

64
Mayo 2014

DERECHO DE FAMILIA

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia

DERECHO DE FAMILIA

Directoras

Cecilia P. Grosman - Aída Kemelmajer de Carlucci
Nora Lloveras - Marisa Herrera

Vicedirectora

Ida Scherman

Secretarías de redacción

María Bacigalupo de Girard - Carolina Bonaparte

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot y María Bacigalupo de Girard en 1989

Legislación y jurisprudencia extranjera

Alicia A. Carnaval - Ana M. Chechile -
María Victoria Famá - Javier Muñiz -
Ida Scherman

Legislación nacional

Luz M. Pagano

Legislación provincial

Silvia Fernández

Síntesis bibliográfica

Natalia de la Torre

Revista de revistas

Viviana Gómez

Informaciones

Sebastián Fortuna - Clara Rato -
Gabriela Vero

Investigaciones

Marisa Herrera

Arte, literatura y derecho de familia

Gustavo Bossert

Volumen de jurisprudencia

Carolina Bonaparte - Lucila Califano -
Myriam M. Cataldi - Natalia de la
Torre - Marisa Herrera

Doctrina

María Bacigalupo de Girard - María
Victoria Famá - Mariana Fortuna

Colaboraciones permanentes

Beatriz Bísaro - Martín Culaciati -
Mariana Rodríguez Iturburu - Clara
Romero

Comité consultivo nacional

Jorge Azpiri, Augusto César Belluscio,
Gustavo Bossert, Eduardo Cárdenas,
Carlos Díaz Usandivaras, Eduardo
Fanzolato, Eva Giberti, María Josefa
Méndez Costa, Catalina Wainerman,
Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo
Zannoni

Comité consultivo internacional

José de Castro Biggi (Brasil), Jacques
Commaile (Francia), François Chabas
(Francia), Jacqueline Rubellin Devichi
(Francia), Lucette Khaiat (Francia),
Eugenio Llamas Pombo (España),
Raymundo Macias (México),
Jean François Perrin (Suiza), Silvio
Rodríguez (Brasil), Jean Pierre
Rosenczveig (Francia), Karl August
Prinz von Sachsen Gessaphe
(Alemania), Marc Zuñiga (México),
Encarna Roca Trias (España),
Zarraluqui Sánchez Eznarriaga
(España), Andrew Bainhaim
(Inglaterra), Rainer Frank (Alemania),
Stephen Parker (Australia)

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471,
(C1050AAC),
Buenos Aires,
Argentina

Editor

Alejandro Carey

Coordinación Editorial

Fiorella C. Vigo

ISSN 1851-1201
RNPI 5074814

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

DIRECTORAS

CECILIA P. GROSMAN - NORA LLOVERAS

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI - MARISA HERRERA

64
Mayo 2014

DERECHO DE FAMILIA

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1201
RNPI: 5074814

Todos los derechos reservados
© AbeledoPerrot S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Figueroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468
Fax.: (54-11) 5236-8939
tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

La justicia en soledad: las denuncias de violencia doméstica ante los juzgados de familia en la Ciudad de Buenos Aires

Por Natalia Gherardi 1

La reglamentación de la Ley de la Salud Mental

Por María Isabel Benavente 15

Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora

Por Adriana N. Krasnow 29

La extinción de los regímenes patrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial

Por Carlos A. Arianna 49

Construyendo un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños en materia civil

Por Florencia Castro e Ignacio Goicoechea 61

Evolución científica y cosa juzgada

Por José María Salgado 73

La intimidad que se deben los familiares en la actualidad

Por Marcela M. Leloir y Agustín Sojo 93

Violencia familiar en y más allá de la teoría de género

Por Ana I. Ventura y Alejandro J. Siderio 105

Reflexiones ante la falta de regulación de la gestación por subrogación

Por Jorge O. Azpiri 127

Donación por ascendiente, la acción de colación y las acciones de defensa de la legítima

Por Lidia B. Hernández 133

La mujer que aborta se perfila como “diversa”

Por Soledad Deza 151

El derecho a conocer los orígenes en la adopción. A propósito del art. 596, proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la Nación	
Por Sebastián I. Fortuna	157

DOCTRINA EXTRANJERA

Corresponsabilidad parental. Un cambio de enfoque radical en Chile	
Por Gloria I. Negroni Vera	185
Construcción teórica del concepto de niño y la evolución de sus derechos al hilo del <i>iter</i> histórico	
Por Jetzabel M. Montejo Rivero	207
Capacidad contractual de los menores de edad no emancipados en el derecho civil español	
Por Isaac Ravetllat Balleste	233
Reforma del cuidado personal de los hijos en el derecho chileno (ley 20.680 de 2013)	
Por Mauricio Tapia R.	265
La herencia en el régimen matrimonial de separación total de bienes: el viudo, la ley y el Superior Tribunal de Justicia	
Por María Aracy Menezes da Costa	281

ESTUDIOS

Los heterogéneos significados de la “protección”. Un análisis de los nuevos circuitos y dispositivos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes	
Por Carla Villalta y Valeria Llobet	293

ENSEÑANZA EN EL DERECHO DE FAMILIA

Breves reflexiones acerca de la enseñanza del Derecho de Familia	
Por Andrea I. Podestá	319
Aportes para una formación integral en Derecho de Familia	
Por Yamila López Codesal	325

Índice de colaboradores.....	IX
Índice de materias	XIV
Índice de partes litigantes	XXI
Índice de tribunales	XXII

ÍNDICE DE COLABORADORES * y **

Almada, María Eugenia, Barón, Luisa, Fernández, Noelia, Lajer, Florencia, Lancuba, Stella y López, Mariana

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, RDF 63-309 (I)

Aracy Menezes da Costa, María

- La herencia en el régimen matrimonial de separación total de bienes: el viudo, la ley y el Superior Tribunal de Justicia, RDF 64-281 (DE)

Arianna, Carlos A.

- La extinción de los regímenes patrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial, RDF 64-49 (D)

Arellano, Paula y Brown, María Florencia

- Psicología vincular, aportes al ámbito jurídico, RDF 63-19 (D)

Azpiri, Jorge O.

- Reflexiones ante la falta de regulación de la gestación por subrogación, RDF 64-127 (D)

Baigún, Alejandra

- Legislación óptima e incentivos: el caso de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar, un análisis económico, RDF 63-163 (D)

Baluk, Xenia

- Discapacidad, incapacidad y capacidad jurídica. El sistema de apoyos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz del ordenamiento jurídico argentino, RDF 2014-I-160 (JA)

Barclay, Carlos A.

- El derecho de familia y su relación con la investigación clínica en menores, RDF 63-127 (D)

Barón, Luisa

- Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido, RDF 63-35 (D)

Barón, Luisa, Lancuba, Stella, Lajer, Florencia, Fernández, Noelia, López, Mariana y Almada, María Eugenia

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, RDF 63-309 (I)

Benavente, María Isabel

- La reglamentación de la ley de la salud mental, RDF 64-15 (D)

Biscaro, Beatriz y Santangelo, María V.

- Actualidad en derecho sucesorio 1/2014, RDF 2014-II-271 (A)

* Las letras (A) identifican a la sección Actualidades, (ALyDF) identifica a la sección Arte, Literatura y Derecho de Familia, (ByC) a Bibliografía y Comentarios, (D) a Doctrina, (DE) a Doctrina Extranjera, (E) a Estudios, (EDE) a Estudios de Derecho Extranjero, (EDF) a Enseñanza en el Derecho de Familia, (I) a Investigaciones, (Inf.) a Informaciones, (JA) a Jurisprudencia Anotada, (JAE) a Jurisprudencia Anotada Extranjera, (JE) a Jurisprudencia Extranjera, (LE) a Legislación Extranjera, (LN) a Legislación Nacional, (LP) a Legislación Provincial, (P) a Presentación, (RdR) a Revista de Revistas, (R) a Reseñas, (T) a Temas.

** Incluye el contenido de los números 2014-I, 63, 2014-II y del presente.

Boada, Montse, Tuñón, Dolores y Veiga, Anna

- Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales, RDF 63-101 (D)

Bossert, Gustavo A.

- Reunión de mujeres, RDF 63-389 (ALyDF)

Brown, María Florencia y Arellano, Paula

- Psicología vincular, aportes al ámbito jurídico, RDF 63-19 (D)

Buis, Emiliano J.

- Del sometimiento a la acción: el *kósmos* discursivo y la construcción polifónica de la normativa familiar en la Atenas del siglo IV a. C., RDF 63-193 (D)

Buonaverde, Cecilia

- El beneficiario de la asignación familiar por hijo con discapacidad. Reglamentación excluyente. Confrontación con el bloque constitucional, RDF 2014-I-142 (JA)

Burgués, Marisol B. y Navarro, Ernesto M.

- Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes, RDF 2014-I-76 (JA)

Cantore, Laura Mónica

- “La diferencia desquiciada. Géneros y diversidades sexuales”, de Ana María Fernández y William Siqueira Peres (eds.), RDF 63-331 (ByC)

Carabajal, Patricia y Muñiz, Javier

- La tutela del derecho a la nacionalidad (a propósito de una reciente decisión del Tribunal Constitucional de República Dominicana), RDF 63-261 (LE)

Carnaval, Alicia A.

- Jurisprudencia francesa. Síntesis jurisprudencial, RDF 63-287 (JE)

Castro, Florencia y Goicoechea, Ignacio

- Construyendo un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños en materia civil, RDF 64-61 (D)

Cataldi, Myriam M.

- Responsabilidad alimentaria de los abuelos. Una respuesta jurídica que resulta de la Constitución, RDF 2014-II-218 (JA)

Chechile, Ana M.

- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 1/2014, RDF 2014-II-291 (A)

Chieri, Primarosa

- La revolución biotecnológica y sus implicancias jurídicas, RDF 63-93 (D)

Cosola, Sebastián J.

- Desde la legalidad hacia la constitucionalidad: cuando las sentencias se refieren a los principios, RDF 2014-II-36 (JA)

Crotto, Joaquín J.

- El derecho como herramienta transformadora, RDF 2014-II-162 (JA)

De la Torre, Natalia y Herrera, Marisa

- Presentación, RDF 63-1 (P)

Deza, Soledad

- La mujer que aborta se perfila como “diversa”, RDF 64-151 (D)

Díaz, Rodolfo G. y Tordi, Nadia A.

- La adecuada representación de los derechos del niño como obligación estatal. A propósito de la doctrina de la Sup. Corte de Mendoza sobre caducidad de instancia de los procesos judiciales con intervención de personas menores de edad, RDF 2014-II-183 (JA)

Dinici, Fernando R.

- La reserva de inocencia y su influencia en los bienes adquiridos durante la separación de hecho, JA 2014-I-198 (JA)

Duprat, Diego A. J.

- La presunción de gratuidad de las transferencias accionarias entre padres e hijos en las llamadas “sociedades de familia” *versus* la presunción de ganancialidad del art. 1271, CCiv., RDF 2014-II-30 (JA)

Durán, Valeria

- Trabajar para y con la familia, detectando lo invisible y los abusos de los débiles, RDF 2014-II-2 (JA)

Famá, María Victoria

- Jurisprudencia española. Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, RDF 63-293 (JE)

Fernández, Noelia, Lajer, Florencia, Barón, Luisa, Lancuba, Stella, López, Mariana y Almada, María Eugenia

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, RDF 63-309 (I)

Fernández, Silvia E.

- Síntesis de legislación provincial, RDF 63-249 (LP)

Filippini, Leonardo G.

- La condena penal y la responsabilidad parental, RDF 2014-I-118 (JA)

Fortuna, Sebastián I.

- El derecho a conocer los orígenes en la adopción. A propósito del art. 596, proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la Nación, RDF 64-157 (D)

Fourcade, Antonio D.

- Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges. Su tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, RDF 63-145 (D)

Garmizo, Michelle L.

- Un fallo ejemplar: reparación integral del daño causado por la omisión de reconocimiento del hijo, RDF 2014-I-43 (JA)

Geremia, Carolina, Gómez, Alejandra y Martín, María Silvia

- Trabajadoras sociales en tiempos de cambio – de legislación–, RDF 63-61 (D)

Germain, Marianela L. y Sabin Paz, Eduardo

- ¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados, RDF 2014-II-257 (JAE)

Gerstenhaber, Claudia

- Acerca de la participación de niños pequeños en el ámbito “artístico”. Entre el miramiento y la omisión del sufrimiento psíquico infantil, RDF 63-45 (D)

Gherardi, Natalia

- La justicia en soledad: las denuncias de violencia doméstica ante los juzgados de familia en la Ciudad de Buenos Aires, RDF 64-1 (D)

Giberti, Eva

- Familia fundacional y la omisión de determinadas violencias, RDF 63-5 (D)

Girotti B., Sofía V.

- El alcance de la obligación de rendición de cuentas del curador, RDF 2014-I-21 (JA)

Goicoechea, Ignacio y Castro, Florencia

- Construyendo un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños en materia civil, RDF 64-61 (D)

Gómez, Alejandra, Geremia, Carolina y Martín, María Silvia

- Trabajadoras sociales en tiempos de cambio – de legislación–, RDF 63-61 (D)

González de Vicel, Mariela A.

- Guardas de hecho. Legislar o castigar, RDF 2014-II-98 (JA)

Guibourg, Ricardo A.

- La filosofía en el derecho de familia, RDF 63-181 (D)

Hernández, Lidia B.

- Donación por ascendiente, la acción de colación y las acciones de defensa de la legítima, RDF 64-133 (D)

Herrera, Marisa y de la Torre, Natalia

- Presentación, RDF 63-1 (P)

Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Romero, Clara

- Actualidad del TEDH 1/2014. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2014-I-265 (A)

Krasnow, Adriana N.

- Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora, RDF 64-29 (D)

Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), Romero, Clara y Herrera, Marisa

- Actualidad del TEDH 1/2014. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2014-I-265 (A)

Lajer, Florencia, Barón, Luisa, Lancuba, Stella, Fernández, Noelia, López, Mariana y Almada, María Eugenia

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, RDF 63-309 (I)

Lancuba, Stella, Barón, Luisa, Lajer, Florencia, Fernández, Noelia, López, Mariana y Almada, María Eugenia

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, RDF 63-309 (I)

Leloir, Marcela M. y Sojo, Agustín

- La intimidad que se deben los familiares en la actualidad, RDF 64-93 (D)

Levy, Lea

- Ruptura de la unión convivencial: Cuestiones patrimoniales, RDF 2014-II-86 (JA)

Llobet, Valeria y Villalta, Carla

- Los heterogéneos significados de la “protección”. Un análisis de los nuevos circuitos y dispositivos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, RDF 64-293 (E)

Lloveras, Nora

- “Bioética, derechos humanos y derecho de familia”, de Josefina Sapena, RDF 63-333 (ByC)

Lloveras, Nora y Orlandi, Olga

- Provincia de Córdoba 1/2014, RDF 2014-II-307 (A)

Lopes, Cecilia y Pietra, María L.

- Provincia de Buenos Aires (1/2014), RDF 2014-I-311 (A)

López, Mariana, Fernández, Noelia, Lajer, Florencia, Barón, Luisa, Lancuba, Stella y Almada, María Eugenia

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, RDF 63-309 (I)

López Codesal, Yamila

- Aportes para una formación integral en Derecho de Familia, RDF 64-325 (EDF)

Martín, María Silvia, Geremia, Carolina y Gómez, Alejandra

- Trabajadoras sociales en tiempos de cambio –de legislación–, RDF 63-61 (D)

Melo, Adrián

- Sexo, burguesía, familia y nación en las ficciones literarias del siglo XIX, RDF 63-85 (D)

Monclús Masó, Marta

- La expulsión anticipada de mujeres extranjeras madres privilegiando el interés superior de niños, niñas y adolescentes, RDF 2014-I-6 (JA)

Montejo Rivero, Jetzabel M.

- Construcción teórica del concepto de niño y la evolución de sus derechos al hilo del *iter* histórico, RDF 64-207 (DE)

Moure, Alicia L.

- Incumplimiento de los deberes alimentarios y violencia familiar, RDF 2014-II-238 (JA)

Muñiz, Javier

- Cambiar firma por rúbrica en algunos lados. Protección de las familias e igualdad, RDF 2014-I-62 (JA)

Muñiz, Javier y Carabajal, Patricia

- La tutela del derecho a la nacionalidad (a propósito de una reciente decisión del Tribunal Constitucional de República Dominicana), RDF 63-261 (LE)

Muñoz Genestoux, Rosalía

- Violencia de género: valoración del testimonio de la víctima en el proceso penal, RDF 2014-II-126 (JA)

Navarro, Ernesto M. y Burgués, Marisol B.

- Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes, RDF 2014-I-76 (JA)

Negrón Vera, Gloria I.

- Corresponsabilidad parental. Un cambio de enfoque radical en Chile, RDF 64-185 (DE)

Ochoa, María Paloma

- Algunas consideraciones en torno a la aplicación del tipo penal de desobediencia contemplado en el art. 239 CPEN., frente al incumplimiento de las órdenes de restricción en un caso de violencia familiar, RDF 2014-I-222 (JA)

Orlandi, Olga

- La aceptación de herencia: plazos, naturaleza y efectos, RDF 2014-II-8 (JA)

Orlandi, Olga y Lloveras, Nora

- Provincia de Córdoba 1/2014, RDF 2014-II-307 (A)

Pagano, Luz M.

- Síntesis de legislación nacional, RDF 63-241 (LN)

Parodi, María Cecilia

- El acto de transmisión de la decisión judicial al niño. ¿Existe norma o práctica judicial que regule la comunicación y explicación de la sentencia al niño?, RDF 2014-I-181 (JA)

Pautassi, Laura C. y Royo, Laura

- Vulnerabilidades múltiples, sentencias recurrentes y acceso a la vivienda en espera, RDF 2014-II-142 (JA)

Pietra, María L. y Lopes, Cecilia

- Provincia de Buenos Aires (1/2014), RDF 2014-I-311 (A)

Podestá, Andrea I.

