¹ Vale la pena detenerse en él.

La señora D. contrajo matrimonio con el señor O. en 1979. Problemas de fertilidad del marido les impidieron tener hijos. El matrimonio entró en crisis, y en 1983, la señora inició una relación afectiva con P.V. Un año después, la señora D. quedó embarazada. O. atribuyó el embarazo al éxito del tratamiento médico que supuestamente estaba siguiendo, circunstancia que D. creía.

⁴⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Bradwell vs. Illinois*, 1872.

⁵⁰ *Tollere liberos*: al nacer el niño, la comadrona lo depositaba en la tierra, de donde era levantado por el padre. Con este gesto de apropiación, lo introducía en su derecho, pues *tollere liberos* quiere decir también “adquirir la potencia paterna”.

Amphidromía: ceremonia que se efectuaba en la Antigua Grecia, en la que el niño era llevado alrededor del fuego por la comadrona y era depositado en el suelo, lugar donde recibía un nombre. Este ritual tenía una doble función: darle el nombre y recibir el reconocimiento del genitor ante testigos.

⁵¹ *D. de P.V. c/O s/impugnación de paternidad. C.S.J.N. D 401 XXXIII 01-11-99.-*

Para septiembre de 1984, época del nacimiento del niño (S.O.), el matrimonio había dejado de convivir y, hacia marzo de 1985, D. vivía con P.V. Ambos tuvieron dos hijos más, y hasta el día de hoy, siguen conviviendo.

A mediados de 1987, la señora D. se enteró en forma circunstancial (en el marco de una consulta médica) de la gravedad e irreversibilidad de la lesión que padecía O., y su consiguiente imposibilidad de engendrar, por lo que mal podía ser el padre del pequeño S. Inmediatamente, dejó de percibir la cuota de alimentos de su ex-marido e inició un largo peregrinaje por los tribunales argentinos a efectos de impugnar la paternidad atribuida a O. y obtener el emplazamiento legal de S. como hijo de su verdadero padre.

La dificultad con la que se encontró D. tiene relación con la normas de derecho interno vigentes. Conforme el sistema del Código Civil argentino, se presume que el niño nacido de una mujer casada es hijo del marido. Esta presunción puede ser derribada por prueba en contrario, que demuestre que ese niño no es hijo de ese hombre. Tal impugnación solo puede ser ejercida por el marido (supuesto padre) o el hijo (una vez alcanzada la mayoría de edad). No tienen titularidad ni el padre biológico ni la madre⁵².

Los motivos esgrimidos por los distintos autores que se oponen a permitir a la madre que impugne la paternidad matrimonial son, al igual que los de los que se negaban a otorgarle ese derecho al hijo, cuestiones de índole moral más que jurídica. Se enarbola la bandera de la protección de la paz familiar. Lo cierto es que, doce años atrás, cuando se sancionó la ley que supuestamente otorgaba iguales derechos y obligaciones a ambos progenitores en la educación y el cuidado de los hijos, se omitió incluir a la mujer en uno de los artículos fundamentales en la protección de la identidad de sus hijos.

Una vez relatados suscitadamente los hechos en cuestión y esbozado someramente el marco legal sobre el que se dibuja la discusión jurídica, podemos pasar a analizar la sentencia dictada por la Cámara y la *confirmación del fallo por la la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.-

Dijo la Cámara Nacional de Apelaciones:

La disposición del artículo 259, que otorga al marido y no a la esposa la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino, se trata del medio que la ley suministra al esposo para desvirtuar la presunción legal de paternidad que le es ajena, en cambio la negativa de la acción a la madre se ha fundado en la *regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ya que implicaría invocar su propio adulterio [...]. El legislador consideró conveniente otorgar el ejercicio de la acción de marras exclusivamente al marido de la madre y al hijo, y no a la progenitora ni al supuesto padre biológico, y esta última circunstancia pone en evidencia que **no se trata de una distinción fundada en el sexo, sino que atañe a otras valoraciones.**

⁵³

El hombre y la mujer no se encuentran en un pie de igualdad frente al derecho de reclamar la paternidad biológica de un hijo. Es cierto que la situación de un hombre que quiere

⁵² Art. 243 C.C.: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad de matrimonio, salvo prueba en contrario."

