

Cecilia Fresnedo de Aguirre ↵

Los estereotipos de género y cómo deconstruirlos. Una visión desde el Derecho Internacional Privado

*Gender stereotypes and how to deconstruct them.
A vision from Private International Law*

*Estereótipos de gênero e como desconstruí-los.
Uma visão do Direito Internacional Privado*

↵ Profesora titular de Derecho Internacional Privado. Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho, Universidad de la República.

✉ ceciliafresnedo@gmail.com

Resumen: *El presente trabajo aborda los estereotipos de género reflejados en las soluciones de Derecho Internacional Privado a lo largo de su evolución. Primero se plantea un marco conceptual, a partir del cual se analiza en qué medida se han ido erradicando o no dichos estereotipos en el Derecho Internacional Privado uruguayo, tanto autónomo como convencional.*

Palabras clave: *estereotipos de género, deconstrucción, Derecho Internacional Privado, Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920.*

Abstract: *This paper addresses the gender stereotypes reflected in Private International Law solutions throughout their evolution. After a conceptual framework, it is analyzed if these stereotypes have been eradicated or not in Uruguayan Private International Law, both autonomous and conventional.*

Keywords: *gender stereotypes, deconstruction, Private International Law, Law N° 19.920.*

Resumo: *Este artigo aborda os estereótipos de gênero refletidos nas soluções de Direito Internacional Privado ao longo de sua evolução. Em primeiro lugar, propõe-se um quadro conceitual, a partir do qual se analisa em que medida esses estereótipos foram erradicados ou não no Direito Internacional Privado uruguaio, autônomo e convencional.*

Palavras-chave: *estereótipos de gênero, desconstrução, Direito Internacional Privado, Lei Geral de Direito Internacional Privado nº 19.920.*

Recibido: 31/10/2021

Aceptado: 08/06/2022

I. Planteo del tema

En el *flyer* del evento se anuncia: “Desde la Facultad de Derecho hemos identificado la importancia de combatir los estereotipos de género como uno de los caminos para lograr la eliminación de la discriminación, de manera de garantizar la igualdad sustantiva y el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Luego de algunas precisiones conceptuales, abordaremos desde el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) los estereotipos de género reflejados en las soluciones de DIPr a lo largo de su evolución. Asimismo, veremos en qué medida se han ido erradicando o no dichos estereotipos en el DIPr uruguayo, tanto autónomo como convencional.

II. Precisiones conceptuales

Veremos aquí, como punto de partida, algunos conceptos referidos a los estereotipos de género.

Así, por ejemplo, Rosario Castillo-Mayén y Beatriz Montes Berges afirman: “Los estereotipos de género son creencias sobre las características asociadas a mujeres y hombres que mantienen la discriminación de género. El estudio de los estereotipos que prevalecen en nuestros días se torna indispensable para conocer los cambios que se van produciendo en relación a este fenómeno.” (Castillo-Mayén, Montes Berges, 2014)⁽¹⁾ Ello incluye, obviamente, los cambios que se van produciendo a nivel legislativo y jurisprudencial.

Se ha sostenido que el uso de los estereotipos de género en las leyes, reglamentos, prácticas y creencias culturales, entre otros, “constituye una seria discriminación contra las mujeres (...)” (GIG, CEJU, FGN, 2020). A los efectos de deconstruir esos estereotipos, puede resultar útil recurrir –a la hora de elaborar o aplicar las normas– a instrumentos como la referida Guía para Fiscalía sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres, donde con cita de

Diana González Perrett y Alicia Deus Viana, se afirma que: “Los estándares jurídicos internacionales son una construcción doctrinaria y jurisprudencial que se consideran principios generales del derecho, doctrina autorizada o *softlaw*.” Dichos estándares internacionales son instrumentos útiles para los jueces y otros operadores jurídicos a la hora de interpretar y aplicar las normas generales al caso concreto (GIG, CEJU, FGN, 2020), y también para el legislador cuando regula determinada cuestión.

Afirman Cook y Cusack que: “Asignar estereotipos hace parte de la naturaleza humana. Es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea.” Ahora bien, “...para abolir todas las formas de discriminación contra la mujer, es necesario darle prioridad a la eliminación de los estereotipos de género” (Cook, Cusack, 2010), afirman. Y agregan: “La eliminación de algunas de las más ocultas y a la vez más generalizadas formas de discriminación contra las mujeres exige la deconstrucción de los estereotipos de género, los cuales son notablemente resilientes y resistentes a ser erradicados o reformados.” (Cook, Cusack, 2010).

Por su parte, Mila Amurrio Vélez (et. al.) sostienen que “Los estereotipos de género son las características, los rasgos y las cualidades que se otorgan a las personas según su sexo. Estas características se asignan a cada sexo en base a los roles e identidades que socialmente se han venido asignando a los hombres y a las mujeres.” (Amurrio Vélez et. al, 2012)

Resulta fundamental tener en cuenta, a la hora de deconstruir los estereotipos de género, que las normas jurídicas “no son un objeto estático, sino más bien una creación histórica, ‘una invención humana, en constante y dinámica construcción y reconstrucción’.” (Chiarotti, 1994)

Las normas jurídicas han sido y siguen siendo creadas por personas pertenecientes a una determinada sociedad, donde existen determinados estereotipos de género. La historia muestra que la participación masculina era mayor tanto en la creación como en la aplicación del derecho (Chiarotti, 2006), situación que ha venido cambiando en distinta medida según los países y regiones.

En otras palabras, los estereotipos de género varían a lo largo de la historia, y repercuten en la forma en que el Derecho es codificado y aplicado a los casos particulares.

