

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL COMO UNA HERRAMIENTA IGUALITARIA: LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LXS HIJXS

Por Liliana Ronconi

Recibido: 31.08.2015

Aceptado: 29.09.2015

RESUMEN

Históricamente, lxs padres, han tenido derecho a elegir el nombre de pila de sus hijxs conforme las pautas establecidas, particularmente la ley N° 18.248. Ahora bien, no ha sucedido lo mismo en el caso del apellido. Salvo excepciones (básicamente falta de reconocimiento o ausencia del progenitor) se ha colocado obligatoriamente a lxs hijxs el apellido del padre. La regulación del apellido de lxs hijxs resultó modificada con el reconocimiento del matrimonio igualitario. Sin embargo, esta no rompió con la situación de desigualdad padecida por las mujeres casadas con hombres o cuyxs hijxs fueran reconocidos por hombres. Esta situación ha sido reformada en el nuevo Código civil. ¿En que se fundamenta este cambio? Básicamente en entender que la “antigua” legislación implicaba prácticas discriminatorias en perjuicio de las mujeres. Demostrar esta circunstancia es el objeto de este trabajo, como asimismo, indicar que la modificación legal que implica el nuevo Código Civil resultaba necesaria a fin de que dar lugar a situaciones de “reconocimiento”.

PALABRAS CLAVE

Igualdad- Apellido- Hijxs- Código Civil

THE NEW CIVIL CODE ACTING AS AN EQUALITARY TOOL: THE SON'S SURNAME REGULATION

By **Liliana Ronconi**

ABSTRACT

Historically, both parents have had the right to choose the name of their children, under the regulation of the so called "law of name" (No. 18.248). However, this has not been the same in the case of the surname of the children. With a few exceptions (e.g. non-recognition or absence of a parent) compulsorily the children take the father's name. The regulation of children's surname was modified with the recognition of same sex marriage (or "equal marriage"). However, this did not change the situation of inequality suffered by women married to men or children recognized by men. This situation has been restored in the new Civil Code. Which are the reasons of this modification? Basically, the "old" legislation implied discriminatory practices against women. My aim in this paper is to demonstrate this fact and, indicate that the legal change was necessary in order to give rise to situations of "recognition".

KEY WORDS

Equality-Surname -Children- Civil Law

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL COMO UNA HERRAMIENTA IGUALITARIA: LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LXS HIJXS

Por Liliana Ronconi*

1. INTRODUCCIÓN

Desde unos años se ha comenzado a hablar del proceso de “constitucionalización del derecho privado”. Este proceso implica un fuerte impacto de los derechos fundamentales en la regulación de las relaciones entre particulares. Hoy en día, es posible hablar de un proceso de mayor peso: la necesaria influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la regulación de las relaciones de particulares entre sí y con el Estado. Esto se ve reflejado en la normativa constitucional desde la reforma de la Carta Magna en el año 1994, en especial mediante el otorgamiento de jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” a diferentes instrumentos de derechos humanos.

Sin embargo, este proceso no ha estado exento de problemas. Quizá el principal ha sido la obsoleta normativa (infraconstitucional) que hasta hace pocos días (últimos días del mes de julio del año 2015) continuaba regulando las relaciones entre privados: el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield y aprobado *a libro cerrado* el [25 de septiembre](#) de [1869](#), mediante la [Ley N° 340](#), entrando en vigencia el [1 de enero](#) de [1871](#) y sus normas complementarias, en particular la Ley del Nombre, N° 18.248, del 10 de junio de 1969, fuertemente reformada en el año 2010 por la Ley de Matrimonio Igualitario, N° 26.618. Pese a la necesidad de constitucionalizar el derecho privado, estas normas han mantenido su vigencia y, en muchos casos, en abierta contradicción con los principios fundamentales emanados del derecho internacional de los derechos humanos e incluso la propia normativa constitucional.