- Breves reflexiones acerca de la enseñanza del Derecho de Familia, RDF 64-319 (EDF)

Rapisarda, Natalia

- Arquitectura y dispositivos del habitar, RDF 63-225 (D)

Ravetllat Balleste, Isaac

- Capacidad contractual de los menores de edad no emancipados en el derecho civil español, RDF 64-233 (DE)

Romero, Clara, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Herrera, Marisa

- Actualidad del TEDH 1/2014. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, RDF 2014-I-265 (A).

Royo, Laura y Pautassi, Laura C.

- Vulnerabilidades múltiples, sentencias recurrentes y acceso a la vivienda en espera, RDF 2014-II-142 (JA)

Saba, Roberto P.

- Religión y escuelas públicas, RDF 2014-II-197 (JA)

Sabin Paz, Eduardo y Germain, Marianela L.

- ¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados, RDF 2014-II-257 (JAE)

Salgado, José María

- Evolución científica y cosa juzgada, RDF 64-73 (D)

Santangelo, María V. y Biscaro, Beatriz

- Actualidad en derecho sucesorio 1/2014, RDF 2014-II-271 (A)

Sapena, Josefina

- Aspectos jurídicos de la filiación surgida por reproducción asistida, RDF 2014-I-251 (JAE)

Scherman, Ida A.

- Jurisprudencia norteamericana. Los alcances de la responsabilidad parental frente a las decisiones en materia de salud de los niños y adolescentes, RDF 63-279 (JE)

Siderio, Alejandro J. y Ventura, Ana I.

- Violencia familiar en y más allá de la teoría de género, RDF 64-105 (D)

Sojo, Agustín y Leloir, Marcela M.

- La intimidad que se deben los familiares en la actualidad, RDF 64-93 (D)

Tapia R., Mauricio

- Reforma del cuidado personal de los hijos en el derecho chileno (ley 20.680 de 2013), RDF 64-265 (DE)

Tiscornia, Sofía y Villalta, Carla

- Un vasto campo de estudios: la familia y el parentesco en la perspectiva antropológica, RDF 63-75 (D)

Tordi, Nadia A. y Díaz, Rodolfo G.

- La adecuada representación de los derechos del niño como obligación estatal. A propósito de la doctrina de la Sup. Corte de Mendoza sobre caducidad de instancia de los procesos judiciales con intervención de personas menores de edad, RDF 2014-II-183 (JA)

Tuñón, Dolores, Boada, Montse y Veiga, Anna

- Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales, RDF 63-101 (D)

Ugarte, Luis A.

- Separación de hecho entre cónyuges y exclusión hereditaria, RDF 2014-II-56 (JA)

Veiga, Anna, Tuñón, Dolores y Boada, Montse

- Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales, RDF 63-101 (D)

Ventura, Ana I. y Siderio, Alejandro J.

- Violencia familiar en y más allá de la teoría de género, RDF 64-105 (D)

Villalta, Carla y Llobet, Valeria

- Los heterogéneos significados de la "protección". Un análisis de los nuevos circuitos y dispositivos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, RDF 64-293 (E)

Villalta, Carla y Tiscornia, Sofía

- Un vasto campo de estudios: la familia y el parentesco en la perspectiva antropológica, RDF 63-75 (D)

Wallace, Nélica M. I.

- Niveles de análisis observables en una causa sucesoria, RDF 2014-II-70 (JA)

ÍNDICE DE MATERIAS * y **

ADOPCIÓN

Adoptante. Requisitos. Guarda previa

Doctrina

- Guardas de hecho. Legislar o castigar, por Mariela A. González de Vicel, RDF 2014-II-98 (JA)

Jurisprudencia

- Menor entregado en forma irregular – Rechazo del pedido de guarda con fines de adopción (Juzg. Familia n. 5 San Isidro, 28/8/2013 – V. K. T.), RDF 2014-II-93 (JA)

* Las letras (A) identifican a la sección Actualidades, (ALyDF) identifica a la sección Arte, Literatura y Derecho de Familia, (ByC) a Bibliografía y Comentarios, (D) a Doctrina, (DE) a Doctrina Extranjera, (E) a Estudios, (EDE) a Estudios de Derecho Extranjero, (EDF) a Enseñanza en el Derecho de Familia, (I) a Investigaciones, (Inf.) a Informaciones, (JA) a Jurisprudencia Anotada, (JAE) a Jurisprudencia Anotada Extranjera, (JE) a Jurisprudencia Extranjera, (LE) a Legislación Extranjera, (LN) a Legislación Nacional, (LP) a Legislación Provincial, (P) a Presentación, (RdR) a Revista de Revistas, (R) a Reseñas, (T) a Temas.

** Incluye el contenido de los números 2014-I, 63, 2014-II y del presente.

ALIMENTOS

Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Doctrina

- Incumplimiento de los deberes alimentarios y violencia familiar, por Alicia L. Moure, RDF 2014-II-238 (JA)

Jurisprudencia

- Proceso penal (En general). Suspensión del juicio a prueba – Cese – Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar – Revocación del beneficio (Corte Sup. Just. Salta, 9/9/2013 – R. G. E.), RDF 2014-II-233 (JA)

Entre parientes. Sujetos

Doctrina

- Responsabilidad alimentaria de los abuelos. Una respuesta jurídica que resulta de la Constitución, por Myriam M. Cataldi, RDF 2014-II-218 (JA)

Jurisprudencia

- Obligación del abuelo paterno – Requisitos – Orden de prelación de los obligados al cumplimiento de la obligación (Juzg. Familia n. 7 Viedma, 25/9/2013 – D., J. I.), RDF 2014-II-213 (JA)

ASISTENCIA SOCIAL

Doctrina

- Trabajadoras sociales en tiempos de cambio – de legislación–, por Carolina Geremia, Alejandra Gómez y María Silvia Martín, RDF 63-61 (D)

BIOÉTICA

Doctrina

- Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales, por Dolores Tuñón, Montse Boada y Anna Veiga, RDF 63-101 (D)
- “Bioética, derechos humanos y derecho de familia”, de Josefina Sapena, por Nora Lloveras, RDF 63-333 (ByC)
- El derecho de familia y su relación con la investigación clínica en menores, por Carlos A. Barclay, RDF 63-127 (D)
- La revolución biotecnológica y sus implicancias jurídicas, por Primarosa Chieri, RDF 63-93 (D)

CAPACIDAD

Menores. Derecho extranjero

Doctrina

- Capacidad contractual de los menores de edad no emancipados en el derecho civil español, por Isaac Ravetllat Balleste, RDF 64-233 (DE)

Sistema de protección de incapaces

Doctrina

- Discapacidad, incapacidad y capacidad jurídica. El sistema de apoyos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz del ordenamiento jurídico argentino, por Xenia Baluk, RDF 2014-I-160 (JA)
- La reglamentación de la Ley de la Salud Mental, por María Isabel Benavente, RDF 64-15 (D)

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Atentado y resistencia contra la autoridad. Desobediencia menor

Doctrina

- Algunas consideraciones en torno a la aplicación del tipo penal de desobediencia contemplado en el art. 239 CPEN., frente al incumplimiento de las órdenes de restricción en un caso de violencia familiar, por María Paloma Ochoa, RDF 2014-I-222 (JA)

Jurisprudencia

- Resoluciones judiciales – Prohibición de acercamiento y/o comunicación con la víctima – Violencia familiar (C. Penal Rosario, sala IV, 8/8/2013 – M., H. A. s/desobediencia), RDF 2014-I-215 (JA)

DERECHO DE FAMILIA

Derecho extranjero

Doctrina

- Aspectos jurídicos de la filiación surgida por reproducción asistida, por Josefina Sapena, RDF 2014-I-251 (JAE)

Jurisprudencia

- Filiación. Filiación en caso de técnicas de biogenética – Inseminación artificial – Impugnación de paternidad – Consentimiento del

impugnante respecto de la realización de la inseminación (JNyA Asunción, Quinto Turno, Paraguay, 28/5/2013 – B. V., N. I. y otra s/impugnación de paternidad (S.D. N° 190), RDF 2014-I-231 (JAE)

Familia

Doctrina

- Acerca de la participación de niños pequeños en el ámbito “artístico”. Entre el miramiento y la omisión del sufrimiento psíquico infantil, por Claudia Gerstenhaber, RDF 63-45 (D)
- Actualidad del TEDH 1/2014. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, por Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.), Clara Romero y Marisa Herrera, RDF 2014-I-265 (A)
- Aportes para una formación integral en Derecho de Familia, por Yamila López Codesal, RDF 64-325 (EDF)
- Arquitectura y dispositivos del habitar, por Natalia Rapisarda, RDF 63-225 (D)
- Breves reflexiones acerca de la enseñanza del Derecho de Familia, por Andrea I. Podestá, RDF 64-319 (EDF)
- Del sometimiento a la acción: el kósmos discursivo y la construcción polifónica de la normativa familiar en la Atenas del siglo IV a. C., por Emiliano J. Buis, RDF 63-193 (D)
- Evolución científica y cosa juzgada, por José María Salgado, RDF 64-73 (D)
- Jurisprudencia francesa. Síntesis jurisprudencial, por Alicia A. Carnaval, RDF 63-287 (JE)
- “La diferencia desquiciada. Géneros y diversidades sexuales”, de Ana María Fernández y William Siqueira Peres (eds.), por Laura Mónica Cantore, RDF 63-331 (ByC)
- La filosofía en el derecho de familia, por Ricardo A. Guibourg, RDF 63-181 (D)
- La tutela del derecho a la nacionalidad (a propósito de una reciente decisión del Tribunal Constitucional de República Dominicana), por Javier Muñiz y Patricia Carabajal, RDF 63-261 (LE)
- Provincia de Buenos Aires (1/2014), por Cecilia Lopes y María L. Pietra, RDF 2014-I-311 (A)
- Provincia de Córdoba 1/2014, por Nora Lloveras y Olga Orlandi, RDF 2014-II-307 (A)
- Psicología vincular, aportes al ámbito jurídico, por Paula Arellano y María Florencia Brown, RDF 63-19 (D)
- Publicaciones extranjeras, RDF 63-385 (RdR)
- Publicaciones nacionales. Recopilación temática 2011-2013, RDF 63-337 (RdR)
- Reunión de mujeres, por Gustavo Bossert, RDF 63-389 (ALYDF)
- Sexo, burguesía, familia y nación en las ficciones literarias del siglo XIX, por Adrián Melo, RDF 63-85 (D)
- Síntesis de legislación nacional, por Luz M. Pagano, RDF 63-241 (LN)
- Síntesis de legislación provincial, por Silvia E. Fernández, RDF 63-249 (LP)
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 1/2014, por Ana M. Chechile, RDF 2014-II-291 (A)
- Un vasto campo de estudios: la familia y el parentesco en la perspectiva antropológica, por Carla Villalta y Sofía Tiscornia, RDF 63-75 (D)

Generalidades

Doctrina

- Presentación, por Marisa Herrera y Natalia de la Torre, RDF 63-1 (P)

Violencia familiar

Doctrina

- Familia fundacional y la omisión de determinadas violencias, por Eva Giberti, RDF 63-5 (D)
- La justicia en soledad: las denuncias de violencia doméstica ante los juzgados de familia en la Ciudad de Buenos Aires, por Natalia Gherardi, RDF 64-1 (D)
- Legislación óptima e incentivos: el caso de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar, un análisis económico, por Alejandra Baigún, RDF 63-163 (D)
- Violencia de género: valoración del testimonio de la víctima en el proceso penal, por Rosalía Muñoz Genestoux, RDF 2014-II-126 (JA)
- Violencia familiar en y más allá de la teoría de género, por Ana I. Ventura y Alejandro J. Siderio, RDF 64-105 (D)

Jurisprudencia

- Valor probatorio del testimonio de la víctima en la causa penal – Principio de amplitud probatoria (Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 11/9/2013 – N. y G., G. E.), RDF 2014-II-125 (JA)

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la identidad

Doctrina

- El derecho a conocer los orígenes en la adopción. A propósito del art. 596, proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la Nación, por Sebastián I. Fortuna, RDF 64-157 (D)
- Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes, por Marisol B. Burgués y Ernesto M. Navarro, RDF 2014-II-76 (JA)

Jurisprudencia

- Identidad de género – Procedimiento administrativo – Conclusión de expediente de la Dirección de Documentación Presidencial de la Presidencia de la Nación (S.N.N.A. y F., res. 1589, 13/9/2013 – L. N. E.), RDF 2014-I-69 (JA)

Derecho a la intimidad

Doctrina

- La intimidad que se deben los familiares en la actualidad, por Marcela M. Leloir y Agustín Sojo, RDF 64-93 (D)

Derecho a la procreación y a la planificación familiar

Doctrina

- La mujer que aborta se perfila como “diversa”, por Soledad Deza, RDF 64-151 (D)

Derecho a la salud y a la integridad personal

Doctrina

- Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora, por Adriana N. Krasnow, RDF 64-29 (D)
- Vulnerabilidades múltiples, sentencias recurrentes y acceso a la vivienda en espera, por Laura C. Pautassi y Laura Royo, RDF 2014-II-142 (JA)

Jurisprudencia

- Alimentación y vivienda – Derecho a acceder a una vivienda adecuada – Acción de amparo – Política pública habitacional (Juzg. Cont. Adm. y Trib. n. 15 Ciudad Bs. As., 12/9/2013 – R., L. P. N. v. GCBA y otros), RDF 2014-II-141 (JA)

DERECHOS Y GARANTÍAS

Derechos del niño. Derecho extranjero

Doctrina

- Construcción teórica del concepto de niño y la evolución de sus derechos al hilo del *iter* histórico, por Jetzabel M. Montejo Rivero, RDF 64-207 (DE)

Derechos del niño. Interés superior del niño

Doctrina

- Construyendo un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños en materia civil, por Florencia Castro e Ignacio Goicoechea, RDF 64-61 (D)
- La expulsión anticipada de mujeres extranjeras madres privilegiando el interés superior de niños, niñas y adolescentes, por Marta Monclús Masó, RDF 2014-I-6 (JA)
- Los heterogéneos significados de la “protección”. Un análisis de los nuevos circuitos y dispositivos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, por Carla Villalta y Valeria Llobet, RDF 64-293 (E)

Libertad religiosa

Doctrina

- Religión y escuelas públicas, por Roberto P. Saba, RDF 2014-II-197 (JA)

Jurisprudencia

- Resolución 2616 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza - Institución de dos actos escolares en el ciclo lectivo - Inconstitucionalidad - Principio de educación obligatoria, gratuita y laica - Posibilidad de invocar otras creencias y violación al art. 19 de la Carta Magna (Juzg. Civ. Com. y Minas n. 24 Mendoza, 4/9/2013 – Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos v. Dirección General de Escuelas) RDF 2014-II-195 (JA)

DIVORCIO VINCULAR Y SEPARACIÓN PERSONAL

Efectos. Del divorcio vincular

Doctrina

- La extinción de los regímenes patrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial, por Carlos A. Arianna, RDF 64-49 (D)

Mutuo consentimiento o presentación conjunta

Doctrina

- La reserva de inocencia y su influencia en los bienes adquiridos durante la separación de hecho, por Fernando R. Dinici, JA 2014-I-198 (JA)

Jurisprudencia

- Declaración de inocencia del cónyuge – Revocación – Pretensión deducida sin la interposición de una reconvenición (C. Familia Mendoza, 29/8/2013 – S. I. E. v. L. M. J. s/divorcio vincular), JA 2014-I-193 (JA)

ESTADO

Población. Extranjeros

Jurisprudencia

- Expulsión anticipada de la madre de un menor condenada (C. Fed. Casación Penal, sala I, 19/6/2013 – V. C., M. R. s/recurso de casación), RDF 2014-I-1 (JA)

Religión

Doctrina

- Religión y escuelas públicas, por Roberto P. Saba, RDF 2014-II-197 (JA)

Jurisprudencia

- Incorporación al calendario escolar de celebraciones religiosas – Inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad (C. Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 4ª, 29/11/2013 – Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos v. Dirección General de Escuelas) RDF 2014-II-195 (JA)

FILIACIÓN

Daños y perjuicios

Doctrina

- Un fallo ejemplar: reparación integral del daño causado por la omisión de reconocimiento del hijo, por Michelle L. Garmizo, RDF 2014-I-43 (JA)

Jurisprudencia

- Paternidad extramatrimonial – Falta de reconocimiento del hijo – Daño moral – Fijación de la indemnización (C. Nac. Civ., sala K, 14/6/2013 – O. E., M. y otro c. P., A. O.), RDF 2014-I-29 (JA)

Filiación en caso de técnicas de biogenética

Doctrina

- El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria. Formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina, por Stella Lancuba, Luisa Barón, Florencia Lajer, Noelia Fernández, Mariana López y María Eugenia Almada, RDF 63-309 (I)
- Jurisprudencia española. Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, por María Victoria Famá, RDF 63-293 (JE)
- Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido, por Luisa Barón, RDF 63-35 (D)
- Reflexiones ante la falta de regulación de la gestación por subrogación, por Jorge O. Azpiri, RDF 64-127 (D)

JUICIO EJECUTIVO

Embargo. Inembargabilidad

Doctrina

- Desde la legalidad hacia la constitucionalidad: cuando las sentencias se refieren a los principios, por Sebastián J. Cosola, RDF 2014-II-36 (JA)

Jurisprudencia

- Cobro ejecutivo de alquileres – Inejecutabilidad del inmueble embargado – Declaración de inconstitucionalidad de la ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires – Alcances de la garantía de la vivienda digna (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 24/9/2013 – Rabaza, Luis Francisco v. Cooperativa de Trabajo ALFIN de Mar Ltda. y otro) RDF 2014-II-35 (JA)

PARTES

Representación procesal. Representante legal

Doctrina

- La adecuada representación de los derechos del niño como obligación estatal. A propósito de la doctrina de la Sup. Corte de Mendoza sobre caducidad de instancia de los procesos judiciales con intervención de personas menores de edad, por Nadia A. Tordi y Rodolfo G. Díaz, RDF 2014-II-183 (JA)

Jurisprudencia

- Incapaces – Menores en juicio – Omisión de la correcta intervención del Ministerio Pupilar – Inexistencia de nulidad (Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 1/7/2013 – H. vda. de M. R. B. p.s. y p.s.h.m. v. C., H. A. y ots.), RDF 2014-II-173 (JA)

PENAS

Clases. Penas y consecuencias accesorias

Doctrina

- La condena penal y la responsabilidad parental, por Leonardo G. Filippini, RDF 2014-I-118 (JA)

Jurisprudencia

- Privación de la patria potestad – Inconstitucionalidad (Trib. Crim. n. 5 Lomas de Zamora, 7/8/2013 – A., G. A.), RDF 2014-I-107 (JA)

Clases. Penas privativas de libertad.