III. Los estereotipos de género y la legitimación de la subordinación legal de la mujer en el DIPr

Como afirman Cook y Cusack, los estereotipos “han jugado un papel central en la perpetuación y legitimación de la subordinación legal y social” de las mujeres (Cook, Cusack, 2010). Se trata de un fenómeno indiscutible.

También debemos reconocer que se viene dando una evolución en cuanto a la repercusión de los estereotipos de género en el Derecho, tanto en su codificación como en su aplicación, que varía de un país a otro, de una región a otra, y también de una rama del Derecho a otra. Ello también se refleja en la elaboración de algunos instrumentos supranacionales específicos, como por ejemplo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”), que impone a los Estados Partes la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y de asegurar la igualdad sustancial.

Veamos cómo se ha ido produciendo y cómo ha evolucionado la incidencia de los estereotipos de género en el DIPr uruguayo, en especial en algunas categorías jurídicas reguladas por esta rama del derecho, y la influencia que ha tenido el Derecho de los Derechos Humanos en ese proceso.

IV. Los estereotipos de género y el domicilio en el DIPr

IV.1 En el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (TDCIM) de 1889

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (TDCIM) de 1889 regula el domicilio en el Título II. El art. 8 refiere al “domicilio de los cónyuges”, y establece que “es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido”. En el inciso 2º establece: “La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro”.

Comenta Alfonsín que: “Conforme con esta norma, el domicilio matrimonial siempre es determinado por el del marido, pues si ambos cónyuges tienen establecido domicilio común en un Estado, allí está domiciliado el marido, y si no lo tienen, se reputa por tal el del marido.” (Alfonsín, 1961)

Y agrega el Maestro: “Estas disposiciones concordaban con la preeminencia del marido y la sumisión de la mujer casada, así como con la incapacidad de la mujer casada, que por aquella época nadie ponía en duda.” (Alfonsín, 1961)

Sin duda esta norma refleja los estereotipos de género de la época, que es muy anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), a la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), y a la Ley de Derechos Civiles de la Mujer (1946), por poner sólo algunos ejemplos. No obstante, nótese que, en la parte final del 2º inciso, prevé la posibilidad de que la mujer separada judicialmente constituya un domicilio propio.

Cabe recordar que el Dr. Quintana, miembro informante de la Comisión de Derecho Civil en mayoría, manifestó al fundar el proyecto de Tratado de Derecho Civil Internacional, que la solución de que a falta de domicilio conyugal escogido de común acuerdo entre ambos esposos, se entenderá por tal “el domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, (...) encuentra su apoyo con la imponente autoridad de la tradición jurídica, de la doctrina corriente, de la legislación general y de la jurisprudencia de los tribunales de Europa y América” (Ministerio de Relaciones Exteriores (1889). Es claro que las soluciones del TDCIM de 1889 reflejan los estereotipos de género de la época. Veamos cómo evoluciona el tema.

IV.2 En el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940

Comentaba Alfonsín respecto de las soluciones del TDCIM de 1889 sobre domicilio conyugal (art. 8), que “andando el tiempo resultaron discordantes con las realidades sociales, puestas de manifiesto sobre todo con la implantación del divorcio y de los derechos civiles de la mujer en varios Estados signatarios”.

El TDCIM de 1940, no obstante, repite básicamente en sus arts. 8 y 9 la fórmula del art. 8 del TDCIM de 1889, aunque agrega la hipótesis del divorcio, es decir, prevé no sólo el caso de la mujer separada judicialmente sino también la de la mujer divorciada. Agrega además, que: “La mujer casada abandonada por su marido conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio” (art. 9 in fine).

La reserva que efectuó la Delegación uruguaya al referido art. 9 se debió a que sólo reconoce el derecho de la mujer casada a fijar domicilio propio en el caso de ser abandonada por su marido, “pero no consagró su derecho de regular sus relacio-

nes conyugales por su *lex domicilii*⁽²⁾, ni su derecho a gozar de jurisdicción propia para divorciarse” (Alfonsín, 1961). Alfonsín critica y califica de “incomprensible” que la reserva se hiciera sólo respecto del art. 9, y no del art. 8. A pesar de lo insuficiente de la reserva en cuestión, ello muestra un atisbo de que el cambio social a que refería Alfonsín ya venía incidiendo en el plano legislativo, no sólo en Uruguay sino también en la región.

IV.3 En el Apéndice del Código Civil (1941), la doctrina y jurisprudencia posterior a la Ley Nº 10.783 de Derechos Civiles de la Mujer (1946)

El Apéndice del Código Civil utilizaba el punto de conexión domicilio matrimonial respecto de varias categorías, como las relaciones personales entre los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio, y las relaciones de los padres con los hijos. Si bien no definía qué se entendía por domicilio matrimonial, antes de la Ley 10.783 dicho punto de conexión se interpretaba en base a los criterios de los TDCIM.

A partir de la referida ley, el domicilio conyugal se interpreta como aquel fijado por los cónyuges de común acuerdo; se entendió que se había producido una “modificación implícita en el art. 2396 del Código Civil” (Alfonsín, 1961).

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado desde entonces que cuando no existe domicilio conyugal fijado de común acuerdo por los cónyuges, y además éstos viven en Estados diferentes, el referido punto de conexión resulta de realización imposible. La solución subsidiaria establecida en los arts. 8 de ambos TDCIM de que en defecto de domicilio común “se reputa por tal el del marido” devino contrario al orden público internacional uruguayo a partir de la vigencia de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, en 1946.