Sin embargo, a partir de 1º de Agosto de este mismo año entró en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial, Ley N° 26.994. En particular nos interesa rescatar que el nuevo Código Civil no implica solamente una modificación en la regulación de las actividades y relaciones entre particulares, sino principalmente se hace eco de, y toma para sí, la implicancia de los derechos humanos en todos los ámbitos del derecho, en especial, asume una mirada fuerte del principio de igualdad en las relaciones entre particulares. Al respecto, sostienen HERRERA y CAMELO (2015: 11) que “la aludida

* Abogada. Becaria doctoral Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investigadora adscripta, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “L. A.

“constitucionalización del derecho privado”, además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos”.

En este sentido, nos proponemos analizar el derecho que tienen lxs progenitores en la elección del apellido que llevarán sus hijxs. Para esto realizaremos un recorrido histórico sobre cómo ha sido su regulación en la normativa nacional, identificando 3 etapas: a) antes de la sanción de la ley de matrimonio igualitario en julio de 2010; b) desde esa fecha hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (1/08/2015); c) desde el 1º de agosto de 2015 en adelante. En cada una de estas etapas, identificaremos los problemas que esa normativa tiene a la luz de una concepción robusta de igualdad.¹

2. LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LOS HIJOS A LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El nombre, compuesto por el nombre de pila y el apellido, es un atributo de la persona. En nuestro país se encuentra legislado por normas de derecho común y reglamentarias de derecho local; sin embargo, no debe perderse de vista que el fundamento del derecho al nombre es constitucional/convencional (art. 75 inc. 22, precisamente, los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica).

Hasta la sanción del nuevo Código Civil la regulación del apellido de los hijos se efectuó mediante la ley del nombre, Ley N° 18.248 vigente desde el año 1969. Esta ley sufrió una importante modificación en cuanto a la regulación del apellido de los hijxs en el año 2010, al sancionarse la ley de matrimonio igualitario, Ley N° 26.618, al incorporar la opción de elegir el apellido de los hijos en las parejas del mismo sexo. Esta regulación es completamente modificada en el nuevo Código Civil y Comercial. Así, en la regulación del apellido de lxs hijxs, analizadas a la luz del principio de igualdad, es posible identificar 3 etapas. Nos detendremos en lo que sigue al análisis de estas etapas a fin de determinar porque era importante su modificación y cuán valiosa resulta la nueva normativa.

2.1 El Código Civil de Vélez y la Ley del Nombre

El Código Civil histórico no reguló la situación del nombre de las personas, sino que dejó el tema para su regulación por una ley especial. Esta ley se sancionó en el año 1969, y fue conocida como la Ley del Nombre (ley N° 18.248).

En lo que aquí interesa, esta ley establece lo siguiente: “Art. 4º *Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el*

Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, email: lmronconi@gmail.com.

¹ Sobre Concepciones de igualdad, v. SABA, 2012; CLERICO, RONCONI, ALDAO, 2013.

interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los 18 años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse”.

El siguiente art. 5° reza: “*El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera.”*

De esta manera, el apellido de lxs hijxs históricamente fue determinado por el hombre, y en su defecto (por ejemplo, en casos de hijxs no reconocidos por el padre) por la mujer. Así, los legisladores privilegiaron el sistema del apellido único paterno, aunque con algunas excepciones. En este sentido, si bien se permite en el caso de hijos matrimoniales la inscripción de ambos apellidos, la regla es que siempre primero se coloca el del padre y luego (en forma opcional) el de la madre.

Así, es necesario indagar el motivo que justifica esta distinción entre hombres y mujeres en lo que respecta a la elección del apellido de los niños/as. De esta manera, podremos demostrar que el establecimiento del apellido por el hombre encierra prácticas discriminatorias en perjuicio de las mujeres.

La pregunta que sigue es la siguiente ¿constituyen las normas relativas a la elección de apellido de lxs niñxs, una distinción injustificada basada en el sexo? ¿Cuál es la razón fundamental de esta distinción?

La respuesta positiva se impone. Veamos.