Ejecución

Doctrina

- El derecho como herramienta transformadora, por Joaquín J. Crotto, RDF 2014-II-162 (JA)

Jurisprudencia

- Trato – Identidad de género autopercibida – Adopción de nuevo nombre – Rectificación registral del sexo – Alojamiento en un establecimiento carcelario acorde a su identidad (Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, 2/9/2013 – P., L. D. [o] R. J.), RDF 2014-II-155 (JA)

PERSONAS FÍSICAS

Comienzo de la existencia. Reproducción asistida

Doctrina

- ¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados, por Eduardo Sabin Paz y Marianela L. Germain, RDF 2014-II-257 (JAE)

Jurisprudencia

- Destrucción de embriones congelados – Responsabilidad del establecimiento asistencial – Obligación de medios (Juzg. Civ. 3° Turno, Uruguay, 22/2/2012 – L. F., M. y otros v. Asociación Española Primera de Socorros Mutuos), RDF 2014-II-243 (JAE)

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Derecho extranjero

Doctrina

- Corresponsabilidad parental. Un cambio de enfoque radical en Chile, por Gloria I. Negroni Vera, RDF 64-185 (DE)
- Reforma del cuidado personal de los hijos en el derecho chileno (ley 20.680 de 2013), por Mauricio Tapia R., RDF 64-265 (DE)

Contenido. Asistencia

Doctrina

- Jurisprudencia norteamericana. Los alcances de la responsabilidad parental frente a las decisiones en materia de salud de los niños y adolescentes, por Ida A. Scherman, RDF 63-279 (JE)

Contenido. Guarda

Doctrina

- El acto de transmisión de la decisión judicial al niño. ¿Existe norma o práctica judicial que regule la comunicación y explicación de la sentencia al niño?, por María Cecilia Parodi, RDF 2014-I-181 (JA)

Jurisprudencia

- Asignación provisoria a los abuelos paternos – Reasignación a la madre – Proceso a ejecutar con prudencia y cautela (C. 2ª Civ. y Com. Paraná, sala III, 6/8/2013 – R., K. V. y R., E. s/medida de protección de persona [ley 9861]), RDF 2014-I-173 (JA)

Contenido. Representación. Representación en juicio

Doctrina

- Trabajar para y con la familia, detectando lo invisible y los abusos de los débiles, por Valeria Durán, RDF 2014-II-2 (JA)

Jurisprudencia

- Designación de un tutor especial ante la existencia de controversias entre los padres – Revinculación del menor con su progenitor no conviviente (C. Nac. Civ., sala B, 26/8/2013 – B. G. M. H. M. y otro v. S. S. J.), RDF 2014-II-1 (JA)

SEGURIDAD SOCIAL

Asignaciones familiares. Empadronamiento

Doctrina

- El beneficiario de la asignación familiar por hijo con discapacidad. Reglamentación excluyente. Confrontación con el bloque constitucional, por Cecilia Buonaverde, RDF 2014-I-142 (JA)

Jurisprudencia

- Inclusión del hijo discapacitado – Exigencia de que no sea casado – Inconstitucionalidad del requisito (Juzg. Civ. y Com. n. 13 Mar del Plata, 16/8/2013 – G., N. B. s/insania), RDF 2014-I-129 (JA)

Previsión social (Régimen leyes 18.037 y 18.038). Trabajadores en relación de dependencia

Jurisprudencia

- Trabajadores en relación de dependencia – Jubilación por invalidez – Prueba de la incapacidad – Improcedencia de exigir declaración judicial de incapacidad (Trib. Familia n. 1 Mar del Plata, 5/8/2013 – A. G. A. s/guarda de personas), RDF 2014-I-151 (JA)

SOCIEDAD CONYUGAL

Carácter de los bienes. Bienes propios

Doctrina

- La presunción de gratuidad de las transferencias accionarias entre padres e hijos en las llamadas “sociedades de familia” versus la pre-

sunción de ganancialidad del art. 1271, CCiv., por Diego A. J. Duprat, RDF 2014-II-30 (JA)

Jurisprudencia

- Acciones - Sociedad familiar - Acto de liberalidad – Dividendos (C. Nac. Civ., sala B, 12/7/2013 - B., R. H. v. B., R. C.) RDF 2014-II-29 (JA)

Gestión de los bienes. Generalidades

Doctrina

- Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges. Su tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, por Antonio D. Fourcade, RDF 63-145 (D)

SUCESIONES

Aceptación y renuncia de herencia. Renuncia

Doctrina

- La aceptación de herencia: plazos, naturaleza y efectos, por Olga Orlandi, RDF 2014-II-8 (JA)

Jurisprudencia

- Heredero que conoce la existencia del proceso sucesorio – Transcurso del plazo veinteañal – Declaratoria de herederos (C. Nac. Civ., sala E, 21/8/2013 – S., A.), RDF 2014-II-7 (JA)

Capacidad para suceder. Derecho extranjero

Doctrina

- La herencia en el régimen matrimonial de separación total de bienes: el viudo, la ley y el Superior Tribunal de Justicia, por María Aracy Menezes da Costa, RDF 64-281 (DE)

Colación. Procedimiento

Doctrina

- Donación por ascendiente, la acción de colación y las acciones de defensa de la legítima, por Lidia B. Hernández, RDF 64-133 (D)

Generalidades

Doctrina

- Actualidad en derecho sucesorio 1/2014, por Beatriz Biscaro y María V. Santangelo, RDF 2014-II-271 (A)

**Ineficacia de disposiciones testamentarias.
Revocación**

Doctrina

- Niveles de análisis observables en una causa sucesoria, por Nélida M. I. Wallace, RDF 2014-II-70 (JA)

Jurisprudencia

- Institución de heredero, legado de habitación y legado de cosa cierta con cargo – Incumplimiento del cargo respecto de uno de los beneficiarios – Efectos – Revocación del legado del único inmueble del sucesorio y de la cláusula de institución de heredero (C. Civ. y Com. Mercedes, sala II, 10/9/2013 – T. M. A. v. T. Z. L.), RDF 2014-II-69 (JA)

Sucesión intestada. Órdenes sucesorios

Doctrina

- Separación de hecho entre cónyuges y exclusión hereditaria, por Luis A. Ugarte, RDF 2014-II-56 (JA)

Jurisprudencia

- Supuestos de exclusión del cónyuge – Separación de hecho – Rechazo de la exclusión – Abandono del hogar justificado (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, 22/8/2013 – C., A. O. v. S., F. D.), RDF 2014-II-51 (JA)

Testamentos. Testamento ológrafo

Doctrina

- Cambiar firma por rúbrica en algunos lados. Protección de las familias e igualdad, por Javier Muñiz, RDF 2014-I-62 (JA)

Jurisprudencia

- Requisitos – Firma – Imposición de todos los nombres y apellidos del testador – Firma habitual (C. Nac. Civ., sala E, 5/6/2013 – W., A. C. v. F., M. C. s/daños y perjuicios), RDF 2014-I-53 (JA)

UNIONES CONVIVENCIALES

Efectos patrimoniales. Entre concubinos convivientes

Doctrina

- Ruptura de la unión convivencial: Cuestiones patrimoniales, por Lea Levy, RDF 2014-II-86 (JA)

Jurisprudencia

- Vivienda familiar – Mejoras realizadas en el inmueble – Aplicación del régimen del matrimonio (C. Civ. y Com. Necochea, 11/7/2013 – M., E. F. v. M., B. R.), RDF 2014-II-79 (JA)

TUTELA Y CURATELA

Curatela. Facultades del curador

Doctrina

- El alcance de la obligación de rendición de cuentas del curador, por Sofía V. Girotti B., RDF 2014-I-21 (JA)

Jurisprudencia

- Rendición de cuentas – Inexistencia de sospechas contra el curador – Rendición solicitada por el Defensor de Incapaces al titular del instituto de internación (C. Nac. Civ., sala C, 4/7/2013 – D., C. s/insania), RDF 2014-I-19 (JA)

ÍNDICE DE PARTES LITIGANTES

- A., G. A., 7/8/2013, RDF 2014-I-107 (JA)
- A. G. A. s/guarda de personas, 5/8/2013, RDF 2014-I-151 (JA)
- Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos v. Dirección General de Escuelas, 29/11/2013, RDF 2014-II-195 (JA)
- Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos v. Dirección General de Escuelas, 4/9/2013, RDF 2014-II-196 (JA)
- B. G. M. H. M. y otro v. S. S. J., 26/8/2013, RDF 2014-II-1 (JA)
- B., R. H. v. B., R. C., 12/7/2013, RDF 2014-II-29 (JA)
- B. V., N. I. y otra s/impugnación de paternidad (S.D. N° 190), 28/5/2013, RDF 2014-I-231 (JAE)
- C., A. O. v. S., F. D., 22/8/2013, RDF 2014-II-51 (JA)

- D., C. s/insania, 4/7/2013, RDF 2014-I-19 (JA)
- D., J. I., 25/9/2013, RDF 2014-II-213 (JA)
- G., N. B. s/insania, 16/8/2013, RDF 2014-I-129 (JA)
- H. vda. de M. R. B. p.s. y p.s.h.m. v. C., H. A. y otrs., 1/7/2013, RDF 2014-II-173 (JA)
- L. F., M. y otros v. Asociación Española Primera de Socorros Mutuos, 22/2/2012, RDF 2014-II-243 (JAE)
- L. N. E., 13/9/2013, res. 1589 (S.N.N.A. y F.), RDF 2014-I-69 (JA)
- M., E. F. v. M., B. R., 11/7/2013, RDF 2014-II-79 (JA)
- M., H. A. s/desobediencia, 8/8/2013, RDF 2014-I-215 (JA)
- N. y G., G. E., 11/9/2013, RDF 2014-II-125 (JA)
- O. E., M. y otro c. P., A. O., 14/6/2013, RDF 2014-I-29 (JA)
- P., L. D. (o) R. J., 2/9/2013, RDF 2014-II-155 (JA)
- R. G. E., 9/9/2013, RDF 2014-II-233 (JA)
- R., K. V. y R., E. s/ medida de protección de persona (ley 9861), 6/8/2013, RDF 2014-I-173 (JA)
- R., L. P. N. v. GCBA y otros, 12/9/2013, RDF 2014-II-141 (JA)
- S., A., 21/8/2013, RDF 2014-II-7 (JA)
- S. I. E. v. L. M. J. s/divorcio vincular, 29/8/2013, RDF 2014-I-193 (JA)
- T. M. A. v. T. Z. L., 10/9/2013, RDF 2014-II-69 (JA)
- V. C., M. R. s/recurso de casación, 19/6/2013, RDF 2014-I-1 (JA)
- V. K. T., 28/8/2013, RDF 2014-II-93 (JA)
- W., A. C. v. F., M. C. s/daños y perjuicios, 5/6/2013, RDF 2014-I-53 (JA)

ÍNDICE DE TRIBUNALES

Dirección de Documentación Presidencial de la Presidencia de la Nación

- Resolución 1589 (S.N.N.A. y F.) – 13/9/2013, L. N. E., RDF 2014-I-69 (JA)

C. Fed. Casación Penal

- sala I, 19/6/2013 – V. C., M. R. s/recurso de casación, RDF 2014-I-1 (JA)

C. Nac. Civ.

- sala B, 26/8/2013 – B. G. M. H. M. y otro v. S. S. J., RDF 2014-II-1 (JA)
- sala B, 12/7/2013 – B., R. H. v. B., R. C., RDF 2014-II-29 (JA)
- sala C, 4/7/2013 – D., C. s/insania, RDF 2014-I-19 (JA)
- sala E, 21/8/2013 – S., A., RDF 2014-II-7 (JA)
- sala E, 5/6/2013 – W., A. C. v. F., M. C. s/daños y perjuicios, RDF 2014-I-53 (JA)
- sala K, 14/6/2013 – O. E., M. y otro c. P., A. O., RDF 2014-I-29 (JA)

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As.

- 11/9/2013 – N. y G., G. E., RDF 2014-II-125 (JA)

Juzg. Cont. Adm. y Trib. n. 15 Ciudad Bs. As.

- 12/9/2013 – R., L. P. N. v. GCBA y otros, RDF 2014-II-141 (JA)

C. Civ. y Com. Mar del Plata

- sala 2ª, 24/9/2013 – Rabaza, Luis Francisco v. Cooperativa de Trabajo ALFIN de Mar Ltda. y otro, RDF 2014-II-35 (JA)
- sala 3ª, 22/8/2013 – C., A. O. v. S., F. D., RDF 2014-II-51 (JA)

C. Civ. y Com. Mercedes

- sala II, 10/9/2013 – T. M. A. v. T. Z. L., RDF 2014-II-69 (JA)

C. Civ. y Com. Necochea

- 11/7/2013 – M., E. F. v. M., B. R., RDF 2014-II-79 (JA)

Trib. Crim. n. 5 Lomas de Zamora

- 7/8/2013 – A., G. A., RDF 2014-I-107 (JA)

Trib. Familia n. 1 Mar del Plata

- 5/8/2013 – A. G. A. s/guarda de personas, RDF 2014-I-151 (JA)

Juzg. Civ. y Com. n. 13 Mar del Plata

- 16/8/2013 – G., N. B. s/insania, RDF 2014-I-129 (JA)

Juzg. Familia n. 5 San Isidro

- 28/8/2013 – V. K. T., RDF 2014-II-93 (JA)

Trib. Sup. Just. Córdoba

- sala Penal, 2/9/2013 – P., L. D. (o) R. J., RDF 2014-II-155 (JA)

C. 2ª Civ. y Com. Paraná

- sala III, 6/8/2013 – R., K. V. y R., E. s/medida de protección de persona (ley 9861), RDF 2014-I-173 (JA)

Sup. Corte Just. Mendoza

- sala 1ª, 1/7/2013 – H. vda. de M. R. B. p.s. y p.s.h.m. v. C., H. A. y ots., RDF 2014-II-173 (JA)

C. Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 4ª

- 29/11/2013 – Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos v. Dirección General de Escuelas, RDF 2014-II-195 (JA)

C. Familia Mendoza

- 29/8/2013 – S. I. E. v. L. M. J. s/divorcio vincular, RDF 2014-I-193 (JA)

Juzg. Civ. Com. y Minas n. 24 Mendoza

- 4/9/2013 – Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos v. Dirección General de Escuelas, RDF 2014-II-196 (JA)

Juzg. Familia n. 7 Viedma

- 25/9/2013 – D., J. I., RDF 2014-II-213 (JA)

Corte Sup. Just. Salta

- 9/9/2013 – R. G. E., RDF 2014-II-233 (JA)

C. Penal Rosario

- sala IV, 8/8/2013 – M., H. A. s/desobediencia, RDF 2014-I-215 (JA)

TRIBUNALES EXTRANJEROS

JNyA Asunción, Quinto Turno, Paraguay

- 28/5/2013 – B. V., N. I. y otra s/impugnación de paternidad (S.D. N° 190), RDF 2014-I-231 (JAE)

Juzg. Civ. 3º Turno, Uruguay

- 22/2/2012 – L. F., M. y otros v. Asociación Española Primera de Socorros Mutuos, RDF 2014-II-243 (JAE)

LA JUSTICIA EN SOLEDAD: LAS DENUNCIAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

por NATALIA GHERARDI*

“La única forma de saber si las reformas y las innovaciones constituyen dispositivos legítimos o cambios reales es averiguar cómo operan en la práctica: para no juzgar las promesas y afirmaciones legales por su valor aparente, sino para someterlas a escrutinio”.

Hunter, Rosemary, *Protección en las fronteras del imperio de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia*, 2011

I. AVANCES Y RETOS EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Entre las diversas demandas planteadas durante siglos por las organizaciones de mujeres y de feministas dirigidas a la conquista de derechos que permitieran a las mujeres avanzar hacia el más pleno ejercicio de su autonomía¹, fue la lucha contra la violencia la que finalmente logró mayor consenso social. No sólo en la Argentina sino también a nivel internacional y regional, las últimas décadas fueron testigo de algunos cambios significativos: en el plano internacional, se describió la violencia contra las mujeres como una clara forma de violación de sus derechos humanos, mientras que en el plano nacional se sancionó un marco normativo que, primero, facilitó

* Abogada, Universidad de Buenos Aires, y máster en Derecho, London School of Economics and Political Science. Directora Ejecutiva de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (www.ela.org.ar). Ha sido consultora de la División de Asuntos de Género de la CEPAL en temas vinculados con violencia contra las mujeres.

¹ El derecho al voto, a la educación, al ejercicio de las profesiones estuvieron entre los primeros reclamos planteados por el feminismo de los siglos XIX y XX. Entre otros, véanse los trabajos de Olympia de Gouges, John Stuart Mill y Virginia Woolf para un recorrido por estas demandas a lo largo de los años.

el acceso a medidas judiciales de protección por parte de los tribunales civiles² y, luego, avanzó en la identificación de distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres³. Además, en una cantidad relevante de jurisdicciones se crearon espacios institucionales disponibles para la orientación y contención de mujeres que atraviesan situaciones de violencia intrafamiliar, generalmente en relaciones de pareja actuales o pasadas⁴.