Así lo entendió la doctrina en forma unánime, comenzando por Alfonsín, quien afirma que el art. 9 de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer “...se opone (...) al art. 8, inc. 1º, del Tratado de 1889; si se la considera de orden público internacional, el art. 8 inc. 1º no es aplicable en el Uruguay.” (Alfonsín, 1961). Aclara más adelante que “el art. 9 de la Ley de 1946 no puede postergar al art. 8 del Tratado, a menos que obre como una excepción de orden público internacional opuesta a una norma directamente material del Tratado (esto es, al art. 8). (...) Para fundar esta postergación del art. 8 del Tratado no es posible, desde luego, recurrir al art. 4 del Protocolo Adicional de 1889, que sólo autoriza la exclusión de las *leyes extranjeras*, y no la de una disposición del propio Tratado; pero esta dificultad se subsana teniendo pre-

sente que la excepción de orden público internacional oponible a las propias normas del Tratado que contienen disposiciones de derecho material (como el mencionado art. 8), está implícita en todo Tratado internacional.” (Alfonsín, 1961)

Agrega Alfonsín, refiriéndose al TDCIM de 1889, que la Ley de Derechos Civiles de la Mujer “...abolió, desde el punto de vista uruguayo, el derecho exclusivo del marido de fijar el domicilio conyugal, así como la consiguiente presunción legal de que el domicilio del marido era el domicilio legal de la mujer.” (Alfonsín, 1961)

Más modernamente podemos sostener que las referidas normas de los TDCIM de 1889 y de 1940 contravienen el contenido material del *jus cogens*, que incluye el principio de igualdad y no discriminación (Cañado Trindade, 2005). Conforme al art. 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, referido a la “Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)”: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.” Ello no afecta a todo el Tratado sino sólo a las normas del Tratado que contravienen la o las normas imperativas o de *jus cogens* supervinientes, como es el caso bajo análisis. En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional sostuvo que cuando un Tratado es válido al tiempo de su celebración, pero más adelante algunas de sus disposiciones se vuelven incompatibles con normas de *jus cogens* establecidas con posterioridad, y siempre que esas disposiciones puedan separarse del resto del Tratado, el resto del Tratado conservará su validez (Gómez Robledo, 1981)⁽³⁾.

Si bien tanto la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como el concepto de *jus cogens* vienen del Derecho Internacional Público, debemos hacer uso de ellos en el Derecho Internacional Privado, con las adaptaciones necesarias⁽⁴⁾.

En conclusión, el art. 8 del TDCIM de 1889 y los arts. 8 y 9 del TDCIM de 1940 han devenido nulos y sin ningún efecto por haber devenido contrarias a normas de *jus cogens* sobre no discriminación.

Como el juez no puede dejar de fallar a pretexto de silencio u oscuridad de la ley (art. 15 C. Civil), la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron soluciones subsidiarias, recurriendo al domicilio del actor, al domicilio del demandado o al último domicilio conyugal, para solucionar los casos en que el punto de conexión domicilio conyugal es de realización imposible, por estar los cónyuges domiciliados en Estados diferentes. (Fresnedo de Aguirre, 2013)

Nótese que, en 1946, el impacto de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer en el DIPr vigente hizo que tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaran y aplicaran las normas referidas de forma tal de deconstruir el estereotipo de género reflejado en los textos normativos convencionales y autónomos vigentes en ese momento (Tratados de Montevideo y Apéndice del CC).

IV.4 En la Ley General de DIPr (2021)

La Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 comenzó su proceso de negociación y elaboración en 1994, culminando éste el 17 de noviembre de 2020 con su aprobación parlamentaria. Entró en vigor el 16 de marzo de 2021. Es evidente que es una época muy distinta a la de los TDCIM de 1889 y de 1940, del Apéndice del Código Civil (1941), e incluso de la Ley 10.783 (1946).

No obstante, y como demostración de lo avanzado de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas a partir de 1946, observamos que el art. 23 de la nueva ley recoge dichas soluciones, en los siguientes términos: *“El domicilio conyugal se configura en el Estado donde los cónyuges viven de consuno o en aquel donde ambos tienen sus domicilios propios. Fuera de estos casos no existe domicilio conyugal, y cada cónyuge tendrá su propio domicilio, determinado de acuerdo al artículo 14 de la presente ley”*.

Constituye un avance el haber positivizado las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales basadas en la igualdad de género y en la no discriminación de la mujer. La LGDIPr “se pone en concordancia”, como afirma Santos, con la ley 10.783. (Santos Belandro, 2021)

La norma del art. 23 se ve acompañada por soluciones subsidiarias específicas, que también recogen las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales anteriores, respecto de aquellas categorías que se rigen por la ley del domicilio matrimonial, como es el caso de la separación conyugal y el divorcio. Así, el art. 26 establece: *“La separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del domicilio conyugal. Cuando los cónyuges tuvieren domicilios en Estados diferentes, la separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.”*

V. Otros ejemplos de la evolución de los estereotipos de género en el DIPr

V.1 La capacidad de las personas físicas

El TDCIM de 1889 regulaba la capacidad de las personas físicas mediante una norma de conflicto: “la capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio” (art. 1), sin más precisiones.

El TDCIM de 1940 mantiene la misma solución de conflicto (art. 1, inc. 1º), pero agrega una disposición material, directa y obligatoria: “*No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión*”. Esta disposición es aplicable tanto a las incapacidades de goce como a las de ejercicio. Sin duda esta fórmula constituye una innovación importante y muy destacable para la época, que como señalamos, es anterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No obstante, no menciona, entre las razones por las cuales prohíbe reconocer incapacidades, el sexo o el género.