Aún antes de la reforma constitucional del año 1994 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre las diferencias permitidas (y prohibidas) en base al sexo de las personas. Así, en un caso donde se impugnaba el decreto 7673/55 que privaba del estado policial a las mujeres, permitiéndole a los hombres optar entre mantenerlo o pasar a revistar en el escalafón del personal civil, sostuvo que: “la discriminación que efectuó el decreto 7673/55, al negar al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado policial, carece de base que la sustente; pues, si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, *sólo por ser ta♀*, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones conservando aquél estado policial.”³. En este precedente la Corte fijó el principio de que no se puede establecer una diferencia entre varones y mujeres por aquella sola condición, sino que deben existir otros motivos que justifiquen establecer la diferenciación.

La discriminación hacia la mujer, en sus distintos aspectos, también fue reconocida por los convencionales constituyentes del año 1994 que en distintos artículos, y por medio de acciones positivas,

² Énfasis agregado.

³ CSJN, Carballo (287:42).

intentaron mitigar las diferencias (injustificadas) entre varones y mujeres.⁴ Así, en cuanto a los derechos políticos, el artículo 37 estableció la igualdad real de oportunidades para el acceso a los cargos electivos. En cuanto a los restantes derechos reconocidos en la constitución y en las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos, en su art. 75 inc. 23 la Constitución establece que: "Corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, **las mujeres**, los ancianos y las personas con discapacidad" (énfasis agregado). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 2° ap. b) establece que: "Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, (...) y se comprometen a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.". Estas normas no hacen más que reconocer que efectivamente ha habido una historia de discriminación hacia ciertos grupos entre los cuales se encuentran las mujeres. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia es unánime en entender que toda diferenciación basada en el sexo configura una categoría sospechosa (GULLCO, 2007; PUGA/OTERO, 2010).⁵

Así, es a todas luces evidente que el sexo no es, en principio, un criterio permitido para establecer diferenciaciones entre las personas. Cuando se verifica la existencia de una distinción fundada en una categoría sospechosa, el análisis de constitucionalidad debe ser muy estricto y deberá ser el Estado quien justifique la constitucionalidad de dicha diferenciación (inversión de la carga justificatoria). De esta manera, rige sobre dicha clasificación una presunción de inconstitucionalidad, y es el Estado quien debe demostrar por qué está justificada. Así, las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma,⁶ b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin legítimo c) se aplica un análisis estricto de constitucionalidad.

⁴ A partir de la reforma constitucional del año 1994, y la consecuente adquisición de jerarquía constitucional de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, el estado Argentino tiene la obligación de adaptar su normativa interna a aquellos documentos internacionales. El principio de supremacía constitucional obliga a que los códigos, las leyes especiales y demás normas infraconstitucionales, deban adecuarse a bloque formado por la Constitución y las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos con igual jerarquía reconocidos en el art. 75 inc. 22 CN.

⁵ Las "categorías sospechosas", son categorías o clases que implican distinciones (basadas en el sexo, la edad, la nacionalidad, la raza) que *prima facie* son inconstitucionales por ser discriminatorias. La CSJN ha receptado dichas categorías, v. "Repetto Inés", 311:2272 (1988); "Calvo, y Pesini", 321:194/201 (1998); "Gottschau (8/8/2006)"; "Reyes Aguilera" (2007), "Sisneros" (2014).

⁶ Al comentar el fallo Repetto de la CSJN, el profesor Alberto GARAY (1989: 935) explicó el significado que debía otorgársele a la "presunción de inconstitucionalidad": "... Es manifiesto que hablar de presunción de inconstitucionalidad de una distinción normativa,... seguramente provocará, como mínimo reacciones de asombro. Creo que es la primera vez en la historia del órgano judicial supremo que se baraja la posibilidad ostensible de presumir *iurs tantum* –dentro de un proceso judicial- que una norma es inconstitucional y que para justificar su validez sustancial el Estado debe alegar razones más que suficientes para defenderla..." (el resaltado ha sido agregado).