Sin embargo, las observaciones y recomendaciones de los mecanismos internacionales de seguimiento y evaluación del Estado argentino (como el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocido como CEDAW por sus siglas en inglés; el mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará, conocido como el MESECVI y el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos, EPU) se han focalizado en la persistencia de serios problemas para asegurar el efectivo goce de los derechos y mecanismos de protección contemplados en las normas⁵. En la misma línea, las investigaciones empíricas realizadas confirman la persistencia de viejos problemas⁶. Aunque existen mecanismos legales de protección, hay una cantidad de situaciones sociales y económicas que continúan operando como obstáculos para que las mujeres pue-

² Las leyes de protección contra la “violencia familiar” se extendieron en toda la región de América Latina y el Caribe a partir de la década de los noventa. Se las conoce como leyes de “primera generación”. En la Argentina, todas las jurisdicciones provinciales cuentan con normas específicas para la protección de víctimas de violencia familiar o doméstica. A nivel nacional, rige desde 1994 la ley 24.417.

³ La ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales se sancionó en el año 2009, como parte de la “segunda generación” de leyes. México y Venezuela habían iniciado esa tendencia en 2007, que siguió con Guatemala, 2008; Colombia, 2008; Argentina, 2009; El Salvador, 2010; Nicaragua, 2012; y Bolivia, 2013. Véase el repositorio de legislación en el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de CEPAL (disponible en www.cepal.org/oig). Fecha de última visita: 7/3/2014.

⁴ En todas las provincias se han creado espacios en ámbitos del Poder Ejecutivo y/o del Poder Judicial (ver el mapa de acceso a la justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en www.csjn.gov.ar). Fecha de última visita: 7/3/2014. Específicamente en la ciudad de Buenos Aires, hay una cantidad importante de instituciones que brindan servicios diversos. Véase la guía de servicios elaborada por ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Claves para salir del laberinto. Violencia en las relaciones intrafamiliares: qué hacer y donde ir*, ELA, Buenos Aires, 2011. Disponible en la sección publicaciones de www.ela.org.ar. Fecha de última visita: 7/3/2014.

⁵ Véanse las recomendaciones del Comité de la CEDAW en 2010, el Segundo Informe Hemisférico del MESECVI, 2012 y las recomendaciones del EPU, en 2012.

⁶ No son muchas las investigaciones empíricas realizadas a partir de información de la justicia, pero se destacan Carranza Casares, C., “Violencia en la familia y juzgados de familia. Trabajo exploratorio sobre la aplicación de la nueva ley de violencia familiar en los juzgados de familia de Capital Federal”, RDF 12-153; Birgin, H., “Una investigación empírica: imagen y percepción de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (ley 24.417)”, RDF 14-355, y AA.VV., “Una investigación exploratoria sobre violencia familiar y maltrato infantil. Primera parte: violencia en la relación de pareja”, RDF 24-117.

dan estar en condiciones de aprovechar en forma íntegra los mecanismos de protección disponibles⁷.

Mientras se consolida un amplio consenso acerca de que la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones constituye una violación de sus derechos humanos y una forma de discriminación por motivos de género, también queda en claro que las deudas pendientes para avanzar en su prevención y erradicación se encuentran más lejos de la aprobación de nuevos marcos normativos y más cerca de la necesidad de establecer más y mejores políticas públicas para asegurar su efectiva implementación.

Son muchos los factores que contribuyen a consolidar las barreras de acceso a la justicia. La falta de políticas sociales de apoyo para abordar los problemas irresueltos de vivienda; la falta de acceso a subsidios económicos, preferencias en planes de empleo y/o capacitación; la falta de políticas de cuidado para personas en situaciones de relativa dependencia (especialmente niños, niñas) que dificultan el ingreso al empleo de sus madres (casi exclusivamente a cargo del cuidado familiar) y por lo tanto limitan el ejercicio de su autonomía económica. Además, el colapso del sistema de salud limita el acceso a servicios de atención psicológica y el bajo grado de conocimiento de instituciones que ofrezcan grupos de ayuda a mujeres víctimas de violencia doméstica son todas dificultades que se suman a un problema complejo que requiere un abordaje integral, atendiendo a sus diversas dimensiones. Finalmente, la falta de servicios suficientes de patrocinio jurídico gratuito, es decir, servicios profesionales de abogadas y abogados con capacitación específica que puedan acompañar y representar a las mujeres en los procesos judiciales defendiendo sus derechos e intereses, contribuye a generar las condiciones para que, después de presentada la denuncia, el proceso judicial muchas veces se abandone o se frustre, sin lograr su objetivo⁸.

A la expectativa de cambio que se genera con la decisión de formular una denuncia de violencia, sigue en ocasiones la frustración frente a un proceso que no puede continuarse o que no contribuye a la solución del problema que le dio origen. En la percepción de las mujeres, y también de la sociedad en términos más amplios, parte de esa frustración se atribuye al funcionamiento deficiente del servicio de administración de justicia⁹.

La pregunta que se impone es si facilitar los mecanismos necesarios para lograr llevar adelante estos procesos es una responsabilidad que debe recaer íntegramen-

⁷ Estos obstáculos fueron identificados en entrevistas realizadas con profesionales expertas y expertos en temas de violencia contra las mujeres y por las propias mujeres víctimas, en una investigación previa de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas y acceso a la justicia*, ELA, Buenos Aires, 2009. Disponible en www.ela.org.ar. Fecha de última visita: 7/3/2014.

⁸ Entre la fecha de realización de la investigación que da lugar a este artículo y la fecha actual se ha extendido de un modo significativo el servicio de patrocinio jurídico gratuito que coordina la Defensoría General de la Nación, en una experiencia claramente destacable.

⁹ En una encuesta de opinión realizada por ELA en AMBA, cuatro de cada diez personas encuestadas manifestaron que “el problema no se resolvió” luego de plantear la denuncia de violencia. Véase ELA, *Más allá de la denuncia: los desafíos del acceso a la justicia. Investigaciones sobre violencia contra las mujeres*, ELA, Buenos Aires, 2012. Disponible en www.ela.org.ar. Última visita el 7/3/2014.

te en el Poder Judicial o si, por el contrario, parte de la responsabilidad recae también en los Poderes Ejecutivos y su obligación de implementar políticas públicas adecuadas, coordinadas y accesibles, en cumplimiento de la ley 26.485.

A partir de los aprendizajes de indagaciones anteriores, la organización no gubernamental ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) llevó adelante una investigación con el objetivo de mejorar el entendimiento sobre las dificultades que enfrentan las mujeres que atraviesan situaciones de violencia en sus relaciones interpersonales, después de su presentación ante la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) y su derivación a la justicia civil con competencia en asuntos de familia de la Ciudad de Buenos Aires¹⁰.

Dado que en la mayoría de los casos de violencia en las relaciones interpersonales se busca una respuesta a través de los recursos previstos por las normas civiles, la investigación de ELA estuvo dirigida principalmente a identificar cómo siguen los procesos iniciados en ese ámbito. De acuerdo con la información relevada por la OVD en sus primeros dos años de funcionamiento, el 90% de sus intervenciones son derivadas a la justicia civil para la tramitación de las medidas de protección previstas en las leyes 24.417 y 26.485. En menor proporción, las causas se remiten a la justicia penal (60%), o se derivan a asesoramiento jurídico (49%), a otras instancias no judiciales (49%) o al sistema de salud (31%)¹¹. Son muy pocos los casos en que las personas deciden reservar el expediente en la OVD sin activar por el momento ningún otro mecanismo (5%). Cuando llegan a la OVD, las personas ya parecen haber tomado la decisión de avanzar en el proceso para tratar de poner fin a la situación de violencia que se atraviesa.

En el último período, la OVD comenzó a realizar un seguimiento de las medidas dispuestas por la justicia civil luego del planteo de las denuncias. En términos generales, la medida más utilizada es la prohibición de acercamiento (7232 casos), seguido por la prohibición de contacto (1666 casos), exclusiones del hogar (1131 casos) y prohibición de acercamiento al domicilio (609 casos). La información parece indicar que el Poder Judicial se encuentra receptivo a las denuncias y que los diagnósticos de riesgo que emite la OVD son idóneos para que el Poder Judicial tome las decisiones que dispone la ley vigente.

El interrogante que se plantea es cuál es el grado de efectividad de las medidas de protección adoptadas judicialmente por los tribunales con competencia en asuntos de familia: en qué medida estas decisiones son conducentes a una solución efectiva de la problemática que atraviesan quienes inician los procesos judiciales. Para avanzar en esa línea, la investigación realizada por ELA analizó una muestra pequeña de expedientes en trámite ante los juzgados civiles, iniciados durante en un período de seis meses comprendidos entre enero y julio de 2010¹².

¹⁰ Los principales hallazgos de la investigación se difundieron en la publicación *Más allá...*, cit.

¹¹ En muchos casos las derivaciones son múltiples.

¹² Se consideró un universo de 3254 casos. Con una muestra de tipo probabilístico que tomó 115 casos, dentro de cada estrato se realizó la selección de las unidades muestrales primarias y de reemplazo por medio de un muestreo aleatorio simple, distribuidos entre los juzgados nacionales en lo Civil con competencia en asuntos de familia. De los 24 juzgados,

II. PRINCIPALES HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación permitió corroborar que se registraron avances importantes tendientes a brindar una respuesta rápida a las denuncias de violencia que se presentan ante la OVD. Al tratarse de una investigación exploratoria, los hallazgos no pueden medirse en forma cuantitativa ni expresan un número representativo de casos de violencia tramitados ante los tribunales, que se inician por decenas todos los días. Sin embargo, el muestreo aleatorio con el que se seleccionaron los expedientes objeto de la investigación permite esbozar algunas conclusiones generales que brindan un panorama de los nudos críticos que deben ser abordados por las políticas públicas, complemento indispensable para lograr una respuesta efectiva del Poder Judicial.

La creación de la OVD trajo al sistema de atención de casos de violencia un recurso sumamente útil, que ofrece a quien concurre a plantear la denuncia una institución accesible, con recursos humanos profesionales, disponibles y entrenados. Ante la presentación en la OVD, los equipos que atienden el caso elaboran un diagnóstico de riesgo que constituye un insumo fundamental para permitir la rápida decisión de la justicia que, en la mayoría de los casos, dicta las medidas de protección sugeridas con prontitud. Sin embargo, la evidencia indica que las situaciones de la violencia que dieron origen a la denuncia se mantienen irresueltas en muchos de los casos, aun cuando reciban la intervención positiva de la justicia civil. ¿Qué otros mecanismos deberían implementarse para superar esas barreras que todavía dificultan el efectivo acceso a la justicia?

A partir del análisis de la documentación reunida en los expedientes relevados, se identificaron cinco temas centrales que merecen ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar una política pública integral y efectiva. En primer lugar, valorar la creación de la OVD como espacio de contención, información y derivación dedicada a la violencia en el ámbito de las relaciones familiares e interpersonales. Sin embargo, la existencia de este espacio puso de manifiesto la necesidad de contar con otros similares para atender otra variedad de problemáticas sociales. En segundo lugar, se constató que son escasas las denunciadas que cuentan con patrocinio jurídico gratuito, afectando el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres y su posibilidad de lograr toda la protección disponible de acuerdo con la legislación vigente. En tercer lugar, es significativa la cantidad de denuncias que no se continúan más allá de la presentación inicial. La falta de redes sociales de apoyo y políticas públicas para atender las dificultades económicas y subjetivas que afectan a las denunciadas operan como un condicionante importante que todavía no ha sido suficientemente abordado por las políticas públicas. Las dificultades de coordinación y comunicación entre los juzgados y otras dependencias públicas se ha verificado como una causa generadora de demoras que afectan la pronta respuesta a las problemáticas de violencia planteadas, incrementando las dificultades que contribuyen al abandono de los procesos. Finalmente, en el marco de este relevamiento, se confirmó que son excepcionales los casos iniciados por denuncias de terceros, a pesar de que la ley vigente habilita a otras personas y en algunos casos obliga a ciertos profesionales a presentar la denuncia de casos de vio-

20 aceptaron participar de la investigación. La revisión de expedientes se llevó a cabo durante los meses de diciembre de 2010 a febrero de 2011, en las oficinas de cada uno de los juzgados.

lencia que pudieran llegar a su conocimiento¹³. Esto parece indicar que, más allá de las necesidades de proteger a las víctimas de violencia, es importante dirigir los esfuerzos públicos a facilitar las condiciones materiales y subjetivas para que las propias víctimas puedan plantear las denuncias, cuando están en condiciones de mantenerla y seguir adelante con los procesos iniciados.

1. Espacios accesibles para contención, información y derivación

La OVD fue creada con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas afectadas por la violencia doméstica que desconocen las vías de entrada al sistema, ya que el carácter complejo del fenómeno implica la intervención de órganos jurisdiccionales con competencias y atribuciones diferentes. Con el mandato constitucional de afianzar la justicia, la creación de la OVD busca atemperar los efectos de la dispersión jurisdiccional y unificar los criterios de registro de casos. Por lo tanto, la OVD no se propone mediar entre las personas que buscan el auxilio y la protección de las leyes y las juezas y jueces del Poder Judicial. Por el contrario, la OVD busca informar y orientar su derivación en las mejores condiciones, entregando a las personas un diagnóstico de riesgo que brinda herramientas para la posterior decisión de la justicia. Por este motivo, en la OVD no se realiza una selección previa para distinguir los casos de violencia en el marco de las relaciones interpersonales de otras problemáticas sociales que muchas veces generan situaciones de violencia (como las adicciones, problemáticas habitacionales, desavenencias familiares que no constituyen situaciones de violencia) pero que obedecen a causas distintas. Es el juez o jueza que reciba el caso quien resolverá si debe darle trámite o no en el marco de un procedimiento de violencia.

En la revisión de expedientes en trámite ante los juzgados civiles se identificó un número reducido de casos en los que no se registra una situación de violencia intrafamiliar que pueda tramitarse de acuerdo con las disposiciones de las leyes 24.417 y 26.485 o que se encuentre en el ámbito de competencia de la OVD. El diagnóstico de riesgo que elabora la OVD en esos casos da cuenta de esta circunstancia y valora la situación planteada como de “riesgo bajo”. Luego, cuando la persona consultante decide de todos modos seguir adelante, se encuentran en los expedientes resoluciones judiciales que los derivan a prestadores de servicios de salud, servicios sociales o vinculados con problemáticas habitacionales, según la demanda planteada por la consulta, y desestiman la denuncia de violencia doméstica. Esta situación (si bien poco frecuente) puede llevar a plantear la conveniencia de contar con un sistema previo de derivación, antes de llegar a los juzgados civiles. Esto ayudaría no sólo a concentrar la asignación de recursos de los juzgados, sino también podría ayudar a evitar situaciones de frustración de quienes, habiendo pasado por la OVD, llegan al juzgado para encontrar que su reclamo no puede ser atendido en esa instancia y debe ser derivado a otra dependencia.

En todo caso, es relevante reconocer que la OVD ocupa un lugar destacado como espacio de información y derivación para la problemática de violencia doméstica o intrafamiliar que no encuentra paralelo en otros espacios ni respecto de otras situa-

¹³ Véanse las disposiciones en ese sentido en la ley 26.485.

ciones. La accesibilidad de la OVD es una muestra que señala la importancia de contar con más espacios para la recepción y contención de otras problemáticas sociales.

2. Patrocinio jurídico gratuito: una promesa incumplida

En general, contar con la representación de una abogada o un abogado en un proceso judicial es un requisito para el inicio mismo del proceso. Las dificultades económicas de afrontar este costo constituyen un obstáculo muchas veces insalvable para acceder a la justicia, aunque no el único¹⁴.

Por ese motivo, la ley 24.417 (y la mayoría de las leyes provinciales del mismo tipo) establece que las personas que viven situaciones de violencia en el ámbito intrafamiliar pueden presentar una denuncia sin necesidad de contar con representación letrada, es decir, por sí solas. Mujeres y varones están habilitados legalmente a presentarse ante la justicia y requerir medidas de protección, sin necesidad de formular el pedido por escrito ni con patrocinio jurídico. Sin embargo, algunas de estas leyes (como es el caso de la ley 24.417) disponen que, una vez formulada la denuncia, las personas deberán contar con patrocinio jurídico para continuar el proceso.

Las investigaciones realizadas con anterioridad¹⁵ muestran que la falta de patrocinio jurídico en los casos de violencia contra las mujeres es un obstáculo para el acceso a la justicia. Si bien se ha considerado un avance que pueda formularse la denuncia de violencia con menos formalismos (en comparación con cualquier otro proceso judicial), la experiencia indica que la participación plena de una abogada o abogado muchas veces se convierte en la garantía del impulso del expediente. Se trata de una persona experta, entrenada para comprender los tiempos, posibilidades y formalidades del Poder Judicial y, por lo tanto, se encuentra en mejores condiciones para activar todos los mecanismos de protección existentes en relación con una persona que no ha recibido esa formación.

La ley 26.485 de Protección Integral contra la Violencia contra las Mujeres tomó en cuenta esta problemática: sostiene que la ley tiene por objeto “promover y garantizar el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia” (art. 2º, inc. f). Además, la ley garantiza el patrocinio jurídico gratuito como uno de los derechos y garantías mínimos previstos en la ley (art. 16, inc. a). A pesar de algunos avances parciales, esta promesa no ha sido todavía cumplida con el alcance previsto en la ley.

Las personas que consultan en la OVD reciben un listado de aquellas instituciones que brindan un servicio de patrocinio jurídico gratuito, pero queda a cargo de las mujeres, más tarde, recorrer estos espacios para lograr su atención, sujeta a las reglas de admisión de cada uno de estos servicios (en general, vinculadas con la ca-

¹⁴ El acceso a la justicia es una problemática clave en las garantías para el ejercicio efectivo de los derechos. Véase Birgin, H. y Kohen, B., *El acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006; Birgin, Haydee y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales*, Fontamara, México, 2011.

¹⁵ Birgin, H., “Una investigación...”, cit.; ELA, *Violencia familiar...*, cit.; Famá, María V., “La efectividad de la legislación argentina en material de violencia doméstica: hacia una Mirada integral e interdisciplinaria”, en Birgin H. y Gherardi, N., *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, Colección “Género, Derecho y Justicia”, vol. 7, Fontamara, México, 2011.

pacidad económica, el lugar de residencia, el tipo de problemática). Si bien cada una de las instituciones que ofrecen patrocinio gratuito brindan servicios que representan una ayuda concreta a sus consultantes, no necesariamente trabajan de un modo coordinado entre sí, ni en forma coordinada con la OVD, de modo que no alcanzan a conformar un sistema orgánico de respuesta para garantizar el acceso a la justicia¹⁶.