La LGDIPr, como no podía ser de otra manera, tantos años después, incorpora en su art. 20 inc. 2º: “*No se reconocerán incapacidades fundadas en razones de carácter penal, de raza, religión, sexo, nacionalidad u opinión.*” Ello muestra una evolución hacia la eliminación de estereotipos.

V.2 Las relaciones personales entre los cónyuges

Los TDCIM de 1889 y de 1940 regulan las relaciones personales entre los cónyuges por la ley del domicilio matrimonial (arts. 12 y 14 respectivamente), por lo que corresponde aplicar aquí lo explicado supra en cuanto a dicho punto de conexión. Lo mismo establecía el art. 2396 del Apéndice CC.

La LGDIP en cambio, si bien regula las relaciones personales entre los cónyuges, en primer lugar, por la ley del domicilio conyugal (art. 24, inc. 1º), establece conexiones subsidiarias que superan completamente los estereotipos de género plasmados en las normas anteriores.

Así, el art. 24, inc. 2º dispone: “*Si este no existiere, dichas relaciones se rigen por la ley del Estado del último domicilio conyugal siempre que permanezca en el mismo alguno de los cónyuges.*”

Es decir que, si no existe domicilio conyugal porque los cónyuges no viven de consuno, y ni siquiera en el mismo Estado, las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la ley del último domicilio conyugal, a condición de que uno de los cónyuges –sin distinción alguna por razón de género– permanezca en dicho domicilio.

El inc. 3º del mismo art. 24 prevé: “*Fuera de los casos anteriores, las cuestiones que se susciten sobre relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio de cualquiera de ellos. Si se produjere una controversia ante un tribunal judicial, el actor podrá optar por la ley de cualquiera de esos domicilios.*” Esta última solución también deja de lado cualquier distinción por razón de género.

V.3 La separación de cuerpos y el divorcio

Los mismos comentarios efectuados con relación al domicilio conyugal pueden extenderse a la separación de cuerpos y el divorcio en los TDCIM de 1889 y de 1940, así como en el Apéndice del Código Civil.

Con respecto a la separación de cuerpos y al divorcio, el juez competente y la ley aplicable eran los del domicilio conyugal, definido éste como el fijado de común acuerdo, y a falta de este el del marido. El domicilio de la mujer por sí solo no bastaba para conferir competencia a las autoridades del Estado de su domicilio. (Alfonsín, 1961)

La LGDIPr también regula la separación de cuerpos y el divorcio “*por la ley del domicilio conyugal*” (art. 26, inc. 1º). Pero a continuación (inc. 2º) recoge lo que ha sido, básicamente, la solución dada por la doctrina y la jurisprudencia para aquellos casos en que el punto de conexión domicilio matrimonial es de realización imposible: “*Cuando los cónyuges tuvieren domicilios en Estados diferentes, la separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.*” Puede observarse aquí que desaparece toda discriminación por razón de género.

VI. Estereotipos de género y restitución internacional de menores

Existen diversas normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional general, relevantes con relación a la restitución internacional de menores ⁽⁴⁾. Así, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,

de 1989, incorporada al orden jurídico uruguayo por ley 16.137 del 26/9/90, que consagra la obligación de los tribunales y demás instituciones que tomen medidas concernientes a los niños, de atender fundamentalmente “el interés superior del niño” (art. 3). En su art. 11, impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas para luchar contra los traslados o retenciones ilícitas de niños en el extranjero.

La tendencia en materia de menores ha sido a sustituir la conexión domiciliar, que cuando se trata de menores presenta muchas veces una desconexión con la realidad, por la residencia habitual del propio menor, definida como su centro de vida. Esta conexión tiene, como explica Tellechea (Tellechea Bergman, 1989), “el significado de presencia, asentamiento e integración del individuo en un determinado medio.”

En cuanto al tema que nos ocupa, cabe señalar que la Ley N° 18.895 de 20/4/2012 sobre “Proceso de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente”, introduce una referencia específica a cuestiones de género en su art. 15, inciso final que fuera agregado por el art. 44 de la Ley N° 19.580 de 22/12/2017: “Siempre que se acredite que exista o haya existido **violencia basada en género** del demandante contra los hijos cuya restitución se solicita, o contra la persona a cuyo cargo se encuentren, se considera configurado el grave riesgo a que hace referencia el inciso anterior.” Ello constituye una innovación con respecto a las excepciones establecidas en los convenios bilaterales y multilaterales vigentes en Uruguay, que son básicamente dos: la primera, que quien solicita la restitución no ejercía efectivamente la custodia del menor al tiempo de producirse el traslado o retención; la segunda, que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico (art. 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989, y art. 13 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 1980).

VII. Estereotipos de género y régimen internacional de alimentos

Las normas de DIPr referidas a los alimentos (Fresnedo de Aguirre, 2013) no reflejan estereotipos de género, sin perjuicio de que en la práctica, en general la parte reclamante es la madre en representación de sus hijos menores y el demandado el padre de los mismos.