Sostiene FERRERES COMELLA (1997: 250) que "cuando la ley afecta desfavorablemente a un grupo vulnerable, es decir, a un grupo que ha sido discriminado tradicionalmente y que en la actualidad padece aún desigualdades de hecho que le impiden actuar con plenitud en los diversos sectores de la vida social (...). El juez debe aplicar el test de razonabilidad con mayor severidad, imponiendo un test más estricto a los juicios de legitimidad, adecuación y proporcionalidad que el Estado formula ante el juez en sus alegaciones en defensa de la ley. Los grupos que merecen esta protección judicial más intensa son aquéllos que reúnen a la vez dos características: a) han sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado; y b) como consecuencias de aquellas prácticas, subsisten en la actualidad desigualdades de hecho y prejuicios arraigados que impiden a sus miembros desplegar plenamente su personalidad en los diversos sectores de la vida social y política. (...)

Que los negros y las mujeres han sido víctimas de discriminación a lo largo de la historia es algo que forma parte del consenso más amplio de las sociedades democráticas actuales."

De esta manera, toda vez que la constitución prohíbe diferenciar en función de determinados criterios, quienes sostengan la legitimidad de una norma que establezca aquella diferencia, debe fundarla en un interés estatal urgente. El principio recién expuesto debe ser trasladado al presente caso ya que también encontramos varias normas, todas con jerarquía constitucional, que prohíben expresamente las diferenciaciones fundadas en el sexo. Al evaluarse la distinción en lo que respecta a la elección del apellido de los hijos la pregunta que sigue es: ¿cuáles son las razones de peso a favor de la distinción que impide a las mujeres poner a sus hijos su apellido? O ¿se fundamenta dicha distinción en meros estereotipos carentes de justificación alguna?.

Esbozamos algunos argumentos que intentarán dar respuesta a estos interrogantes:

a) Patriarcalismo

A nuestro modo de ver, uno de los argumentos en el cual se basa la distinción que establece el artículo 4º es el "patriarcalismo".

El patriarcalismo es una tradición que viene de los viejos códigos romanos, bases de nuestro derecho civil histórico. En este sentido, la familia en el derecho romano estaba organizada en función del padre de familia (*pater familias*).⁷ Éste tenía el poder absoluto sobre la mujer, sus hijos y esclavos. Este poder no sólo se refería a la propiedad sino también a la persona. La importancia del *pater familias* del derecho romano se ha transmitido a nuestro derecho civil. Un claro ejemplo de ello es la obligación que tenían las mujeres de añadir el apellido de su marido (mediante la preposición "de").⁸ Lo mismo sucedía respecto de la patria potestad. Hasta la reforma del Código Civil por la ley N° 23.264 (1985), si bien se reconocía la patria potestad a ambos padres en el caso de hijos matrimoniales, el ejercicio le correspondía al padre, y solo si este moría o perdía la patria potestad podía ejercerla la madre.

⁷ Situación que no se verifica en la actualidad V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2014.

⁸ Con la sanción de la ley 23.515, dicha obligación pasó a ser una facultad de la mujer pudiendo optar por añadir a su apellido el de su marido.

De esta manera, llevamos el apellido de nuestro padre simplemente como un resabio de un sistema patriarcal donde el padre es el miembro principal de la familia.⁹ Esto ocasiona que muchas veces se prefiera el nacimiento de un hijo varón, porque es el que continúa con el apellido familiar, tradicional, en cambio si nace mujer ese apellido y su importancia "social" se pierde.

Esto muestra, sin duda, la pervivencia de un Estado machista. Si bien han existido importantes avances en el reconocimiento de los derechos de la mujer (ley del voto femenino, igualdad laboral, etc.), el artículo 4º de la ley 18.248 era una muestra de que la desigualdad de género¹⁰ persistía en nuestro país, no sólo en los hechos, sino también en el derecho.