Del total de expedientes revisados, en sólo uno de cada tres expedientes relevantes hubo intervención de patrocinio jurídico para la persona que formuló la denuncia de violencia. De esos casos, en más de la mitad de los expedientes se trató de abogadas o abogados privados, es decir, cuyos honorarios fueron pagados por la parte denunciante. Sólo en dos de cada diez expedientes objeto de relevamiento la parte denunciante contó con patrocinio jurídico gratuito de una de las siguientes instituciones (en ese orden): la Dirección General de la Mujer; el servicio del Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; la Defensoría General de la Nación; la Asociación de Abogados de Buenos Aires y la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires.

Si bien es cierto que la posibilidad de contar con asistencia jurídica no garantiza que pueda abordarse y resolverse la variedad de problemáticas vinculadas con los casos de violencia, la participación activa de una abogada o abogado permite transitar los procesos judiciales con la guía de una persona experta, que podrá activar todos los mecanismos judiciales disponibles en forma oportuna. Allanado el trámite legal, los esfuerzos podrían dirigirse, entonces, a lograr las prestaciones sociales, de salud o económicas necesarias para sostener la decisión de la denuncia.

Una de las dificultades materiales que se hace evidente ante la falta de patrocinio jurídico gratuito se relaciona con la tramitación de las decisiones judiciales que se adoptan en el marco del proceso. La notificación inicial para informar a la persona violenta sobre las medidas adoptadas (como su exclusión del hogar o la prohibición de acercamiento a la víctima y/o hijos e hijas menores) en muchos casos depende de la propia víctima cuando no cuenta con asistencia jurídica. Esta delegación de la responsabilidad de realizar la notificación en la víctima (que debe llevar uno de los ejemplares que recibe del juzgado a la Oficina de Notificaciones, a pocas cuadras del lugar donde están ubicados los juzgados) puede representar un obstáculo para la continuidad del proceso.

Las constancias que surgen de los expedientes permiten avanzar sobre algunos de los interrogantes que se plantean en relación con su falta de continuidad. Son muchos los casos en los que, aun cuando se decretan las medidas de protección solicitadas a la justicia, las mujeres no regresan al juzgado para presentarse en audiencias posteriores o para cumplir con otras diligencias indicadas (como el diagnóstico de interacción familiar en el Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación). En las oportunidades en que surge del expediente la concreción de un contacto telefónico desde el juzgado con la denunciante (o en el caso de su presentación espontánea posterior) la mujer declara que “la violencia ha cesado” y que han vuelto a convivir, cuando se trataba de violencia en una pareja. En algunos de los expedientes revisa-

¹⁶ El extenso servicio de patrocinio jurídico gratuito que brinda la Defensoría General de la Nación en la ciudad de Buenos Aires es posterior a la realización de la investigación que da lugar a este artículo.

dos se encontraron casos en los que las propias mujeres manifestaban en oportunidades posteriores que no habían entregado la notificación de exclusión del hogar que recibieron del juzgado, o que por motivos laborales no pudieron presentarse a la cita del Cuerpo Interdisciplinario para el diagnóstico de interacción familiar.

Será necesaria otra metodología de investigación que incluya entrevistas en profundidad con las denunciantes para indagar sobre los hechos que llevaron a tomar esa decisión, y sobre todo los obstáculos que les impidieron seguir adelante con la decisión de poner fin a la relación violenta.

3. La importancia de las políticas públicas de sostén y apoyo

Es significativa la cantidad de denuncias por violencia que no se continúan más allá de la presentación inicial o que se abandonan con posterioridad. La falta de redes sociales de apoyo y políticas públicas para atender las dificultades sociales y económicas que afectan a las denunciantes opera como un condicionante importante.

Los diagnósticos de riesgo que se elaboran en la OVD y las recomendaciones de medidas de protección dirigidas a los juzgados son generalmente determinantes para la adopción de medidas cautelares sin demoras, en ocasiones, sólo precedida por una entrevista con personal del juzgado o con su titular. Sin embargo, en más de la mitad de los casos relevados las mujeres denunciantes no concurren a las audiencias u otras diligencias requeridas con posterioridad a esa primera intervención y los procesos son cerrados por falta de nuevo contacto con la víctima.

En los casos en que existen constancias posteriores en el expediente, o cuando se registra una acumulación de denuncias sucesivas a lo largo de los años, los testimonios de las mujeres permiten acercarse a algunas de las razones que dificultan la continuidad de los procesos: la falta de contención y redes sociales de apoyo, la situación de vulnerabilidad económica y las dificultades de asegurar una vivienda son algunas de las razones esgrimidas por las propias mujeres para explicar la falta de continuidad. Estas razones se vinculan con la necesidad de contar con políticas públicas que contribuyan a solucionar los obstáculos materiales (vivienda, sostén económico) o subjetivos (dependencia emocional, temor a quedar sola) que las mujeres enfrentan no sólo al momento de plantear la denuncia sino también a lo largo del proceso.

Las derivaciones y trámites que constan en el expediente dan cuenta de las dificultades de articular el servicio de justicia con los servicios de salud y contención psicológica. En casos en los que se relatan situaciones de violencia en la pareja durante períodos de tiempo extensos, es habitual encontrar en el curso del trámite recomendaciones expresas dirigidas a las mujeres para que obtengan apoyo psicológico en los hospitales públicos o centros de salud. Estas recomendaciones, que se encuentran tanto en las intervenciones de la OVD como en los juzgados, no necesariamente aseguran a las denunciantes la disponibilidad de turnos médicos y acceso a las prestaciones de salud y contención psicológica. Queda entonces sujeto a las posibilidades de las mujeres de sostener las denuncias con los recursos sociales y emocionales con los que cuentan.

En uno de los expedientes relevados, una mujer una denunciante presentó una nota de desistimiento ante la justicia penal donde tramitaba una causa por lesiones alegando que "...si bien en su momento realicé diversas denuncias lo cierto es que

después de repensar y reanalizar las cosas y sobre todo que entre ambos tenemos un hijo en común, mi deseo es que este proceso... quede sin efecto y que se lo desvincule en forma definitiva”.

Unos meses más tarde, ante un nuevo hecho de violencia, la mujer se presenta ante el juzgado de familia y respecto del desistimiento anterior sostiene: “...el escrito lo presenté en abril, no lo hice porque quería retirar la denuncia sino porque él me hizo creer que las cosas iban a estar bien. Además, si no lo hacía las cosas iban a empeorar. Yo le vuelvo a dar la oportunidad de estar juntos por mi hijo y porque creo en el amor, pero él me defrauda”.

La recomendación de la OVD claramente señala como “imprescindible la concurrencia a tratamiento psicoterapéutico en asistencia especializada en violencia familiar a fin de que la entrevistada pueda contar con acompañamiento, contención y elaboración de la problemática planteada. Esta indicación resulta fundamental a fin de que la afectada pueda sostener las medidas de protección que solicita”. Sin embargo, luego de la acumulación de la tercera denuncia ante la misma persona, no hay constancias en el expediente de nuevas presentaciones ni de la continuidad del caso.

El sostén emocional de las mujeres que enfrentan situaciones de violencia en las parejas es tan complejo como indispensable. Las experiencias indican que aun en los casos en que las mujeres cuenten con servicios de atención psicológica y legal, los procesos personales demandan un seguimiento intensivo.

4. La articulación del trabajo entre diversas instituciones es imprescindible

Las dificultades de comunicación y coordinación entre los juzgados y otras dependencias públicas generan demoras que afectan la pronta respuesta a las problemáticas de violencia que se plantean, incrementando las dificultades que contribuyen al abandono de los procesos. La deficiente articulación entre las distintas instituciones involucradas en aspectos diversos del problema de violencia (instituciones de justicia, de salud, de servicios sociales, administrativas) dificulta el trabajo de los juzgados y la resolución eficiente de los problemas.

Las situaciones de violencia que llevan a quienes las padecen a plantear denuncias ante la justicia tienen implicancias que involucran a una variedad de instituciones. En los expedientes revisados para la investigación, estas instituciones aparecen con diverso grado de involucramiento: son notificadas de las situaciones de violencia; se requiere su intervención para brindar servicios y atención a las personas involucradas; reciben derivaciones; se les requieren informes o certificaciones.

Las instituciones incluyen los servicios de salud de los hospitales y centros de salud (donde se indica que concurren en busca de un tratamiento y contención psicológica); el Consejo de Derechos de Niños/as y Adolescentes (en los casos en que hay menores involucrados); el Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar (cuya intervención se requiere para los diagnósticos de interacción familiar, aun después de dictadas las medidas de protección de las víctimas), por nombrar algunas. En muchos de estos casos, los expedientes dejan ver la burocracia involucrada en las comunicaciones entre instituciones, propias del trámite escrito. Esto contribuye a las demoras en las citas para diagnósticos y demoras en el traslado del expediente entre distintas dependencias auxiliares de la justicia, que finalmente contribuyen a

incrementar la extensión de procesos irresueltos. En las notificaciones a las partes (en particular a los denunciados) es frecuente la devolución de las cédulas de notificación por no encontrarse el destinatario en los domicilios consignados.

Uno de los ejemplos que da cuenta de la falta de articulación entre instituciones públicas es la necesidad de contar con la certificación de los lazos de parentesco para la determinación de la obligación de pagar alimentos a favor de hijos e hijas menores. Ante el pedido de fijación de una prestación alimentaria provisoria para los hijos e hijas en común, la respuesta del juzgado generalmente requiere que, en forma previa, se acredite el vínculo de parentesco entre la persona denunciada y los beneficiarios de este derecho. Para ello, la solicitante debería presentar una copia de las partidas de nacimiento: si no las tuviera en su poder (porque ha debido abandonar la casa familiar, por ejemplo), entonces debe solicitar una copia ante el Registro Nacional de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires o de cualquiera de las jurisdicciones provinciales que corresponda. Este trámite, aparentemente sencillo, también puede devenir en obstáculo insalvable para mujeres en situaciones de extrema vulnerabilidad, con un cúmulo de problemas irresueltos y sin asistencia jurídica o contención de otro tipo.

Los avances en la coordinación entre las distintas instituciones involucradas a lo largo de un trámite de violencia (por ejemplo, mediante un mejor uso de la tecnología, compartiendo el acceso a bases de datos, agilizando la burocracia de la comunicación entre instituciones) redundarán en una disminución de la carga que hoy recae principalmente en las mujeres que deciden denunciar situaciones de violencia y cuya complejidad también contribuye a su desistimiento “voluntario”.

5. Repensar las obligaciones de denunciar

Entre los expedientes relevados, los casos de denuncias por terceros se limitan a menos del 8% de la muestra (seis casos) y fueron realizadas en beneficio de hijos e hijas menores de edad (en cinco casos) o de una mujer adulta mayor (un caso). En los casos denunciados, los episodios de violencia dirigidos a los menores eran protagonizados por el padre, la madre o la pareja. En el caso de la señora adulta, la violencia era ejercida por un hijo mayor de edad y la denunciante era una hermana del agresor. Como se ve, en todos los casos relevados las denuncias presentadas por terceros fueron planteadas por integrantes de la familia y no por profesionales que hubieran tomado conocimiento de los hechos en el marco de su desempeño profesional.

La investigación identificó una cantidad relevante de casos en los que las personas denunciantes manifestaban en la OVD que habían sido acompañadas por profesionales del Programa Las Víctimas Contra las Violencias (dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), o por sus abogadas/os particulares, o que habían tomado la decisión de plantear la denuncia por sugerencia de sus terapeutas. Si bien este acompañamiento no siempre redundó en procesos de violencia que pudieran ser continuados hasta su finalización con la adopción de las medidas de protección y la resolución del conflicto, la metodología de la investigación realizada no permite identificar cuál fue el motivo por el cual el proceso no pudo sostenerse. Es posible presumir que las deficiencias en términos de mecanismos familiares o sociales de contención y apoyo no hayan contribuido a generar las condiciones necesarias para permitir la continuidad del trámite.

La investigación permite sostener que es importante dirigir los esfuerzos públicos a facilitar las condiciones materiales y subjetivas para que las propias víctimas puedan plantear las denuncias cuando están en condiciones de mantenerla y seguir adelante con los procesos iniciados. Antes que promover las denuncias por parte de terceros, la evidencia indica que es más urgente organizar los servicios necesarios para proveer una red social de contención para resolver las necesidades emocionales y materiales de las víctimas y de las personas que de ellas dependen.

III. ENTRE LAS EXPECTATIVAS Y LAS FRUSTRACIONES: LAS CLAVES DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Avanzar en el camino hacia un efectivo acceso a la justicia para las mujeres en situaciones de violencia requiere avanzar en un proceso de mayor comprensión sobre la efectividad de las normas y procesos. Se precisa identificar la necesaria interdependencia de las políticas públicas (sociales, de salud, de empleo) con el servicio de justicia, ya que el Poder Judicial en soledad no puede responder a una problemática multidimensional y compleja.

La frustración que muchas veces sigue luego de formulada una denuncia de violencia no se vincula suficientemente con las deficiencias de las políticas públicas que debieran contribuir al sostén emocional y económico de las mujeres para fortalecer las condiciones para el ejercicio de su autonomía. Las expectativas se colocan en la ley, pero las frustraciones se atribuyen a la justicia. Y sin embargo, ni la ley tiene el componente mágico que se espera de ella, ni tampoco el Poder Judicial en soledad puede responder a todos los males que subsisten.

Eradicar la violencia contra las mujeres requiere nada menos que la transformación de la cultura de nuestra sociedad: lograr la condena social del agresor que basa su poder en la dominación de una persona sobre otra. Al mismo tiempo que corresponde avanzar en esa dirección a través de intervenciones culturales, con amplias campañas de diverso orden, hay que tomar medidas concretas que asistan a quienes padecen la violencia. En ese sentido, cobran relevancia la legislación, los procesos y el acceso a los mecanismos adecuados para lograr satisfacer esas demandas.

La violencia hacia las mujeres es un tema complejo y con múltiples aristas, que no se resuelve ni con leyes ni con asistencia psicológica y social exclusivamente. Se requiere del diseño de estrategias dirigidas a la transformación de la cultura y de las condiciones en que se establecen y consolidan las relaciones sociales. Sin dejar prestar asistencia a quienes la denuncien y requieran atención, es imprescindible avanzar en las políticas específicas necesarias para sus diversas manifestaciones¹⁷.

La coordinación de las instituciones involucradas en la prestación de servicios y la producción de información de calidad permitirá avanzar en la garantía de acceso a la justicia, que requiere asegurar no sólo la prevención y sanción de la violencia, sino también la efectividad de las respuestas legales a todos los niveles.

¹⁷ En adelante, se sigue en parte lo desarrollado en Gherardi, Natalia, "La violencia contra las mujeres en la región", en Alméras, Diane - Calderón Magaña, Coral (coords.), *Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre violencia contra las mujeres*, Serie Cuadernos de la CEPAL, nro. 99, Santiago de Chile, 2012.

Una estrategia superadora debe involucrar a todos los poderes del Estado: al Poder Legislativo para la adecuación de normas y procedimientos, cuando fuera necesario; al Poder Ejecutivo para mejorar las condiciones de infraestructura de servicios sociales, de salud, de justicia y asegurar su adecuado presupuesto; y al Poder Judicial para velar por la adecuada aplicación de las normas vigentes, mejorando el conocimiento de los estándares internacionales, pero también reconociendo los límites del Poder Judicial, que no podrá dar respuestas desvinculadas de las políticas públicas.

Para que esa coordinación detrás de un objetivo común sea posible, es necesario un liderazgo político fuerte y ordenador a nivel nacional, capaz de generar seguidores de otros poderes del Estado y de jurisdicciones locales que no responden políticamente unos a otros. Un liderazgo político con capacidad para crear un sistema sin fisuras, que rinda cuentas a nivel sectorial, gubernamental y político. Que, además, pueda mejorar la comunicación y articulación entre instituciones e iniciativas. El objetivo será coordinar, integrar y evitar la superposición de iniciativas.

En este esfuerzo, al mismo tiempo que es preciso dar visibilidad a las diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres, también es necesario hacer presente la diversidad de mujeres que enfrentan situaciones de violencia en distintas condiciones de marginalidad, poder y condiciones socioeconómicas. Las mujeres migrantes, con discapacidades, víctimas de explotación sexual, privadas de su libertad, pertenecientes a grupos étnicos oprimidos, enfrentan desafíos particulares que deben ser conocidos y abordados en forma especial por las políticas públicas. Los sistemas de registro deben dar cuenta de esta diversidad, facilitando la información necesaria para monitorear la efectividad de los procesos legales y respuestas institucionales a las realidades concretas de estas mujeres.

Para avanzar en ese proceso, es preciso impulsar un sistema integral de intervención, sin fisuras, que brinde coherencia interna a las respuestas sectoriales e interjurisdiccionales, que funcione bajo un fuerte liderazgo político y con financiamiento adecuado y continuo. Luego, es imprescindible mejorar la producción de información, tanto sobre la base de encuestas a la población como en la sistematización de registros administrativos armonizados y compatibles, potenciando el uso de la tecnología mediante los registros informáticos. En tercer lugar, se requiere de mecanismos transparentes y accesibles para el control del sistema, estableciendo mecanismos de monitoreo y evaluación por parte de distintos sectores gubernamentales, políticos y sectoriales. Desde una concepción amplia del acceso a la justicia, el Poder Judicial es un actor necesario pero no aislado en las respuestas que requieren las mujeres víctimas de violencia. Los déficits de acceso a la justicia deben analizarse en el contexto general, tanto respecto de las condiciones de servicios a cargo de la Administración Pública como de las condiciones estructurales sociales y económicas.