Art. 259 C.C.: "La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo."

⁵³ C.N. Civ., Sala B, abril de 1997. D. de P.V. c/O. s/ impugnación de paternidad matrilial.

desvincularse de una paternidad que no le es propia es distinta de la de la mujer que pretende atribuirle a su hijo su verdadera identidad basándose en una relación extramarital. Sin embargo, también es cierto que los jueces, al fallar, olvidan un supuesto en el que el varón sí está en igual condición que la mujer cuando quiere impugnar la paternidad: es el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial. Al varón, no solo no le está vedado reconocer como propio un hijo nacido fuera del círculo familiar, sino que si no lo hace voluntariamente, será pasible de una condena de resarcimiento por el daño moral ocasionado.

En el caso que analizamos, la verdadera filiación del niño (sobre el que se hicieron numerosos análisis genéticos que están agregados a los expedientes, y que los jueces no pueden ignorar) no está en duda. El fallo sostiene un fundamento que no se adecua a la realidad de los hechos en el caso particular y desnuda el prejuicio y la discriminación.

La mujer no puede ser dueña de su cuerpo ni de su sexualidad. No puede, frente a situaciones similares a las de los varones, ejercer los derechos que a ellos les están reconocidos. Se la debe castigar por su falta, confundiendo su rol de madre con su rol de esposa, y otorgando al varón el derecho sobre el cuerpo femenino y su prole. Se confunden así las relaciones paternofiliales y las conyugales, ya que el adulterio constituiría una falta hacia el otro integrante de la pareja, pero no hacia los hijos.

La argumentación de los jueces trasunta un criterio prejuicioso y consecuentemente discriminatorio respecto de la mujer. Evidentemente, se la pretende castigar, y se la castiga. Se la sanciona con fundamento en una conducta sexual que el marido (así como los jueces) considera reprochable, negándole la posibilidad de esclarecer la identidad real de sus hijos, situación a la que, como se dijo, no está sujeto su marido, quien en todo momento puede reconocer hijos extramatrimoniales.

Nuevamente, debemos remitirnos al concepto de *honestidad* al que nos hemos referido. Creemos, además, que esta lógica responde a una organización del mundo *en masculino*, que implica que el mundo, incluida la reproducción humana, es de y para los hombres. Son únicamente los hombres los que deben ser reproducidos, mientras que las mujeres solo son un medio necesario para que se cumpla ese fin.

*La Corte, en su fallo, no solo confirma la decisión de la Cámara Civil sino que incluye además a ingresa un nuevo argumento, cual es la **paz familiar**,.- Los 6 jueces que rechazan el recurso extraordinario, consideran que el artículo 259 no violenta el principio constitucional de igualdad ante la ley sino que es una reglamentación posible a la tensión que surge entre el derecho a conocer la verdadera identidad biológica y la mentada "paz familiar".-*

...La presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima... De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación, surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de paternidad consagrada por la reforma de la ley 23.264.-⁵⁴

Como dijimos, toda la vida familiar se estructura alrededor de este varón del cual la familia depende, no solo económica y emocionalmente, sino para ser reconocida como tal. La falta

⁵⁴ C.S.J.N . fallo nota 51.-

de padre se hace patente, entonces, como un castigo que la madre transmite a su hijo, ya que es una ausencia física y legal que se percibe a la sola invocación del nombre del sujeto. *Se promueve además la conservación de un grupo familiar basado en el engaño y la hipocrecía, pero con la presencia de un varón y “legítimamente consitituido”.-*

Transitar en la vida sin más apellido que el materno y sin poder alegar la paternidad causa en cualquier persona un daño psíquico marcado.⁵⁵

El supuesto contrario, el de una madre ausente o inexistente (circunstancia que no es imposible de pensar teniendo en cuenta los avances científicos en ciencia reproductiva) no es un dato que el hijo esté obligado a revelar, aun contra su voluntad. El varón es el que marca la familia, el que permanece siempre, con su presencia y con su ausencia. Como reza el antiguo refrán castellano: “Las mujeres no hacen linaje”⁵⁶. La mujer hace hijos para el linaje de otros, pero ella misma carece de descendencia, de genealogía. La mujer hace hijos para el linaje de otros e hijas para que, cuando ella muera, otra mujer la sustituya en ese menester.