Este argumento no pasa el examen de razonabilidad estricto ya que es a todas luces "discriminatorio", pues se está privilegiando un patrón cultural tradicionalmente dominante.¹¹

Además, este sistema patriarcal del hombre como jefe de familia se ha visto radicalmente modificado a raíz de la sanción de la ley de matrimonio igualitario. Esta ley nos demuestra que nuestra sociedad ya no tolera como único modelo el del patriarcalismo, sino que la sociedad ha recibido nuevos modelos de familia, conformados sobre una base distinta, sobre una base igualitaria (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2014). En este sentido, la familia ha pasado por un proceso de cambio, "ha dejado de ser una estructura jerárquica organizada alrededor de...las exigencias del mandato patriarcal. Hoy día el eje organizador de la unidad familiar es la comunidad emocional, el cultivo de la intimidad y el reconocimiento de las individualidades" (TIRAMONTI, 2005: 895).

⁹ "Men's physiology defines most... their presence defines family, defines history... These are the standards that are presented as gender neutral" (MACKINNON, 1989: 224).¹⁰ El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad. Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Observación general nº 16 "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"

¹⁰ El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad. Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Observación general nº 16 "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"

¹¹ En este sentido la Corte sostuvo que: "un trato diferenciado deparado a los padres pone de resalto la falta de reconocimiento de la norma respecto a que ellos ocupan el mismo lugar e idéntica posición en el ámbito familiar." D. de P.V.,A. c/O.,C.H. s/impugnación de paternidad (Fallos 322:2710, disidencia del dr. Vázquez, cons. 9). "If the Constitution protects only interests which comport with traditional values, the person most likely to be penalized for their way of life will be those least likely to receive judicial protection" (ELY, 1980: 62).

b) El rol secundario de la mujer en la familia. La opción del apellido materno en segundo lugar: una opción inadecuada

La desigualdad que padecen las mujeres fruto del patriarcalismo y del no reconocimiento de su rol dentro de la familia no se ve erradicada con la posibilidad que tiene la mujer casada con un hombre de que sus hijos lleven su apellido en segundo lugar, ésta es una opción inadecuada o insuficiente (CLÉRICO, 2009). En este sentido, establece el artículo 4º de la ley 18.248 "...A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre..." Agregar implica anexar, esto es "unir o agregar algo a otra cosa con dependencia de ella".¹² Tenemos entonces claramente que el apellido principal es el primero, el del hombre al cual se le pueden anexar otros. "Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad *no bastará que la medida tenga la virtud de materializar así, sea en forma parcial, el objetivo propuesto*. Será necesario que la medida *sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura*" (BERNAL PULIDO, 2011). De esta manera, la igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a la elección del nombre de sus hijos, no se alcanza mediante la opción de *agregar* en segundo lugar del apellido materno pues sigue vigente el rol secundario asignado a la mujer.

Esto habla a las claras de que la mujer sigue teniendo un rol secundario, no sólo en la sociedad sino también en la conformación de la familia.¹³ De esta manera, las mujeres caen dentro de lo que FRASER llama "grupos bidimensionalmente subordinados". Esto es, grupos que padecen tanto de una mala distribución en la estructura económica como asimismo un reconocimiento erróneo. En nuestro caso, las mujeres siguen padeciendo desventajas en lo que respecta al ámbito económico. La distribución del trabajo en las sociedades patriarcales, el desigual acceso a la educación que padecen las mujeres, conlleva la imposibilidad de acceder a puestos de trabajos igual remunerados. De esta manera, en muchos casos realizan tareas en sectores informales, o incluso reciben un salario menor que el de los hombres en iguales puestos de trabajo. Las mujeres en muchos casos no son elegidas por su posibilidad de embarazo y licencia en el trabajo, y, además, son las que continúan padeciendo en su totalidad las cargas del trabajo doméstico.