VII.1 Soluciones convencionales

Así, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas de Nueva York del 20/6/956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, de la que Uruguay es parte⁽⁵⁾, no muestra ninguna discriminación por razón de género, más allá de que obviamente, dada la fecha de su elaboración, no utiliza lenguaje inclusivo. Su finalidad es facilitar al acreedor de alimentos que se encuentre en un Estado parte de la Convención, su obtención del deudor, que a su vez esté sujeto a la jurisdicción de otro Estado parte, y lo hace estableciendo que la ley aplicable es la del Estado del demandado⁽⁶⁾. Las expresiones “acreedor” y “deudor”, o “demandante y demandado”, están utilizadas en forma genérica, sin distinguir según el género de las respectivas personas involucradas. No obstante, llevadas estas normas genéricas y abstractas al plano de la realidad, en que como se expresó, en general quien reclama alimentos es la madre de los menores en su representación, la opción por la ley del demandado, que en general es el padre, podría llegar a beneficiar a este último.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada en Montevideo en 1989 en la CIDIP-IV, ratificada por Uruguay⁽⁷⁾, adopta una solución mucho más amplia que tiende a facilitar al acreedor alimentario el acceso a los alimentos, sin distinguir por razones de género, aunque sin utilizar lenguaje inclusivo. Lo hace a través de una solución flexible, en la que se otorga a la autoridad competente amplias facultades de decisión, pudiendo ésta optar entre puntos de conexión alternativos: “a) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor” (art. 6). Esa discrecionalidad tiene un límite fundamental, que constituye el criterio rector de la Convención: el interés del acreedor de los alimentos.

Las normas sobre jurisdicción van en la misma línea, porque ofrecen al acreedor alimentario una serie de jurisdicciones alternativas entre las cuales puede optar: el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; el del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o el del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos. Se le brinda también al actor la posibilidad de la prórroga, a condición de que el demandado en el juicio comparezca sin objetar la competencia. Dado que la facultad de optar por una de las jurisdicciones pertenece al acreedor alimentario, el deudor no puede oponerse a dicha opción. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, en un caso en que el TAF 1° (BATISTELLA –r–, MONSERRAT)⁽⁸⁾, Sent. N° 289/2002.

Las soluciones en materia de acciones revisivas (art. 9) responden a la misma ratio: facilitar al acreedor de alimentos la posibilidad de lograr una mejora en las prestaciones que recibe, y limitar la posibilidad del deudor de reducir o cesar dichas prestaciones⁽⁹⁾.

La Convención incluye “una verdadera *regla de “jus cogens”*, de índole material, de aplicación directa, que se impone a los Estados contratantes, sin quedar sujeta a la adopción de disposiciones de carácter interno” (Operti, 1988), que establece el deber de reconocimiento universal del derecho alimentario e impone el principio de no discriminación: “Toda persona, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación, tiene derecho a recibir alimentos” (art. 4).

La enumeración de las causales de discriminación no es taxativa sino meramente enumerativa. Esta norma se basa en las Convenciones Internacionales y Regionales sobre Derechos Humanos, especialmente en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica y en el art. 1 del TDCIM de 1940. Sostiene Operti (Operti, 1988) que esta norma “consagra un deber de reconocimiento del derecho alimentario que *extraterritorializa la protección*, sujeta a la condición de la residencia habitual en uno de los Estados Partes...”.

VII.2 Soluciones de la nueva LGDIPr

La LGDIPr sigue, en líneas generales, las soluciones de los Convenios de los que Uruguay es parte. Regula en forma amplia y genérica las obligaciones alimentarias, como categoría específica abarcativa de todas las hipótesis de obligaciones alimentarias no reguladas en forma autónoma. Los criterios de regulación fueron los ya consagrados en los distintos textos convencionales vigentes en la República, en especial el art. 6 de la CI sobre Obligaciones Alimentarias. No se observa ninguna discriminación por razón de género en sus soluciones.

VIII. Los estereotipos de género y la filiación

El Apéndice del CC no preveía la categoría filiación en forma autónoma, lo que generaba problemas de calificación (Fresnedo de Aguirre, 2013)⁽¹⁰⁾. La mayoría de la doctrina, comenzando por el propio codificador Vargas Guillemette, así como la jurisprudencia, entendieron que la filiación quedaba comprendida dentro del alcance extensivo de la categoría “estado” (art. 2393), lo que planteaba inconvenientes a veces insolubles.

La LGDIPr⁽¹¹⁾ regula la filiación por naturaleza en su art. 28 como categoría autónoma. Viene a cumplir así con el mandato de las normas de DDHH, en especial del art. 17.5 de la CADH, de regular la filiación en forma genérica y sin distingos ni discriminaciones entre tipos filiatorios. Este avance de la LGDIPr nos parece fundamental.

El art. 28 de la LGDIPr establece:

“La filiación se rige por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo.

“En su defecto se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo.

“Sin perjuicio de lo anterior, la filiación puede también determinarse, indistintamente:

“A) Conforme con la ley del Estado de su residencia habitual si la persona de cuya filiación se trata es menor de edad.

“B) Conforme con la ley de su domicilio si la persona de cuya filiación se trata es mayor de edad.

“C) Conforme con la ley del Estado del domicilio del demandado o la del último domicilio de este si ha fallecido.”

El inciso 2º, incorporado a propuesta de la suscrita, que a falta de domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo, rige la filiación por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo, buscó atender a una realidad natural y social: la certeza respecto de la maternidad y el cuidado del niño que esta ejerce desde su concepción. La LGDIPr no pretendió incursionar en la regulación específica de las diversas formas de maternidad subrogada, gestación por sustitución, u otras formas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de que mientras dicha regulación especial no exista ni a nivel convencional ni de DIPr nacional o autónomo, pueda recurrirse a las normas generales.