Para la ley argentina, los hijos llevan el apellido paterno, y solo serán nombrados con el apellido materno en primer término cuando no tengan apellido paterno. Es decir que portar solamente el apellido materno será la prueba de la falta de paternidad reconocida y la muestra de la “falta” o la “caída en deshonra”. El apellido de la madre será siempre adicionado a petición de ambos progenitores⁵⁷. Ya por sí misma, esta normativa puede ser tachada de discriminatoria. Hemos, sin embargo, encontrado fallos que avanzan más allá, confirmando el sentido “decorativo” de esta adición y la escasa (si no ninguna) importancia como dato filiatorio.

Analicemos el siguiente ejemplo: un hombre, viudo y vuelto a casar, solicita al tribunal le permita suprimir del nombre de su hijo/a el apellido de su madre (muerta) a fin de lograr la igualdad entre ese menor y los hijos habidos en un segundo matrimonio. Los jueces, en una brevísima resolución, hacen lugar al pedido, alegando:

Si bien una vez que el apellido materno se ha adicionado al paterno no se lo puede suprimir, la existencia de justos motivos puede autorizar el cambio o modificación, tal circunstancia deber ser apreciada con benevolencia cuando se trata de menores que, por su edad, no han extendido sus actividades fuera del ámbito familiar.⁵⁸

Si bien el fallo se extiende una página más, no se encuentran otros fundamentos de la resolución más que los transcriptos. En todo los considerandos, no hallamos una sola

⁵⁵ Cámara Nacional Civil, Sala L, 23 de diciembre de 1994. Voto del Dr. Polak. L.L., 1995.E-10.

⁵⁶ Este refrán no hace sino reiterar la creencia antigua en el sentido de que los hijos son un “producto” del padre. Recordemos, solo como ejemplo, lo escrito en el *Digesto* por Ulpiano: “El embrión (*partus*)”, comenta Ulpiano, “es una parte integrante (*portio*) de la mujer, de sus vísceras. Pero tan pronto como está totalmente separado el hombre puede, por un derecho que le pertenece (*jure suo*) reclamarlo, exigir que le sea presentado, y llevárselo consigo” (Ulpiano, *Digesto*, 25,4,1,1. Citado por Thomas Yan en *Historia de la familia*, Tomo I, Burguiere Klapisch Zuber, Segalen Zonabend, Alianza, 1988.

⁵⁷ Ley 18.248, art 4to.: “Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá [...] agregarse el de la madre [...]. Una vez adicionado el apellido, no podrá suprimirse.” Artículo 5to.: “El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, aunque sea simultáneamente o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre en la forma dispuesta en el artículo anterior.”

⁵⁸ CNCIV Sala D junio 8-1993 C.M.M.L. L.L. To. 1994-E, pag. 607 en adelante.-

mención a la madre de la menor. Esta mujer es la gran ausente. Ella no tiene ningún derecho que deba tomarse en cuenta en el momento de resolver. Al parecer, no es necesario determinar cuál fue la finalidad que tuvieron en mente esos padres (y, en especial, la madre muerta que ya no puede hacerse oír) al inscribir a su hijo/a con ambos apellidos.

Es que la mujer no tiene nombre para transmitir. Transitará por la vida con el apellido paterno para luego, de casada, adquirir el de su marido. Por ello, los jueces “aprecian con benevolencia la situación” y admiten la eliminación del apellido.

¿Qué habría pasado en caso contrario, es decir, si el muerto hubiera sido el marido y la mujer solicitara modificar el apellido de sus hijos? Esta hipótesis ni siquiera es pensable dentro del régimen legal argentino vigente. Nuevamente, encontramos la discriminación legal. Pero, además, es socialmente impensable. La transmisión del apellido paterno, de generación en generación, es un hecho asumido por la sociedad de manera casi natural e inmodificable.