Ahora bien, las mujeres también padecen diferenciación en lo que respecta a su estatus dentro de la familia, y el artículo 4º es una clara muestra de ello. El rol del hombre sigue siendo entendido como vital, no así el de las mujeres, aún cuando en muchos casos son ellas las que más contribuyen al sostén del hogar, pues trabajan, se encargan de sus hijos y de las tareas domésticas, etc. Esta desigualdad es un instrumento que permite continuar con el sistema de género dominante: el hombre, macho. Las mujeres

¹² Cfr. Diccionario de la Lengua Española disponible en <http://www.rae.es/rae.html>

¹³ Dispone el art. 5 de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres..."

no pueden transmitir su apellido a los hijos porque "no son importantes", porque quien "lleva los pantalones" y continúa "poseyendo" la familia es el hombre.¹⁴

Para reforzar esta desigualdad, y este rol secundario de la mujer en la familia, tenemos que la única posibilidad que tenía de transmitirle el apellido a su hijo era cuando el hombre decidía abandonarla y no reconocer a su hijo¹⁵. Es paradójico que el derecho de la mujer surja –también- a partir de una decisión del hombre. Esto muestra claramente la dependencia de uno (la mujer) hacia el otro (el hombre) y la supremacía de uno sobre la otra. Lo que conlleva a que incluso, en muchos casos, la propia mujer crea, sienta y actúe como si fuera inferior al hombre.

"En la lucha contra la violencia de la mujer es necesario comprender que la dominación patriarcal no solo se expresa a través de la coerción sino también a través de las estructuras de producción y reproducción que gobiernan la distribución y la utilización de recursos, beneficios, privilegios y autoridad dentro del hogar y la sociedad en su conjunto... De forma tal que la violencia contra las mujeres no podrá eliminarse mientras la desigualdad estructural permanezca inalterada en la sociedad".¹⁶

De esta manera, luego de analizar el argumento del patriarcalismo y el de la opción secundaria del apellido materno, tenemos que la distinción establecida en el art. 4º de la ley del nombre en perjuicio de la mujer no superaba el examen estricto de proporcionalidad, pues los fundamentos de dicha diferenciación, basados en una categoría sospechosa, no tienen el peso suficiente como para revertir la presunción de inconstitucionalidad que cae sobre esta norma.

De esta manera, podemos afirmar que el artículo 4 de la ley 18.248 resultaba contrario a normas constitucionales e internacionales, que garantizan los mismos derechos y responsabilidades a ambos progenitores en todas las materias relacionadas con los hijos. Así, esta normativa simplemente era un reflejo de la desigualdad –jurídica y fáctica- que han padecido históricamente las mujeres en nuestra sociedad.

2.2 Ley de Matrimonio Igualitario

Ahora bien, este sistema del apellido paterno fue reformado por la ley 26.618 (art. 37), conocida como la "Ley del matrimonio igualitario," que ha modificado el artículo 4º de la ley del nombre. Este artículo disponía "*Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre [...] Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido*

¹⁴ Tendríamos que pensar hasta qué punto esta desigualdad no conlleva violencia doméstica (violencia psicológica) pues las mujeres siguen teniendo un rol secundario en la familia, se sigue viendo su posición como algo insignificante.

¹⁵ Por supuesto, también cuando la fecundación se logra mediante otras técnicas distinta a la copulación (ejemplo, fertilización asistida).

compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente..." Asimismo, y con respecto a los hijos extramatrimoniales, disponía el artículo 5º *"El hijo extramatrimonial reconocido por uno sólo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre..."*

Tenemos entonces que la Ley de Matrimonio Igualitario modificó la situación del apellido, reconociendo a las parejas del mismo sexo la opción de elegir que apellido pondrán a su/s hijx/s. Sin embargo, y aun cuando dicha normativa ha sido aclamada como un hito de la igualdad (CLÉRICO/ALDAO, 2010), ¿no profundiza la situación de desigualdad de las mujeres casadas con hombres?

Nuevamente la respuesta es positiva, pues la mujer que elige a un hombre como progenitor padece una gran desigualdad: ella no puede en ningún caso transmitir el apellido a su/s hijx/s. Al respecto reconoce HERRERA (2015: 156) que "la celeridad en su sanción trajo [la ley de matrimonio igualitario], como contrapartida, modificaciones parciales e insuficientes que derivaron en visibles diferencias en las normas relativas al apellido según se tratara de hijos de personas de distinto o de igual sexo. Asimismo, quedaron temas importantes sin regular".