Esta solución no discrimina por razón de género, sino que al contrario, busca priorizar el rol de la mujer madre priorizando su domicilio propio como punto de conexión, cuando al tiempo del nacimiento del hijo/a no existe domicilio fijado de

común acuerdo con el padre del hijo/a de cuya filiación se trate.

IX. Estereotipos de género y régimen de bienes en el matrimonio

IX.1 La inmutabilidad de la ley en el sistema tradicional uruguayo y su *ratio legis*

El sistema tradicional uruguayo (Fresnedo de Aguirre, 2013) ha establecido que la ley reguladora del régimen de bienes en el matrimonio –la del primer domicilio matrimonial– es inmutable: arts. 2397 del Apéndice del C. Civil, 16 del Tratado de Montevideo de D. Civil Internacional de 1940 y 41 del Tratado de D. Civil de 1889. Ello significa que, por más que los cónyuges muden su domicilio conyugal a lo largo de su vida matrimonial, la ley aplicable a su régimen de bienes en el matrimonio será siempre el del primer domicilio matrimonial. El legislador le dio fijeza a un punto de conexión que en principio es variable, estableciendo un régimen universal, extraterritorial: el que determine la ley del primer domicilio matrimonial. A mayor abundamiento, el legislador estableció expresamente que el cambio de domicilio “no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio” (art. 43 del TDCIM de 1889), y en una fórmula más precisa el art. 17 del TDCIM de 1940 especifica que lo que no se altera es “la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes...”.

La inmutabilidad de la ley no implica inmutabilidad del régimen: éste puede ser modificado por el legislador del Estado donde se realiza el punto de conexión, si este modifica la ley interna (pasando del régimen de separación al de comunidad, por ejemplo, o viceversa), o por las propias partes, si la ley del primer domicilio matrimonial lo autoriza (ej.: art. 9 de la Ley uruguayo N° 10.783 de 11/9/1946).

La *ratio legis* que subyace a la inmutabilidad de la ley era evitar que el marido perjudicara a la mujer mediante el cambio de domicilio, dando por sentado que el marido era quien fijaba el domicilio conyugal unilateralmente y la mujer era la parte débil de la sociedad conyugal, de acuerdo a los estereotipos de género de la época. Esta realidad ha cambiado, por lo que cabría preguntarse si la solución vigente mantiene hoy su razón de ser o si, por el contrario, son más los inconvenientes que las ventajas de la inmutabilidad de la ley en materia de relaciones de bienes entre los cónyuges. Como veremos más adelante, la LGDIPr mantiene dicha conexión, aunque no en base a la misma *ratio legis*, entre otras que se agregan a la solución tradicional.

BOGGIANO considera inadecuado “establecer una norma para casos anormales” en que un cónyuge se vea perjudicado por un cambio de domicilio “abusivo o fraudulento” del otro, cuando lo normal es que los cónyuges cambien de domicilio de común acuerdo y sin expectativas de fraude (Boggiano, 1988).

La solución referida no es exclusiva de nuestro país y subregión (Tratados de Montevideo). El Prof. HARTLEY concluye, luego de un análisis de la evolución histórica del tema en Inglaterra y en el derecho comparado, que para determinar la ley aplicable al régimen de bienes en el matrimonio debe recurrirse a la regla del domicilio matrimonial al tiempo de la celebración del matrimonio, y que los posteriores cambios de domicilio no tienen ningún efecto sobre dicho régimen. Aclara que esta regla opera en ausencia de elección de la ley aplicable por las partes. La validez de las capitulaciones o contratos prenupciales se rige por la ley del domicilio matrimonial.

Respecto del art. 42 del TDCIM de 1889 y del art. 8 in fine del TDCIM de 1940, que establecen que a falta de domicilio conyugal fijado de común acuerdo se reputa por tal el del marido, cabe remitirnos a lo dicho anteriormente sobre el tema.

IX.2 La Ley de Derechos Civiles de la Mujer y su incidencia en las soluciones de DIPr

La Ley 10.783 generó un cambio evidente en cuanto a los estereotipos de género, que tuvo consecuencias en el DIPr, como ya hemos visto a lo largo de este trabajo.

Con respecto a la posibilidad de cualquiera de los cónyuges de disolver su sociedad conyugal, hemos sostenido (Fresnedo de Aguirre, 2013), con el Prof. Herbert (Terra Corbo, Herbert, 1988)⁽¹²⁾, que la Ley de Derechos Civiles de la Mujer N° 10.783, en particular su art. 6, es una norma de aplicación inmediata. Como explica Herbert, se trata de normas que tienen por objeto a las relaciones privadas, pero su particularidad es que “ponen de manifiesto una fuerza especial, que no es la común”. Dicha condición deberá ser investigada en cada caso, a través de dos vértices: “uno es la relación jurídica en sí misma considerada y otro, la fuerza política manifestada en esa norma general y abstracta”. El análisis de los antecedentes y el entorno histórico en el que se genera y aprueba la ley 10.783, muestra una serie de hechos que permiten afirmar dicha calificación del art. 6 referido.

Afirma Sofía Álvarez de Demichelli en el prólogo de su obra “Derechos Civiles de la Mujer” que al conceder la ley de 1946 un “estatuto jurídico a más de la mitad de los habitantes de la República, representa la conducta legal más trascendente alcanzada en el transcurso de este siglo”. En la exposición de motivos de la ley se afirma que la misma “responde a verdaderas e inaplazables exigencias sociales” y que el régimen creado “es de orden público y, por tanto, sus disposiciones consagran el Derecho Común en toda la República”. Agrega que lo antedicho pone de manifiesto la importancia de esta nueva ley, y que la posibilidad de disolver la sociedad conyugal “tiene un efecto especialísimo con connotaciones y fuerza también especialísimas en esta ley”.