De esta manera, el derecho envía un claro mensaje sobre “lo natural” y “lo normal”. La maternidad es percibida solo como función biológica no trascendida, al servicio de una paternidad socio-legal que se apodera de la madre y de su fruto para ponerlos bajo su ley. No hay maternidad social si la mujer no puede transmitirse a sí misma como referente, y si no tiene un nombre que sea el garante de su participación activa en la configuración de la sociedad y de las leyes que la regulan.⁵⁹

Está la discreción de una casada
en amar y servir a su marido;
en vivir recogida y recatada,
honesta en el hablar y en el vestido;
en ser de la familia respetada,
en retirar la vista y el oído,
en enseñar los hijos, cuidadosa,
preciada más de limpia que de hermosa.-
¿Para que quiero yo que, bachillera,
la que es propia mujer concetos diga?
LOPE DE VEGA, *La dama boba*

Conclusiones

La revisión y el análisis del conjunto de sentencias y dictámenes que constituyeron nuestro universo de estudio nos han permitido arribar a las siguientes conclusiones:

1. Han sido eliminadas gran parte de las discriminaciones legales. De esta manera, ha quedado prácticamente consagrada la igualdad de género.
2. No obstante, el Poder Judicial sigue pronunciándose conforme a viejos modelos sociales.
3. La justicia continúa siendo un instrumento de control social sobre las mujeres.
4. El imaginario judicial continúa atribuyendo funciones estereotipadas a uno y otro sexo, asegurando el desigual reparto de poder entre géneros.
5. Hombres y mujeres peticionan conforme a esta ideología.

Las mujeres fueron relegadas históricamente a la esfera doméstica y de la familia, excluidas del mundo público y económico. Hasta hace pocas décadas, esta asignación social estaba convalidada legalmente. Sin embargo, pesar de los cambios recientes en la organización

⁵⁹ Para una aproximación al concepto de maternidad social, ver Victoria Sau, ob. cit.

social y legislativa, que han modificado por fuerza la exclusividad del mundo público en manos de los hombres, la Justicia sigue asignando funciones de género “naturales” a la hora de resolver conflictos individuales y racionalizando la continuidad del *statu quo*. Es decir que estos preconceptos judiciales sobrevivieron a los cambios legislativos, y la Justicia se erigió, entonces, en el último baluarte de los viejos valores sociales. Nos encontramos con un poder conservador, resistente al cambio, que ejerce una sorda resistencia a la novedad legislativa. De esta manera, el Poder Judicial sigue siendo un instrumento social de control que perpetúa la desigualdad de género. Concluimos, entonces, que no son las leyes las que deben ser cambiadas, o al menos no solo ellas, sino los estereotipos, parte del imaginario judicial.

La ley, por sí misma, no elimina las desigualdades, por mucho y muy frecuentemente que las señale y condene. El trabajo debe realizarse también sobre el sistema de valores de los magistrados y los funcionarios judiciales para eliminar todo resabio sexista.

Resulta llamativo que, en el universo de casos relevado, hayamos encontrado un solo caso de alimentos solicitados para sus hijos por un padre que ejerce la tenencia, caso en el que el juez reafirmó las diferentes funciones atribuidas a uno y otro sexo, al fallar con criterio diferente del que habría utilizado en el caso en que una mujer fuera la peticionante.

Se genera un círculo que se retroalimenta: los jueces fallan conforme a estos viejos preconceptos. Las mujeres (y también los varones) acuden a reclamar de acuerdo con lo que ha sido convalidado anteriormente por la Justicia. Y así sucesivamente. Por esta razón, sería de fundamental importancia que se trabajara no solo sobre la ideología de los jueces, sino también sobre todos los operadores del derecho, implementándose políticas públicas que tiendan a modificar la situación denunciada.-

Los hombres y las mujeres no solo deben conocer sus derechos y obligaciones, sino también manejar herramientas que les permitan diseñar nuevas formas de relación intrafamiliar y social, garantía de una sociedad más justa y equitativa.