Así, tenemos que las mujeres que se casaban con hombres o cuyas parejas reconocen a sus hijxs no podían optar por el apellido que éstxs llevarán, lo que sí existe en el caso de que lxs niñxs nazcan dentro de matrimonios conformados por personas de igual sexo o, es obligatorio cuando no son reconocidos por sus progenitores (es decir, cuando la mujer debe cargar sola con la crianza del niñx pues el mismo ha sido abandonado por su progenitor). Las mujeres casadas con hombres o que eligen tener un hijx con un hombre no podían ni siquiera formularse la pregunta, pues sus hijxs llevarán el apellido del hombre.

3 Nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código dispone en su artículo 64 que *"El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro..."*

Vemos entonces que se ha borrado en forma definitiva aquella distinción en perjuicio de la mujer. A partir de la entrada en vigencia de esta normativa todas las mujeres, casadas con hombres, con mujeres, en pareja con hombres o con mujeres podrán elegir el apellido que llevarán sus hijxs. Sin duda no faltará quien argumente que la elección del apellido no es algo relevante, que en general las mujeres no se preguntan por esta circunstancia, que el apellido del niñx no tiene un efecto discriminatorio en sí mismo. Pero es necesario ir más allá de lo que sucede todos los días, cuestionando esta "normalidad" establecida y

¹⁶ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Economía política de los derechos de la mujer*, citado en *"Un lugar en el mundo. El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia"*, COHRE, 2010. Pág. 20.

buscar razones para lograr explicarla más allá del criterio de la "tradición" o de que "siempre se hizo así" pues "la costumbre es una fuente importante de significado social, de valor y de estructura y, por ello mismo, debe ser objeto de una revisión y de una reflexión crítica" (Siegel, 2010: 49).

Esta "posibilidad de elegir" implica un reconocimiento hacia las mujeres. Implica "poner sobre la mesa" que ellas también son "cabeza de familia", rol que ya hoy en día ocupan en nuestra sociedad. Hace eco de una concepción robusta de igualdad, la "igualdad como no sometimiento" (SABA, 2012; FISS, 1999) que implica para el Estado no solo dejar de discriminar sino sobre todo realizar acciones para lograr que la igualdad sea efectiva en el derecho y en los hechos. Sostiene FRASER (2006) que para esto se requieren acciones de distribución y de reconocimiento. La opción de elegir el apellido de nuestros hijos es una forma de reconocimiento. Concretamente "en el paradigma popular del reconocimiento, en cambio, las víctimas de la injusticia...se distinguen por el respeto, estigma y prestigio de menor entidad que disfrutaban, en relación con otros grupos de la sociedad...En la coyuntura política actual, se ha extendido... a las mujeres, a las que se trivializa, cosifica sexualmente y se les falta el respeto de mil maneras" (FRASER, 2006:24).