IV. PALABRAS FINALES

Para las mujeres que enfrentan diversas manifestaciones de violencia en distintos espacios de sus vidas, la distancia entre el reconocimiento de derechos y su ejercicio efectivo es alarmante. Pocas inconsistencias entre la declamación de derechos y la práctica cotidiana resultan tan lesivas de la legitimidad democrática en socieda-

des que se presentan a sí mismas como preocupadas por las desigualdades que las atraviesan.

Si bien el acceso a la justicia en condiciones de igualdad sustantiva puede ser un ideal difícil de alcanzar, es preciso establecer un mínimo aceptable y esto requiere que, cuando menos, las mujeres que viven situaciones de violencia tengan el acceso pronto y efectivo a las herramientas legales de protección. La asistencia legal y el patrocinio jurídico gratuito deben estar a disposición de todas aquellas personas que los necesitan.

Pero antes se impone la necesidad de conocer esas necesidades. La importancia de las investigaciones empíricas no debe ser subestimada: sin un adecuado diagnóstico será difícil establecer las medidas a tomar. Y sin una adecuada y periódica evaluación de las acciones adoptadas, será imposible tener la certeza de avanzar en la dirección correcta hacia la prevención y erradicación de la violencia de género.

LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE LA SALUD MENTAL

por MARÍA ISABEL BENAVENTE*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo será tratar de comprobar si el dec. 603/2013 ha cumplido con las expectativas que generaba y, en consecuencia, si cubrió los aspectos imprecisos o incompletos que reclamaban la intervención del Poder Ejecutivo para la adecuada implementación de la Ley Nacional de Salud Mental (en adelante, LNSM). En otro lugar había advertido algunas deficiencias de la ley mencionada. Así, en ella no se establecía cómo habrá de conformarse el equipo interdisciplinario. Tampoco quedaba claro de qué modo se habría de realizar la revisión periódica de la sentencia, si es preciso o no realizar un nuevo juicio y si es indispensable la participación de los sujetos legitimados para solicitar la interdicción. Es necesario, además, conocer cuál es la función real de los apoyos. La disposición tampoco es clara en cuanto al modo en que puede ordenarse una internación involuntaria, ni sobre cuáles son los recaudos que debe cumplir el equipo interdisciplinario, entre otras cosas.

Veremos, entonces, si la reglamentación ha sido eficaz para dar respuesta y procurar la correcta aplicación de los objetivos de la ley que, como bien sabemos, adscribe al modelo social de la discapacidad que abordaré sucintamente.

II. EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Aún cuando a lo largo de la historia jurídica pueden establecerse distintas formas de abordar la discapacidad en general, actualmente se aplica el denominado “modelo social de la discapacidad”; según este modelo, las causas que la originan son, en gran medida, sociales. La discapacidad, según ese enfoque, es una construcción social, un elemento de presión que se ha creado. Es el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. El modelo social tiene por objeto apuntalar la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida y, para ello, se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a efectos de brindar una adecuada equiparación de oportunidades. Se podría formular de la siguiente manera: es la sociedad la que incapacita a las personas al establecer

* Jueza nacional en lo Civil. Especialista en Derecho de Familia. Adjunta regular de la materia Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

barreras de todo tipo —v.gr. sociales, culturales—, y no únicamente físicas. Este modelo es el que se adopta en los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental*¹ y en el que se asienta la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, instrumento que se dictó como consecuencia de la lucha que tuvo lugar en el derecho internacional de los derechos humanos². Por cierto, la discapacidad es una denominación que aprehende una serie de situaciones, que tienen notorias diferencias entre sí. No hay un discapacitado con la misma problemática que otro, siempre hay matices que diferencian los casos, que los hacen únicos. En efecto, más allá de las similitudes, en rigor, los factores de predisposición —esto es, los familiares, culturales y socioeconómicos de cada uno— hacen que una persona tramite, procese y pueda tomar decisiones —o no— de conformidad con las posibilidades que le suministran sus circunstancias vitales particulares y las oportunidades que el entorno le facilita.

Para la Convención, en el concepto de personas con discapacidad se incluyen a aquellas que tienen “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interaccionar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1º). Por su parte, las *100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* proporcionan la siguiente definición: “Se entiende por *discapacidad* la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (regla 7).

III. SALUD MENTAL. CAMBIO DE PARADIGMA

En su Preámbulo, la Convención sobre Personas con Discapacidad pone de manifiesto cuáles son las barreras que limitan y hasta impiden la participación de los discapacitados en igualdad de condiciones con el resto. Pone también el acento en el debido proceso legal, en la libertad y en la no discriminación, como ejes centrales del problema que se proyecta sobre la capacidad a causa de afecciones mentales. En efecto, luego de establecer que estas personas deben ser tratadas con humanidad y con el respeto inherente a su naturaleza humana, señala que deben ser protegidas contra la explotación —económica, sexual o de otra índole— y contra el maltrato, teniendo en cuenta de manera recurrente la no discriminación por causa de enfermedad mental. A su vez, intenta equilibrar las medidas con la prioritaria defensa y preservación de la autodeterminación personal.

La ley 26.557 no define qué se entiende por “enfermedad mental”, pero en su art. 3º sí dice qué se entiende por “salud mental”. Así, indica que “en el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”. El art. 1º de la re-

¹ ONU, 1991, res. 46/19 de la Asamblea de las Naciones Unidas.

² Íd.

glamentación, en cambio, define qué se entiende por padecimiento mental e indica que es “todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples componentes, de conformidad con lo establecido en el art. 3º, ley 26.657”. Como puede verse, la reglamentación no ha sido fiel a la definición que suministra la Convención que, por cierto, refleja con más pureza el criterio social de la discapacidad en el que también intenta insertarse la legislación argentina.

A partir de la norma transcrita se infiere que el padecimiento mental consiste en cualquier sufrimiento psíquico, prolongado en el tiempo, vinculado a determinadas crisis previsibles o imprevistas, que incluye tanto trastornos como enfermedades que provienen o inciden en el proceso compuesto por algunos o todos los componentes que menciona el art. 3º, LNSM. La definición subraya el concepto de sufrimiento mental como un proceso que puede provenir o no de una enfermedad —como, por ejemplo, de una crisis imprevista—, pero que tiene incidencia en la esfera socioeconómica, cultural, biológica, etc. Es significativo que la reglamentación mencione no sólo al sufrimiento de una persona individual con las características indicadas, sino también a los *grupos psicológicamente vulnerables* a raíz de los mismos factores que pueden afectar a los individuos. Habría que imaginar en qué situaciones podría darse el supuesto legal —sufrimiento psíquico con las características que indica el artículo— que torna de aplicación la LNSM a los grupos, lo cual no parece tarea sencilla, porque los supuestos que prevé la ley están referidos a las personas individuales y no a grupos vulnerables y no se advierte que existan derechos colectivos tutelados de manera diferenciada. De todos modos, el propósito normativo es claramente que dicha regulación se aplique a todas las situaciones que provoquen sufrimiento mental y que dicho sufrimiento se proyecte a las esferas que menciona el citado art. 3º, LNSM.

Del art. 3º, dec. 603/2013, se infiere que se ha intentado dejar muy en claro la modificación de los paradigmas vinculados a la salud mental y a su tratamiento. Pero esta intención que se revela en forma hasta exagerada no ha reparado en que subsisten muchos de los elementos que contenía la legislación anterior, circunstancia que es interesante descubrir, no ya para aferrarse a ellos y resistir el cambio, sino para comprender mejor el funcionamiento del nuevo esquema que propone la LNSM. Cabe tener presente que dicha ley, al igual que el Código de Vélez, establece que se debe partir del principio de capacidad de las personas (ver art. 3º, ley 26.677, y art. 52, CCiv.), de manera que las restricciones a la capacidad deben ser de aplicación excepcional. Corolario de este postulado es que la sentencia no causa estado, sino que fija un régimen provisional y por el plazo de tres años, en que debe ser revisado (art. 152 ter, CCiv.). Esta solución es derivación del principio de no estigmatización, según el cual no debe verse a la persona con problemas mentales como si se encontrara en un estado jurídico inmodificable.

Uno de los puntos en común que presenta la LNSM con la legislación anterior es que para que se ponga en marcha su aplicación es necesario que se presente un sufrimiento psíquico y que éste derive de alguna crisis que produzca un padecimiento, siempre que se trate de situaciones prolongadas, de trastornos o enfermedades, con incidencia en los procesos mencionados en el art. 3º, ley 26.657. La novedad radica

en que ese sufrimiento no necesariamente tiene que consistir en una enfermedad, puede ser un trastorno o bien una crisis, pero siempre es necesario —en principio— que se prolongue en el tiempo. Justamente, uno de los requisitos que la doctrina había inferido a partir de la ley 17.711 es que no cualquier episodio pasajero podía dar lugar a la promoción de un proceso de incapacidad, sino que la enfermedad mental tenía que subsistir en forma más o menos prolongada. Sin embargo, para esta nueva estructura no basta exclusivamente con establecer una enfermedad como ocurría en el Código Civil y en la ley 22.914, esto es, de una patología caracterizada como tal por la psiquiatría que llevaba al juez a apreciar si ésta impedía o no a la persona dirigirse a sí misma o administrar sus bienes. Antes bien, es preciso verificar un conjunto de factores que habrá de valorar un equipo interdisciplinario. En este punto, se percibe con mayor claridad el propósito de la ley de “desmedicalizar” las enfermedades mentales, para adoptar un criterio que examine la situación de la persona y sus posibilidades desde un lugar amplio, es decir, que abarque todo su contexto familiar, social, cultural y económico. Incluso, respecto de los impedidos graves, se busca que desde distintas disciplinas se estudie y se proporcione un informe que establezca lo que podría llamar “aptitudes residuales”, vale decir, qué es lo que el sujeto puede realizar por sí o con el auxilio de algún apoyo, que respete su voluntad en la realización de su proyecto de vida y que le permita reinsertarse en la sociedad en las mismas condiciones que los demás. Se trata de un criterio análogo al que anima la capacidad de los menores de edad y que la doctrina denomina como “capacidades graduales”, aunque en este caso, con los ajustes que imponen las circunstancias particulares.

IV. EL SISTEMA DE APOYOS Y LOS CONTROLES QUE IMPLEMENTA LA LEY PARA SU CORRECTO FUNCIONAMIENTO

Para comprender el sistema de apoyos debemos partir de la base de que la discapacidad debe ser tratada como un proceso interactivo y evolutivo. En general, salvo en los casos de discapacidad intelectual, las discapacidades mentales se manifiestan en forma paulatina, tienen un período de desarrollo y muchas de ellas pueden ser conjuradas con paliativos adecuados. En otros casos, de acuerdo con las circunstancias singulares de la persona, las habilidades son susceptibles de grados, a veces en situación decreciente. Esta realidad pone énfasis en que la persona tenga autonomía —que puede ser mayor o menor, creciente o decreciente— para manejar sus propios asuntos, según sus elecciones o preferencias. Es verdad que, en algunos casos, por más que se trate de mirar con la mayor amplitud posible el cuadro, la persona no tendrá la posibilidad de manifestar siquiera cuál es su voluntad. Los apoyos son, entonces, una manera o un paliativo para que pueda canalizar sus aspiraciones, sus deseos y sus actos jurídicos en general, exteriorizándolos con el auxilio de otro o de una institución, que tiene por finalidad colaborar con el individuo para que manifieste y lleve a cabo en la forma más genuina y fiel posible su proyecto de vida.

La ley 26.657 no define en forma expresa el rol de los apoyos, circunstancia que sí contempla el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial (arts. 43 y cons.). Esta omisión —o, si se quiere, desinteligencia— es superable con una recta interpretación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los tratados. La designación de apoyos o de asesores o sostenes viene

a ser una forma de resguardar la autonomía de la persona que se encuentra afectada. En rigor, la función podrá ser más o menos intensa según cuál sea el nivel de sufrimiento y la repercusión que éste pudiera tener en el manejo personal y en el desenvolvimiento de la persona en la vida de relación y en cualquier otra esfera u órbita en que se desenvuelva. Por eso, dichas funciones deben ser fijadas por el juez teniendo como referencia el estado general del sujeto con el asesoramiento de un equipo interdisciplinario que habrá de cuidar que al fijar las tareas o funciones del “apoyo” se tomen en cuenta todos los aspectos relevantes de la persona y surja de ahí lo que decía antes: cuáles son las funciones que el afectado no puede llevar a cabo por sí mismo y cuáles son aquellas que requieren la presencia y asistencia de un apoyo. Pienso que hay que decir las cosas como son y no acudir a eufemismos ni ocultar la realidad bajo un manto cargado de expresiones de deseos, buenos propósitos y aspiraciones no concretadas aún. Si la ley es de aplicación, no solamente a los discapacitados mentales, sino que también lo es a los que padecen alguna deficiencia intelectual o neurológica, fácilmente se concluye que, en muchos casos, como es el de aquellos que se encuentran en estado de vida vegetativo o tienen una alteración progresiva y decreciente de sus facultades mentales —v.gr., las personas que sufren mal de Alzheimer o algún otro que provoca una imposibilidad de exteriorizar de cualquier modo la voluntad—, la función de o de los apoyos será realizar aquellos actos jurídicos o tomar las decisiones que no puede llevar a cabo el sujeto, a menos que caiga en la ficción de afirmar que en éstos es suficiente que el apoyo se limite a asesorar o acompañar.

La LNSM crea, además, las salvaguardias, que consisten también en las medidas de índole judicial que están destinadas a controlar que los apoyos no ejerzan sus funciones de manera abusiva y sean diligentes en el cumplimiento de su misión. Pero, a su vez, la legislación crea también un órgano cuya misión es supervisar el funcionamiento de todo el régimen instituido a partir de la Convención. Vendría a ser algo así como el garante final del cumplimiento de los objetivos de la ley y del cambio de paradigma. Un ente que controla toda la ejecución o funcionamiento de las normas de la Convención en el orden local y de la LNSM. Se trata del órgano de revisión que el legislador ha creado en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental (art. 38, ley 26.657). Es un órgano de trabajo permanente, integrado en la forma que se indica en los arts. 39 y concs., LNSM, y que habrá de contar con equipos de apoyo técnico, formados en forma interdisciplinaria, según lo dispuesto por el art. 38, dec. 603/2013. Dicho órgano está compuesto por seis miembros: un representante del Ministerio de Salud de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, asociaciones de usuarios o familiares del sistema de salud, asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud, organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

V. AVANCE SOBRE LA “DESMEDICALIZACIÓN” Y “DESMANICOMIALIZACIÓN” COMO FINALIDAD DE LA LEY

La ley 26.657 —con sus muchos errores y aciertos— procuró reflejar en el ordenamiento interno los lineamientos de la Convención sobre Personas con Discapacidad. En general, se enrola claramente dentro de los procesos de reconocimiento y trata-

miento de las minorías vulnerables y procura la “desmedicalización” y la “desmanicomialización” de la patología mental. En concreto, intenta que no sea el Estado el que imponga barreras que impidan la plena integración de los sujetos con padecimiento mental, sino que sea éste quien promueva la inclusión y la posibilidad de reconocer su plena autonomía adoptando para ello las medidas de acción positiva que resulten menester.

En concordancia con la ley y con la finalidad de llevar a cabo aquello que se considera uno de los pilares estratégicos de la Convención, el dec. 603/2013 reitera algo que ya había indicado la LNSM: la prescripción de psicofármacos debe realizarse siguiendo las normas internacionales aceptadas por los consensos médicos para su uso racional, en el marco de los abordajes interdisciplinarios que correspondan a cada caso. A su vez, dispone que “la indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales realizadas de manera efectiva por médico psiquiatra o de otra especialidad cuando así corresponda”.

No es habitual que una ley que no está destinada a regular una profesión determinada —como, en el caso, la psiquiatría— disponga de qué modo ha de ser ejercida —v.gr., la administración de medicamentos— y diga, además, que cualquier medida terapéutica debe responder a las necesidades fundamentales de la persona, que se administrará exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como “castigo, conveniencia de terceros o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o de cuidados especiales” (art. 12, LNSM). Se trata, sin duda, de una norma en la que subyace la necesidad de alejar toda posibilidad de que se reiteren los abusos de los que han sido víctimas las personas con sufrimiento mental, pero que —en realidad— no cambia para nada el estado de cosas, porque quienes procedieron de esa forma y aplicaron un medicamento para “dopar” a una persona como castigo o para que “no moleste”, no sólo han violado el juramento hipocrático y los códigos de deontología médica, sino que incurrieron también en un ilícito que, advertido por la persona o por su círculo familiar o, bien, por sus allegados, habría dado lugar a las acciones penales y civiles respectivas. De todos modos, tengo la impresión de que la mención que realiza la ley no apunta, como se infiere del dec. 603/2013, a cualquier tratamiento, sino a que no se suministren medicamentos a los enfermos mentales como una opción terapéutica más, esto es, colocar a los psicofármacos como última alternativa u opción disponible luego de haber fracasado otros intentos de solución con técnicas diferentes. Se procura de este modo controlar las decisiones del médico sólo para prevenir posibles abusos, porque de otro modo no se entiende de qué manera y por qué razón la decisión de prescribir un medicamento determinado habrá de realizarse “en el marco de los abordajes interdisciplinarios que correspondan a cada caso”. Repárese que no es el equipo interdisciplinario el que decide la implementación de una terapéutica médica determinada, incluya o no la administración de medicamentos. Dicho equipo podrá aconsejar cuál es la opción que entiende más adecuada a la finalidad terapéutica de una persona determinada, pero es el propio el interesado, debidamente informado (art. 7º, inc. k), quien decidirá si asiente o no la práctica propuesta.

Desde otro ángulo, cuando se requiere el abordaje interdisciplinario para prescribir un medicamento, cabe preguntarse cuál será la valoración que científicamente están en condiciones de realizar los integrantes del equipo cuyas incumbencias son

distintas de la medicina. Parecería que salvo proponer alguna otra alternativa y preguntar si es viable su implementación según la calidad y eficacia de los resultados, no podrían tener injerencia para decidir si tal o cual droga es mejor o peor para el tratamiento. Autorizarlos a opinar y a dirimir si tal o cual medicamento o psicofármaco es más adecuado que otro, sin tener habilitación profesional a tal efecto, importaría una verdadera irresponsabilidad, porque con ello se pondría de manifiesto la convalidación del ejercicio de una profesión que no tienen y cuyo ejercicio está reservado exclusivamente a quienes han tenido título habilitante para ejercer la medicina.