Es la sumatoria de todos los factores reseñados que llevan a Herbert a sostener que el art. 6 de la ley 10783 es de aplicación inmediata, lo que implica, precisamente, “que se aplique en forma ‘inmediata’ en nuestro territorio, aun con respecto a regímenes regulados por normas extranjeras.”

La solución del art. 6 equipara a los cónyuges, sin distinción de género, en cuanto a la posibilidad de solicitar la disolución de la sociedad conyugal en los términos establecidos en dicha norma, y se aplica sin siquiera tener en cuenta la norma de conflicto, como es propio de las normas de aplicación inmediata o necesaria. Por lo tanto, es irrelevante lo que establezca la ley remitida por esta última: se aplicará de forma inmediata, necesaria, imperativa, el art. 6.

Este es un ejemplo más de cómo la Ley de Derechos Civiles de la Mujer de 1946 dio un paso importante hacia la deconstrucción de los estereotipos de género en el Derecho Internacional Privado.

IX.3 La Ley General de Derecho Internacional Privado de 2020

El art. 25 de la LGDIPr⁽¹³⁾ mantiene la solución del art. 2397 CC, que establecía que el régimen de bienes en el matrimonio se regía por la ley del primer domicilio matrimonial, con el límite de la materia de estricto carácter real (art. 25, inc. 5º), pero en la nueva LGDIPr, esta conexión opera sólo en defecto de capitulaciones matrimoniales (art. 25, inc. 2º).

Otra novedad de la LGDIPr es que se agregan conexiones subsidiarias (lugar donde ambos cónyuges tenían sus respectivos domicilios al momento de la celebración del matrimonio, lugar de celebración del matrimonio). Además, se regulan en

forma autónoma las “convenciones matrimoniales sobre el régimen de bienes” por la ley de otorgamiento (art. 25, inc. 1º), y se regula la hipótesis en que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República, permitiéndoles bajo ciertas condiciones optar por la aplicación del derecho uruguayo.

Cuando los cónyuges no viven de consuno (es decir, no existe domicilio conyugal común), o resulta imposible determinarlo, “...las relaciones patrimoniales se rigen por la ley del Estado dentro del cual ambos cónyuges tenían sus respectivos domicilios al momento de la celebración del matrimonio” (art. 25, inc. 3º). Esta solución es armónica con la definición de domicilio conyugal del art. 23, ya analizado supra.

En principio, parecería que con estos primeros tres incisos quedarían cubiertas todas las hipótesis posibles, pero por si esto fuera poco, el art. 25 inc. 4º agrega otra conexión subsidiaria: “Fuera de estos casos, las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley del Estado de celebración del matrimonio.”

Por último, la LGDIPr prevé la hipótesis en que “ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República”, y establece que en ese caso “podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos una vez inscripto en el registro respectivo. La opción prescripta en el inciso sexto no tendrá efectos retroactivos entre las partes salvo que estas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros.” (art. 25, incs. 6º y 7º)

Como puede apreciarse, la LGDIPr no hace ningún distingo entre los cónyuges por razón de género en materia de régimen de bienes en el matrimonio.

Conclusiones

Si bien en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, con anterioridad a 1946, las normas de DIPr respondían a los estereotipos de la época de discriminación hacia la mujer, esa situación se fue superando a partir de la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer de 1946, mediante las interpretaciones doctrinarias y la aplicación jurisprudencial de las normas de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y del Apéndice del CC de 1941, eliminando en la práctica las discriminaciones derivadas de su tenor literal.

La nueva LGDIPr presenta soluciones acordes a los estándares internacionales en materia de Derechos humanos y de no discriminación hacia la mujer.

Aún cuando sus normas de conflicto nos indiquen que debe aplicarse un derecho extranjero, los derechos de las mujeres y la no discriminación se ven salvaguardados fundamentalmente por la excepción de orden público internacional, consagrada en el art. 5, que en su inciso 2º establece que se vulnera el orden público internacional de la República, entre otras situaciones, "...cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte." La no discriminación por razón de género, ni por ninguna otra, integra ese conjunto de derechos fundamentales.

En cuanto al ejercicio profesional, se observa el incremento de la participación de las mujeres en algunas áreas tradicionalmente reservadas mayoritariamente a los hombres, como por ejemplo, el Derecho Marítimo y el Arbitraje.

Referencias

- Alfonsín, Q. (1961). Sistema de Derecho Civil Internacional. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1 (977), p. 624
- Alfonsín, Q. (1961). Sistema de Derecho Civil Internacional. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1 (979), p. 625-626
- Alfonsín, Q. (1961). Sistema de Derecho Civil Internacional. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1 (541), p. 139-140
- Alfonsín, Q. (1961). Sistema de Derecho Civil Internacional. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1 (547), p. 147
- Alfonsín, Q. (1961). Sistema de Derecho Civil Internacional. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1 (912), p. 562
- Alfonsín, Q. (1982). Teoría del Derecho Privado Internacional, Montevideo: Ed. Idea, (232), p. 371
- Alfonsín, Q. (1982). Teoría del Derecho Privado Internacional, Montevideo: Ed. Idea, (235), p. 376
- Amurrio Vélez, M., Larrinaga Rentería, A., Usategui Basozabal, E. y Del Valle Loroño, A. I. (2012). Los estereotipos de género en los/las jóvenes y adolescentes. Univ. del País Vasco (UPV/EHU). Fac. de CC. Sociales y de la Comunicación. Dpto. de Sociología <https://www.campuseducacion.com/blog/wp-content/uploads/2018/04/Estereotipos-de-g%C3%A9nero-en-los-j%C3%B3venes.pdf>
- Boggiano, A. (1988). Derecho Internacional Privado, T. III, Suplemento y Apéndice, Buenos Aires: Depalma, p. 69-70
- Cançado Trindade, A. A. (2005). International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I). General Course on Public International Law, Recueil des cours, 316, 9-440