4. A MODO DE CIERRE: EL DERECHO COMO HERRAMIENTA PARA LOGRAR LA EFECTIVIDAD DE UNA CONCEPCIÓN ROBUSTA DE IGUALDAD.

El artículo 4° de la ley 18.248 era un resabio del antiguo sistema en el cual la patria potestad estaba sólo en cabeza del hombre. Históricamente, los padres, han tenido derecho a elegir el nombre de pila de sus hijos conforme las pautas establecidas. Ahora bien, no ha sucedido lo mismo en el caso del apellido.¹⁷ Históricamente, y salvo excepciones (básicamente falta de reconocimiento o ausencia del progenitor) se ha colocado obligatoriamente a los hijos el apellido del padre. Esta situación ha sido modificada en el nuevo Código civil, que otorga a los progenitores la elección del apellido de sus hijos. ¿En que se fundamenta esta modificación? Básicamente en entender que la "antigua" legislación implicaba prácticas discriminatorias en perjuicio de las mujeres.¹⁸ Demostrar esta circunstancia ha sido el objeto de este trabajo, como asimismo, indicar que la modificación legal que implica el nuevo Código Civil resultaba necesaria a fin de que se produzcan modificaciones no sólo en el ámbito del derecho sino también en las relaciones cotidianas, esto es en los hechos. En este sentido, la flamante normativa se convierte en una herramienta que permite empoderar a las mujeres no solo en lo que hace a las relaciones familiares sino en lo que respecta a su posición en la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁷ Apellido es el sustantivo del verbo apellidar. Esta palabra tiene su origen en el latín *apellitare* y *appellare*, que significa llamar, proclamar. Permite identificar a la persona por la familia a la que pertenece. De esta manera, el nombre en su totalidad sería una de las formas de identificar a una persona.

- ALDAO, M., CLÉRICO, L. (comp.). *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas Sociales, Políticas y Jurídicas*. Eudeba, Buenos Aires, 2010.
- BERNAL PULIDO, C. "El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad" en BEADE, CLÉRICO (eds.), *Desafío de la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- CLÉRICO, L. "*El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*" Editorial Eudeba, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires. 2009.
- CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Direito GV Law Review*(17), 115-170. Recuperado el 15 de noviembre de 2014, de http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/06-rev17_115-170_-_laura_clerico.pdf
- ELY, J. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- FERRERES COMELLA, V., "Justicia constitucional y democracia", Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- FISS, O. (1999). Grupos y Cláusula de igual protección. En R. Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- FRASER, N. "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER N., HONNETH A. *¿Redistribución o reconocimiento?*, Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- GARAY, A. "Derechos Civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", La Ley, 1989-B-931.
- GIL DOMINGUEZ, A., FAMA, M., HERRERA, M. *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- GULLCO, H. "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en M. ALEGRE y R. GARGARELLA (Coord.) *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario* Lexis Nexis, Bs. As. 2007.
- HERRERA, M., CAMELO, G. "Comentario a los arts 1, 2 y 3 del CCyC" en HERRERA, CAMELO, PICASSO *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- HERRERA, M. "Comentario al art. 64" en HERRERA, CAMELO, PICASSO *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014" en Revista Jurídica La Ley, 8 de octubre de 2014.

¹⁸ Asimismo, de lxs hijxs. Al respecto ver RONCONI, 2012.

- MACKINNON, C. "Sex Equality: On difference and Dominance" en *Toward a Feminist Theory of the State* Harvard Univ. Press Cambridge, Massachusetts, 1989.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. "El apellido de la mujer casada y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento", disponible en www.digesto.catamarca.gov.ar.
- RONCONI, L. "El apellido de los hijos. En referencia a la desigualdad que padecen las mujeres y los niños/as", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia septiembre 2012, Nro. 56, Abeledo Perrot.
- SABA, R. (2012). (Des)Igualdad Estructural. En M. Alegre, & R. Gargarella, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2a. Edición ampliada ed., págs. 137-172). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SIEGEL, R. "Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución" en BERGALLO, P. (comp.) *Justicia, género y reproducción*, Buenos Aires, Librería, 2010.
- PUGA, M./ OTERO, R. "La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero", en Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Buenos Aires 28 de Julio del 2010,
- TIRAMONTI, G. "La escuela en la encrucijada del cambio epocal". En *Educação e Sociedade* (26), 92, 2005.

JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

CSJN:

- "Carballo y otros c/ Nación Argentina", fallos 287:42.
- "Repetto Inés", 311:2272 (1988);
- "Calvo, y Pesini", 321:194/201 (1998);
- "Gottschau (8/8/2006)";
- "Reyes Aguilera" (2007).
- "Sisnero Mirtha" (2014).
- Observación General nº 16, Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"
- Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Economía política de los derechos de la mujer*, citado en "Un lugar en el mundo. El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia", COHRE, 2010.