Quizá en el intento de evitar nuevos casos como “Congo”³, “Ximenes Lopes v. Brasil”⁴ y otros lamentables precedentes, juzgados tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por los tribunales argentinos⁵, se ha cristalizado una disposición que parece más bien un consejo profesional que una norma jurídica.

No es dudoso que actualmente los problemas vinculados a la salud mental son examinados desde una perspectiva de derechos humanos y que cualquier forma de internación indebida o de disminución de la aptitud mental provocada por el uso abusivo o innecesario de psicofármacos constituye una violación de los derechos fundamentales de las personas con padecimiento mental. Pero creo que era suficiente con realizar una advertencia general, así como también hacer explícito el marco en que ha de ejecutarse la Convención y la ley reglamentaria para que se comprendan bien los objetivos y se obre en consecuencia. Al realizar los agregados vinculados con la prescripción de medicamentos, los propósitos de la ley se vuelven vulnerables y susceptibles de críticas negativas. De todas maneras, se debe reconocer que el decreto 603/2013 prescribe que las responsabilidades que asumen los integrantes de los equipos interdisciplinarios han de ser las que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto (art. 8°), de modo que cada uno de los que forman esos grupos sabrá hasta dónde y en qué términos puede dar su opinión y los restantes podrán decidir cómo considerarla. Aunque la ley no lo diga, cualquier disenso en el interior del equipo habrá de ser resuelto, en primer lugar, por los integrantes de ese mismo grupo, previa discusión e intercambio de ideas y, de no conseguir hacerlo, será la autoridad de aplicación quien decida cuándo el problema se encuentra debatido en el ámbito puramente administrativo. De lo contrario, el juez estará llamado a resolver si existiera alguna causa abierta.

Otro de los grandes objetivos de la Convención —en sintonía con la Convención de Caracas— y de la LNSM es la “desmanicomialización” y de ella también se ocupa el decreto reglamentario. Al respecto, el art. 27 de este último establece que “la autoridad de aplicación en conjunto con los responsables de las jurisdicciones, en particular de aquellas que tengan en su territorio dispositivos monovalentes, deberán desarrollar para cada uno de ellos proyectos de adecuación y sustitución por dispositivos comunitarios con plazos y metas establecidas... La presentación de tales proyectos y el cumplimiento efectivo de las metas en los plazos establecidos, será requisito indis-

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), “Congo, Víctor Rosario v. Ecuador”, caso 11.427, informe 63/99.

⁴ Corte IDH, 4/7/2006, “Ximenes Lopes v. Brasil”, LL Online AR/JUR11786/2006.

⁵ Corte Sup., 19/2/1998, “R., M. J.”, Fallos: 331:211; LL 2008-C-255; 27/12/2005, “T., R. A.”, Fallos 328:4832; LL 2006-C-231, con nota de Nicolás Diana.

pensable para acceder a la asistencia técnica y financiera que la Autoridad de Aplicación nacional disponga. El personal deberá ser capacitado y destinado a los dispositivos sustitutivos en funciones acordes a su capacidad e idoneidad. La autoridad de aplicación en conjunto con las jurisdicciones, establecerá cuáles son las pautas de adaptación de los manicomios, hospitales neuropsiquiátricos o cualquier otro tipo de instituciones de internación monovalentes que se encuentren en funcionamiento, congruentes con el objetivo de su sustitución definitiva en el plazo establecido. También establecerá las pautas de habilitación de nuevos servicios de salud mental, públicos y privados, a los efectos de cumplir con el presente artículo. La adaptación prevista deberá contemplar la desconcentración gradual de los recursos materiales, humanos y de insumos y fármacos, hasta la redistribución total de los mismos en la red de servicios con base en la comunidad. La implementación de este lineamiento no irá en detrimento de las personas internadas, las cuales deberán recibir una atención acorde a los máximos estándares éticos, técnicos y humanitarios en salud mental vigentes”.

Recuérdese que el art. 27, LNSM, prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalente, ya sean públicos o privados, y dispone que los que existen deberán desaparecer y adaptarse a los objetivos de la ley, aunque esa adaptación no debe influir en el plantel del personal que pudiere existir en sus derechos laborales adquiridos. A su vez, el decreto reglamentario, sin indicar de qué manera se va a realizar la adecuación de los establecimientos para cumplir con la finalidad de la norma, tras insistir —en forma sobreabundante o reiterativa— sobre el alcance de la adaptación referida —que se aplica tanto a establecimientos públicos como privados—, establece que se deben presentar proyectos de adecuación y sustitución de esos establecimientos, adecuación que deberá estar concluida en 2020. Se trata, en rigor, de una norma en blanco, en la medida que pone en manos de la autoridad de aplicación la elaboración de las pautas de adaptación y también las que correspondan para habilitar los servicios de salud mental que, obviamente, se refiere a los que deberán funcionar en los establecimientos generales, en las condiciones que prevé el art. 28 de la reglamentación. Esta delegación de atribuciones en la autoridad va seguida de algunas directivas, entre ellas, el cuidado de la fuente laboral del personal que actualmente trabaja en estos centros. Dispone, en consecuencia, que la desconcentración de los recursos materiales, humanos, de insumos y fármacos debe ser gradual hasta su total redistribución. Por otra parte, el art. 9° del decreto reglamentario establece que “el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial...”. Vale decir, de esta forma se sintetizan los objetivos de la ley que no son otros que sustraer del marco hospitalario-médico la atención de las personas con padecimiento mental.

VI. EQUIPO INTERDISCIPLINARIO

A lo largo de todo el articulado, la LNSM y el decreto reglamentario destacan las funciones de los equipos interdisciplinarios. Así, el art. 152 ter establece que la revisión del paciente sea llevada a cabo por facultativos independientes sobre la base de *evaluaciones interdisciplinarias*, con la finalidad de garantizar la imparcialidad, en

resguardo de los derechos de la persona involucrada⁶. Una previsión similar propone para el caso de las internaciones psiquiátricas (arts. 16, 18 y 20, LNSM). Esta exigencia es producto también de la “desmedicalización” de la salud mental, que es sustituida por la interdisciplina, presente en la ley en los distintos aspectos que regula, incluso a la hora de establecer quiénes son idóneos para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios de salud y de las instituciones, que antes estaban a cargo solamente de médicos psiquiatras.

El art. 8º, LNSM, dispone que “debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes”. A su vez, el art. 9º establece que “el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial...”. Se aclara que la atención será basada en la atención primaria de la salud y “se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales”. De este modo, no queda mucho margen para la interpretación: los objetivos de la ley transitan por el andarivel de la interdisciplina y de la integración o reinserción de la persona discapacitada.

Uno de los problemas interpretativos que ofrecía la ley era determinar en qué carácter se mencionaba a los distintos profesionales que integran el art. 8º. Los autores habían sido coincidentes en que se trataba de una nómina de ejemplificación y no taxativa y que serían las distintas jurisdicciones las que habrían de determinar de qué manera se conformaban esos equipos. Este criterio quedó plasmado en la reglamentación al sostener que “los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto. Las disciplinas enumeradas en el art. 8º, ley 26.657, no son taxativas. Cada jurisdicción definirá las características óptimas de conformación de sus equipos, de acuerdo a las necesidades y particularidades propias de la población...”. A su vez, la reglamentación se hace cargo de los inconvenientes operativos que durante la transición se hicieron notar. La implementación de una norma, sin recursos, ponía en vilo su correcta aplicación. Los recursos no abundan por cierto y, además, se han creado estructuras burocráticas que no serán de mucha utilidad si antes no se crean los organismos técnicos de aplicación a las situaciones concretas de campo, vinculadas directamente a la salud. Por tanto, seguramente habrá que aguardar un tiempo más para que la ley se encuentre en plena ejecución para comprobar cuáles son las necesidades y falencias que impiden la eficaz aplicación de la norma. Mientras subsista esa situación, el art. 8º, dec. 603/2013, establece que “en aquellas jurisdicciones en donde aún no se han desarrollado equipos interdisciplinarios, la Autoridad de Aplicación en conjunto con las autoridades locales, diseñarán programas tendientes a la conformación de los mismos, estableciendo plazos para el cumplimiento de dicho objetivo. Hasta tanto se conformen los mencionados equipos, se procurará sostener una atención adecuada con los recursos existentes, reorgani-

⁶ C. Nac. Civ., sala G, 26/10/2012, “R. H. s/inhabilitación”, expte. nro. 76.317/1997; íd., sala I, 9/6/2011, “N., M. S. s/insania”, expte. nro. 54.930/2010.

zados interdisciplinariamente, a fin de evitar derivaciones innecesarias fuera del ámbito comunitario”.

Aunque en algunos departamentos judiciales, gracias al trabajo de personas de buena voluntad, se han logrado armar equipos que contienen profesionales de distintas incumbencias, será difícil sostener esa situación en el tiempo en tales condiciones. Es necesario establecer verdaderos equipos entrenados para evaluar a las personas con padecimiento mental para dar cabal cumplimiento a los objetivos de la ley. Pero, además, es necesario que esos grupos funcionen en forma estable, porque un verdadero trabajo interdisciplinario, para que sea fructífero, debe partir también de la interacción de sus integrantes y del armonioso funcionamiento de esa unidad de acción. Es necesario definir una infraestructura determinada, si serán o no profesionales que cobrarán un sueldo del Estado, si sus cargos son permanentes con plazo de duración o sin éste. Pero la ley y sus procedimientos se encuentran en marcha y el cambio de paradigma, como se dijo, incluye como soporte fundamental a la interdisciplina. Es preciso, entonces, establecer de qué manera se conforman esos equipos y, mientras no existan recursos oficiales, de qué manera se da cumplimiento a la elaboración de informes.

Actualmente, en muchos lugares la función asignada a los equipos se cumple a través de las obras sociales o de los profesionales de las entidades de medicina privada o, bien, por grupos dependientes del gobierno. Pero no se podría afirmar, sin miedo a incurrir en error, que sus miembros estén formados y hayan sido instruidos, entrenados en el esquema de las directivas de la Convención y de la LNSM. No se conoce tampoco la idoneidad ni la imparcialidad de quienes son designados por las respectivas entidades ni los jueces están en condiciones de entrometerse en el funcionamiento de entidades privadas, sin más. Por otra parte, sin perjuicio de la función social que cumplen las obras sociales, no siempre asumen de buen grado que deben satisfacer las exigencias de los arts. 20, ley 26.657, y 152 ter del Código y, muchas veces, cumplen las instrucciones judiciales con disgusto⁷. Se generó, así, una situación que no es compatible con las directivas de la Convención sobre Personas con Discapacidad, que integra nuestro derecho interno, ni con las 100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

En efecto, varias salas de la Cámara Civil recurrieron a la alternativa citada. Para ello, invocaron preceptos que, hasta el momento, no tenían aplicación práctica. Así, en varios fallos puede leerse que “las obras sociales tienen a su cargo y con carácter obligatorio la cobertura de las prestaciones básicas enunciadas en la ley 23.660 en tanto que el art. 11, ley 24.091, estatuye que las personas discapacitadas afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados, a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal, y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de la persona con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas. Por ello, la evaluación interdisciplinaria del causante en un proceso de insania, tal como lo prevé el art. 152 ter, CCiv., (t.o. ley 26.657) deberá cumplirse por intermedio de la obra social, quien no puede eximirse de su obligación so pretexto de la existencia de un conflicto con la su-

⁷ C. Nac. Civ., sala I, 11/2/2011, “Díaz, María Irma s/protección de persona”, expte. nro. 52.017/2011.

perintendencia de Servicio de Salud, dado los términos de los arts. 3º, 5º, 7º, inc. n), 8º, 42, ley 26.657 y art. 152 ter, CCiv.”⁸.

Se han empleado otras alternativas. Así, en alguna oportunidad se ha señalado que los profesionales especializados en salud mental son los indicados para llevar a cabo el diagnóstico sin perjuicio de la designación de otros facultativos por parte de los jueces. Así —se dijo—, la ley 26.657 en ningún momento exige que el equipo interdisciplinario sea designado de una forma determinada ni impide que la tarea sea realizada por un órgano dependiente del Poder Ejecutivo nacional. Y, en respuesta a los agravios de una de las partes en la que se había designado un cuerpo de peritos que pertenecía a una dependencia del Estado, se concluyó que “la intervención del Poder Ejecutivo no implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de éste, sino que se trata de que elabore, a través de un órgano especializado en la materia, el informe interdisciplinario correspondiente, cuya admisibilidad y pertinencia será valorada por el órgano jurisdiccional en el momento oportuno”⁹. Con más precisión, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dictó el acuerdo reglamentario 90, serie “B”, por el que recomendó a los jueces civiles que, a la hora de ordenar evaluaciones interdisciplinarias, soliciten que el equipo esté formado por un médico, un psicólogo y otro profesional de la salud mental, a fines de cumplir con la LNSM en el caso en que sea necesario decretar una internación¹⁰.

La Cámara de Familia de Mendoza, a los fines de tener por cumplido el examen requerido por el art. 142, CCiv., y el requisito de interdisciplinariedad impuesto por la LNSM, consideró suficiente que el informe estuviera firmado sólo por dos facultativos, un médico psiquiatra y un psicólogo¹¹.

En el ámbito de la Capital Federal, la sala G de la Cámara Civil ha tenido oportunidad de expedirse en un caso en que existía un informe realizado por psiquiatras del Cuerpo Médico Forense que, además, recomendaba la realización de un informe interdisciplinario que efectuaran los médicos tratantes de causante. Una presentación de esas características había sido acompañada por la Curaduría oficial. La sala consideró, sin perjuicio de las ampliaciones o aclaraciones que se pudieran solicitar, que se había observado la interdisciplinariedad requerida por la ley 26.657¹². En otro precedente, el mismo tribunal afirmó que el peritaje interdisciplinario debe ser elaborado por profesionales independientes del establecimiento en el que permanecía internada una causante, teniendo en cuenta los Principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, nros. 17 y 18, y los arts. 2º y 24, ley 26.657, y que el incumplimiento de este requisito afecta la garantía del debido proceso y del derecho de defensa (art. 18, CN). En consecuencia, dispuso que en lo atinente a su capacidad e interna-

⁸ C. Nac. Civ., sala K, 13/10/2011, “B., S. s/insania”, K066984.

⁹ C. Nac. Civ., sala A, 11/07/2012, “V., H. G. s/insania”, R. 602412, sumario 22208 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

¹⁰ Acuerdo reglamentario 90, serie “B”, del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, publicado en www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Acuerdos/, consultada el 28/10/2013.

¹¹ C. Familia Mendoza, 7/6/2012, “P. S. J.”, LLGran Cuyo, agosto 2012, p. 773; LL Online AR/JUR/24169/2012.

¹² C. Nac. Civ., sala G, 11/6/2012, “C., E. M. s/insania”, recurso 599.768.

ción (art. 152 ter, CCiv.), decisión tomada sobre la base del informe realizado por los profesionales tratantes, debía ser revisada¹³.

No es dudoso que el equipo interdisciplinario cumple distintas funciones en la aplicación de diversos aspectos de la LNSM. Uno de ellos es la que incumbe en materia de internaciones. Al respecto, el art. 16, LNSM, establece que “toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho horas, debe cumplir con los siguientes requisitos: a) evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, uno de ellos debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra...”.

El dec. 603/2013, a su vez, luego de aclarar —en forma sobreabundante, a mi juicio— que los plazos de la LNSM son civiles y no procesales, indica de qué forma se debe realizar el diagnóstico, que es común tanto para las internaciones voluntarias como para las involuntarias. Al reglamentar, el inc. a), dice: “El diagnóstico interdisciplinario e integral consiste en la descripción de las características relevantes de la situación particular de la persona y las probables causas de su padecimiento o sintomatología, a partir de una evaluación que articule las perspectivas de las diferentes disciplinas que intervienen. En aquellos casos en que corresponda incluir la referencia a criterios clasificatorios de trastornos o enfermedades, la Autoridad de Aplicación establecerá las recomendaciones necesarias para el empleo de estándares avalados por organismos especializados del Estado Nacional, o bien por los organismos regionales o internacionales que la República Argentina integre como miembro. La evaluación deberá incorporarse a la historia clínica. Los profesionales firmantes deberán ser de distintas disciplinas académicas e integrar el equipo asistencial que interviene directamente en el caso, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades de la Institución. El informe deberá contener conclusiones conjuntas producto del trabajo interdisciplinario”.

Como se advierte, esta disposición trata de las normas comunes aplicables a la internación voluntaria y a la involuntaria. Describe minuciosamente el contenido que debe tener el informe, tratando de evitar la rotulación y la estigmatización de la enfermedad. Adviértase que al hacer referencia a los criterios clasificatorios señala que éstos habrán de seguir las recomendaciones que deberá realizar la autoridad de aplicación, de manera que la clasificación estará supeditada a lo que establezca el Ministerio de Salud y no podrá volcarse en el informe ninguna otra que no guarde correspondencia y sea compatible con la establecida por aquél.

Recuérdese, asimismo, que el art. 18, LNSM, asigna un rol preponderante al referido equipo durante la internación de la persona pues, aun cuando se trate de una internación voluntaria, cuando se prolonga más allá de los sesenta días corridos, debe realizar un informe y elevarlo al órgano de revisión. A su vez, cuando una internación involuntaria se transforma en voluntaria, el decreto reglamentario dispone que el equipo interdisciplinario habrá de comunicar al juez esa circunstancia, acompañando el consentimiento del paciente, debidamente informado.

También el equipo interdisciplinario es una pieza clave a la hora de disponer el alta, externación o permisos de salida de la persona internada y, también, su intervención es exigida para realizar los informes periódicos sobre la situación del interno de conformidad con el procedimiento de los arts. 20 y 21, LNSM.