- Castillo-Mayén R. y Montes-Berges, B. (2014). Análisis de los estereotipos de género actuales, *Anales de Psicología / Annals of Psychology*, 30(3), 1044–1060. <https://doi.org/10.6018/analesps.30.3.138981>
- Cook, R. J. y Cusack, S. (2010). Estereotipos de Género. *Perspectivas Legales Transnacionales*, Traducción al español por Andrea Parra, Profamilia, p. 21
- Chiarotti, S. (2006). Aportes al Derecho desde la Teoría de Género, *Otras Miradas*, 6(1), Mérida: Universidad de los Andes, p. 6-22
- Fresnedo de Aguirre, C. (2013). *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. II, 1, 2ª ed., Montevideo: FCU, p. 261 y ss.
- GIG, CEJU, FGN. (2020). Guía para Fiscalía sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/03/fiscaliapdf%20%201.pdf?la=es&vs=4525>
- Gómez Robledo, A. (1981). Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions, *Recueil des cours*, 172, p. 9-217, p. 114-120
- Guzón Nestar, J. (2018). Acercamiento a la cuestión de género. *Academia* https://www.academia.edu/35571681/ACERCAMIENTO_A_LA_CUESTION_DE_GENERO
- MIDES, Inmujeres, CNG (2018). *Estrategia Nacional para la Igualdad de Género 2030* https://oig.cepal.org/sites/default/files/uruguay_estrategia_nacional_para_la_igualdad_de_genero_2030.pdf
- Ministerio de Relaciones Exteriores (1889). *Actas y Tratados celebrados por el Congreso Internacional Sud-Americano de Montevideo*. Montevideo: Tipo-Litografía “Oriental”, p. 571-572
- Opertti, D. (1988). *Exposición de Motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Alimentos para Menores*, IIN, Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, Uruguay y OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc.7/88, p. 13

Santos Belandro, R. (2021). Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, p. 214

Tellechea Bergman, E. (1989). Análisis de la Convención Interamericana sobre Restitución de menores de Montevideo de 1989, p. 135, N° 10

Terra Corbo, D. y Herbert, R. (1988). Aplicación de la ley 10.783 a matrimonios regidos por normas extranjeras: desquite brasileño: procedimiento supletorio de la voluntad de uno de los cónyuges, Rev. AEU 74 (N° Extr.), p. 629-633

Notas

La autora agradece a la Prof. Adj. Dra. Ana de Llano por haber leído el borrador de este trabajo y brindarme generosamente sus comentarios y sugerencias.

¹ Las autoras concluyen su investigación afirmando “que, si bien parte de los resultados suponen un avance en el logro de la igualdad, aún se atribuyen características estereotípicas tradicionales a cada género que perpetúan la discriminación.”

² Tampoco lo hacía el TDCIM de 1889.

³ El art. 71.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece, como afirma Gómez Robledo más adelante (pp. 165-166), que cuando un Tratado deviene nulo según el art. 64, el pasado permanece incambiado, pero en el futuro y luego de establecida la nueva norma de jus cogens, no será admitido (todo el Tratado o sólo las normas que lo contravienen, como en este caso).

⁴ Ver desarrollo sobre este tema en: Fresnedo de Aguirre, C. (2016). Public Policy: Common Principles in the American States, Recueil des cours. 379, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396, p. 118-120

⁵ Uruguay adhirió a la referida Convención por ley N° 16.477, del 10/5/94; fecha de depósito del instrumento de adhesión: 18/9/95.

⁶ La norma no especifica si se trata del domicilio, la nacionalidad o la residencia del demandado (art. 6).

⁷ Para obtener un estado de ratificaciones actualizado de la Convención, ver www.oas.org

⁸ TAF 1º, Batistella –r–, Monserrat, 4/12/2002, Sent. N° 289, LJU T. 127, Año 2003, c. 14.621

⁹ TAF 2º, Pérez Manrique, Cantero de Castellano –r–, Silbermann Cohn, 24/3/2010, Sent. 56

¹⁰ No me referiré en aquí a las soluciones de los Tratados de Montevideo; que me remito, al respecto, a la obra y páginas indicadas en esta nota al pie.

¹¹ Ver sobre esta norma: Fresnedo de Aguirre, C. (2021). Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020, Montevideo: FCU, en especial pp. 48-50; Fresnedo de Aguirre, C. y Lorenzo Idiarte, G. A. (2021). Texto y Contexto. Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920, Montevideo: FCU, en especial pp. 167-169

¹² Herbert cita en particular la obra de quien tuviera relevante participación en la elaboración de la ley, Álvarez Vignoli de Demichelli, S. (1946). Derechos Civiles de la Mujer. Antecedentes Parlamentarios, Editorial Alfa y Omega, p. 630

¹³ Ver sobre esta norma: Fresnedo de Aguirre, C. (2021). Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020, Montevideo: FCU, en especial pp. 46-48; Fresnedo de Aguirre, C. y Lorenzo Idiarte, G. A. (2021). Texto y Contexto. Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920, Montevideo: FCU, en especial pp. 161-165.