¹³ C. Nac. Civ., sala G, 7/2/2012, “S., N. s/insania”, recurso 591.590.

VII. CONCLUSIÓN

El cambio abismal de paradigma en materia de salud mental y la falta de recursos que aún se advierte como un problema grave, impide en esta etapa hacer una evaluación sobre los logros de los objetivos diseñados por la Convención. No debe olvidarse el cambio de estatus jurídico que experimentó la problemática de la salud mental luego de que nuestro país suscribiera la Convención, aunque dicha circunstancia no significa que de ahora en más se tire por la borda todo el camino andado y se considere a la medicina únicamente un mal necesario en el abordaje de la salud mental, sin reconocer la trascendencia de los avances científicos y su intransferible importancia en la mejoría de la salud psíquica de las personas. Es verdad que desde siempre predominó un criterio puramente médico y que se cometieron abusos que menoscabaron duramente la dignidad de las personas con padecimiento mental, cristalizando una situación de marginalidad, incompatible con la dignidad que es presupuesto de los derechos humanos de esos pacientes. Pero ello no implica que los profesionales de la medicina, en general, y los psiquiatras, en particular, se hayan transformado en seres insensibles, incapaces de tratar al otro con humanidad y con la dignidad que merecen y que no puedan obrar de conformidad con los postulados de la Convención. Tampoco parece razonable que dejen de lado su ciencia y se sometan a la opinión de quienes carecen de los conocimientos científicos para abordar los problemas propios de sus incumbencias.

Se debe lograr, por cierto, un adecuado intercambio, un abordaje conjunto que comprenda desde qué lugar y cuál es la mirada con que analiza otra disciplina la cuestión para completar el panorama. Se trata de un diálogo interdisciplinario que tiene como finalidad exclusiva el bienestar de personas concretas, de carne y hueso. Precisamente, se trata de buscar el complemento, enriquecer las técnicas de abordaje que proporcionan todas las disciplinas y lograr armonizarlas entre sí, extremo que es indispensable para valorar las capacidades graduales de las personas a fin de encontrar aquellos resquicios de autonomía que son los que se procura preservar de la injerencia de los apoyos o de medidas más intensas.

Otro peligro que debe evitarse, si se quiere cumplir puntiliosamente con las directivas de la Convención, es que a la solución no puede arribarse con medidas abstractas, impracticables, buenos deseos o propósitos sin correlato útil y eficaz en los hechos. En este punto, no ha sido de mucha utilidad la reglamentación, porque en lugar de buscar de qué modo se solucionan esos baches y se destinan recursos a ese fin, se dedica a reiterar de manera innecesaria los mismos conceptos y le dedica varias disposiciones a crear estructuras administrativas con funciones difusas y superpuestas. Dichas estructuras parecen, en principio, demasiado grandes y requerirán ciertamente de recursos económicos para empezar a funcionar, pero nada se decide sobre cuáles serán los fondos con los que habrán de formarse los equipos interdisciplinarios, sin los cuales es imposible seguir el procedimiento que fija la norma. Es verdad que esa cuestión quedó en manos de las jurisdicciones locales, pero no puede ignorarse que no todas las provincias tienen recursos idénticos y formar un equipo interdisciplinario exige entrenamiento determinado y capacitación. Por otro lado, un equipo no es una yuxtaposición de incumbencias, sino el reflejo del trabajo coordinado, del diálogo entre distintas personas, en el cual cada una de ellas expone su opinión desde un saber distinto y complementario del otro, para lograr —mancomunadamente— una me-

por aproximación a la realidad. Requiere, como se dijo, cierta estabilidad que facilite un mínimo conocimiento entre sus integrantes para que logren coordinar una síntesis estudiada y meditada de su labor en su aplicación a un caso concreto. Este objetivo, tan estrechamente ligado a la finalidad de la LNSM, debió haber sido cuanto menos esbozado como una suerte de presupuestos mínimos, para evitar que las legislaciones locales establezcan pautas muy dispares entre sí que pongan en peligro el principio de igualdad ante la ley.

En fin, la reglamentación se ha dedicado prioritariamente a cuestiones administrativas, pero no aclaró demasiado los puntos oscuros que contenía la ley, a los que se hizo referencia en el primer párrafo, a la par que difiere en los problemas de infraestructura, de formación de los recursos humanos y otros aspectos importantes a lo que decida la autoridad de aplicación o, en su caso, las jurisdicciones locales. Habrá que esperar los lineamientos del Ministerio de Salud para tener completo el panorama.

ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE LA LEY 26.862 Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL CON MEDIA SANCIÓN. EN LA BÚSQUEDA DE UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA

por ADRIANA N. KRASNOW*

I. PLANTEO DE NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO

El derecho como fenómeno social es permeable a todos los cambios que encuentran su origen en la sociedad y el derecho de familia es el sector de mayor dinamismo por los continuos movimientos y/o transformaciones que causan impacto en las distintas manifestaciones familiares.

Esto que decimos se encuentra reflejado en el movimiento legislativo que se precipitó en estos últimos años en cuestiones que se vinculan de manera directa o indirecta con este sector del derecho¹; un ejemplo de lo que venimos diciendo es la ley 26.862 sobre cobertura de tratamientos de procreación asistida².

La entrada en vigencia de esta norma permitió hacer frente a un problema que, al afectar a un sector importante de la población, lo colocaba en una clara situación de debilidad jurídica, por resultar vulnerados ciertos derechos humanos personalísimos, como derecho a la protección integral de la familia, derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a la igualdad y derecho a la no discriminación.

Asimismo, al tratarse de una norma nacional que legitima a toda persona comprendida en sus alcances a servirse de ella, permite poner fin al planteo de recursos de amparo destinados a la búsqueda de un auxilio del Estado ante la falta de inclusión de los tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), entre las prácticas con cobertura por parte de las obras sociales y/o sistemas de medicina prepaga.

* Investigadora adjunta Conicet. Doctora en Derecho. Profesora adjunta, Derecho Civil V (Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¹ A modo de ejemplo: el reconocimiento del matrimonio entre personas de igual sexo mediante la ley 26.618; el establecimiento de un régimen legal de salud mental mediante la ley 26.657 que se completa con su reglamentación reciente; la ley 26.579 de Mayoría de Edad; la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres.

² Sancionada el 5/6/2013. Promulgada el 25/6/2013. Publicada en el BO el 26/6/2013.

La particularidad que presenta es su oportunidad. Es decir, el momento de transición dentro del cual se instala, puesto que adquiere vigencia justo en la época de tratamiento del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 (en adelante, Proyecto). Es por ello que muchos de sus enunciados siguen el criterio de la norma proyectada.

Pero escribir sobre esta ley hoy nos coloca frente a un interesante desafío. Decimos desafío, porque nuestra atención se focalizará en aquellas cuestiones de vinculación directa con la filiación por TRHA que fueron tratadas en la norma siguiendo el criterio establecido en el Proyecto, algunas de las cuales fueron borradas o modificadas en el texto del Proyecto que recibió media sanción en la Cámara de Senadores³. Especial interés despierta en nosotros analizar el impacto que representa volver al criterio que la norma vigente establece respecto del comienzo de la existencia de la persona humana y el efecto de suprimir la gestación por sustitución.

Siguiendo con la línea que esbozamos en un trabajo anterior sobre el tema, reiteramos que lo expuesto se presenta en la etapa de transición en que se encuentra el derecho privado argentino, donde se observa cómo, desde un enfoque microjurídico, los medios específicos que se emplean para la resolución de un problema de filiación se sirven como fuente de argumentación de los lineamientos contenidos en el Proyecto en su texto original y, avanzando más aún, cómo desde lo macrojurídico se adoptaron estrategias de políticas legislativas y judiciales que también responden al espíritu de la norma proyectada. Para demostrar esto que estamos diciendo incluiremos, durante el desarrollo la descripción de los enunciados del texto original del Proyecto, junto con sentencias judiciales posteriores a la norma proyectada, que son un claro ejemplo del empleo de tácticas —argumentos elaborados sobre la base de la norma proyectada— destinadas al cumplimiento de las estrategias que sustentan el sistema que se pretende instalar.

Es por ello que en los apartados que siguen se busca definir de qué forma armonizar lo dispuesto en la ley 26.862 con los cambios que en el marco de la filiación por TRHA introdujo la Cámara de Senadores en el texto del Proyecto.

II. LA FILIACIÓN POR TRHA EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA CONSTITUCIONALIZADO

El derecho de familia en el presente se inserta en un régimen humanista que atiende a la protección de la persona y sus derechos, tanto en la dinámica de las relaciones que se desarrollan en el interior de la familia como las que se despliegan fuera de ella. Para que este fin se materialice debe respetarse al individuo en su unicidad, en su igualdad con el resto, bajo un marco de tolerancia y, al mismo tiempo, su amparo debe extenderse respecto de los demás, del régimen y de todo lo demás (enfermedad, soledad, pobreza, etcétera)⁴.

³ El Proyecto con modificaciones recibe media sanción en la Cámara de Senadores el 28/11/2013.

⁴ Sobre régimen humanista, ver entre otros: Ciuro Caldani, Miguel Á., *La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, ps. 89 y ss.; Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 440 y ss.

Pensar y diseñar un derecho de familia más humano y, como tal, respetuoso de la diversidad, exige analizar de forma abierta aquellos datos de la realidad que impactan en la composición interna de cada familia. Así, puede comprobarse fácilmente que en el presente coexisten distintos tipos de familia que no encuadran en los esquemas rígidos dispuestos en la norma civil.

Con esta visión amplia, la familia nuclear tradicional comparte su espacio con otras manifestaciones que responden a variables que se fueron sucediendo, como: a) cambios sociales que reducen la función de padre y madre a una sola persona, como la familia monoparental, o que introducen la vinculación de las nociones de padre y madre con la de madre afín-padre afín, como en la familia ensamblada; b) transformaciones sociales que abren las puertas al nacimiento de familias integradas por parejas del mismo sexo, casadas o convivientes y c) avances sociales y médico científicos que nos enfrentan a nuevas realidades en filiación: 1. concentración total o parcial de la madre genética, gestacional y legal en una misma persona y/o que el padre legal sea o no el padre biológico; 2. pareja de dos mujeres (casadas o convivientes), en la cual una asume el rol de madre gestacional y la otra, el lugar de madre genética, o una de ellas concentra ambos roles, recurriendo para esto a la dación de material genético de tercero dador conocido o anónimo; 3. pareja de dos mujeres (casadas o convivientes) que recurre a la dación o adopción de un embrión crioconservado, asumiendo una de ellas el lugar de madre gestante; 4. pareja conformada por dos hombres, cuyo hijo común es el resultado de la fecundación con material genético de uno de ellos y material genético de una mujer sin voluntad procreacional, quien también puede, o no, asumir el rol de madre gestante; 5. pareja del mismo sexo que concreta el deseo de un hijo común por el camino de la adopción; 6. pareja del mismo sexo, donde uno de ellos adopta al hijo biológico del otro (adopción de integración).

En esta dirección, el Proyecto, en sus fundamentos, expresa: "...La amplitud de los términos del art. 14 bis, CN que se refiere de manera general a la 'protección integral de la familia', sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica, con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de la unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de la unión anterior, habiendo o no hijos, las que aparecen reconocidas por la ley 26.618..."⁵.

Desde esta mirada plural, la filiación por TRHA, de forma progresiva, ha logrado su reconocimiento en el derecho de familia. Si bien, desde hace tiempo, el avance científico posibilitó el desarrollo de estos procedimientos y, con ello, el surgimiento de esta fuente de la filiación en el ámbito social, su traslado al derecho no fue fácil y, hasta el presente, su recepción no ha sido total. Decimos esto porque, si bien la ley 26.862 representa un avance significativo y necesario, sólo contribuye a resolver algunos de los tantos problemas que comprende. Por ello, en opinión que compartimos, Famá señala la que esta ley "...en su génesis se ubica en el seno del derecho público, concretamen-

⁵ La ley 26.618 modifica el régimen de matrimonio civil al extender el complejo personal del matrimonio a favor de las personas de igual sexo.

te de los llamados derechos económicos[,] sociales y culturales...”⁶. De todas formas, un análisis integral de su contenido permite afirmar que avanza más allá de su reconocimiento como práctica médica con cobertura, al comprender cuestiones que escapan a su objeto. En gran medida, el abarcar más de lo que en su espíritu persigue, conduce a pensar que se buscó mediante ésta manifestar implícitamente una adhesión a las reglas y los principios que sobre esta fuente de la filiación contiene el Proyecto, sin considerar los cambios que se introducen en el texto que recibió la Cámara de Senadores y que se vinculan con el tema que tratamos.

De lo expuesto surge que, aun cuando el Derecho en su dimensión normológica captó progresivamente nuevas formas de vivir en familia, quedan vacíos por cubrir, como la determinación de la filiación en los supuestos de hijos nacidos mediante el empleo de las TRHA, problema que la norma proyectada resuelve.

III. LA PROYECCIÓN DE LAS TRHA EN EL DERECHO INTERNO

Iniciemos el análisis con una descripción por separado de los avances logrados en la dimensión normológica.

1. El Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción

La introducción de la filiación por TRHA como tercera fuente derivó en la necesidad de considerar sus reglas propias, que se encuentran plasmadas en el capítulo 2 del título V “Filiación”⁷.

En armonía con el principio de pluralidad⁸, estas prácticas médicas, destinadas a colaborar en el proceso reproductivo, están abiertas para las parejas de igual o distinto sexo, casadas o en convivencia de hecho, y también para hombres o mujeres que no conforman pareja.

⁶ Famá, María Victoria, “Incidencia de la ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de reproducción asistida en el Derecho de Familia y de las Personas”, *Derecho de Familia de las Personas*, año 5, nro. 7, La Ley, Buenos Aires, p. 104.

⁷ Krasnow, Adriana N., “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 1/2014, Barcelona, ps. 1-38.

⁸ La visión constitucionalizada del derecho privado en la que se inserta el Proyecto queda reflejada en sus principios, que actúan como sostén de todo el sistema. En este apartado nos serviremos de aquéllos para definir su alcance en relación con el objeto de estudio: 1. principio de pluralidad: su impacto en la filiación se exterioriza en el complejo personal, puesto que las distintas manifestaciones familiares abren el cauce para que se originen vínculos filiales que responden a distintas variables, como por ejemplo los que surgen en el seno de una familia conformada por una pareja de igual sexo (casada o en convivencia de hecho), así como también en la captación en la norma de las tres fuentes de la filiación; 2. principio de autonomía: materializado en la voluntad procreacional que se expresa en el documento de consentimiento informado, cuando el vínculo filial reconoce su origen en las TRHA; 3. principio de solidaridad: actúa como protector del emplazamiento filial, además de servir de fundamento al conjunto de deberes-derechos propios de la responsabilidad parental que nace como derivación del vínculo jurídico filial.

La apertura en cuanto a los destinatarios de las técnicas también se visualiza en la amplitud de los procedimientos que recepta. En este sentido, los usuarios, según la situación que atraviesen, podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga; el vínculo, en cualquiera de los casos, se define en función del elemento volitivo (art. 561, texto original, o art. 562, texto con media sanción). Esta apertura deriva en el reconocimiento implícito de las prácticas de baja y alta complejidad.

En este marco, la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el querer ser progenitor. Así, la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica cuando el vínculo filial encuentre su origen en las TRHA, en correspondencia con el criterio seguido en los países que tienen regulada esta tercera fuente⁹.

Si, como se dijo, el vínculo filial depende del querer asumir el lugar de progenitor, especial importancia reviste en este ámbito el consentimiento informado, por tratarse del medio a través del cual se expresa este sentir. En virtud de esto, se dispone que el centro de salud que intervenga en la práctica médica debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA; su contenido se sujeta a lo dispuesto en leyes especiales. Entre estas normas especiales adquiere relevancia la ley nacional 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud¹⁰ (s/texto ley 26.742/2012)¹¹, en cuyo art. 5° lo define: “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada...”¹².

El encuadre contenido en la citada norma recepta lo que en bioética se denomina el derecho-deber de información como elemento que se integra al principio bioético de autonomía, en el sentido de que todo paciente, antes de expresar su conformidad para someterse a una práctica médica, tiene el derecho a recibir una explicación cla-

⁹ Véase, entre otros: Portugal, art. 20, ley 32/2006; Suiza, art. 256, Código Civil; Francia, art. 311-20, modificado por la ordenanza 2005-759 del 4/7/2005; Italia, ley 40/2004; Brasil, art. 1597, Código Civil.

¹⁰ Ley 26.529: sancionada el 21/10/2009; promulgada el 19/11/2009 y publicada en el BO el 20/11/2009.

¹¹ Ley 26.742: sancionada el 9/5/2012; promulgada el 24/5/2012 y publicada en el BO el 24/5/2012.

¹² A continuación, especifica los aspectos a informar: “a) Su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

ra y completa sobre sus aspectos positivos y negativos. Este extremo se expresa en el Proyecto bajo la frase “consentimiento previo, informado y libre”.

Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público (art. 560, texto original, o art. 561, texto con media sanción) para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados¹³.

Una cuestión que el Proyecto resuelve con buen criterio puede formularse con la pregunta siguiente: ¿la voluntad procreacional/parental se conserva estable y no puede cambiar en el devenir? La respuesta de este interrogante comprende dos aspectos: a) definir si el consentimiento informado es revocable y b) si la conformidad inicial debe renovarse en prácticas médicas posteriores a la inicial.

Respecto del primer aspecto, como el consentimiento informado se trata de un acto derivado del principio de autonomía, el Proyecto, en su versión original y en la versión modificada al recibir media sanción, establece que puede ser revocado, siguiendo en esto la tendencia del derecho comparado¹⁴. En este sentido resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso “Evans v. The UK”, del 7/3/2006, de cuyos hechos surge que, tras la ruptura de la pareja, el hombre decide revocar el consentimiento que había prestado en el inicio para el posterior implante de seis embriones crioconservados que fueron logrados con el empleo de su semen y óvulos de la recurrente, quien pretendía el implante. El TEDH, ajustándose a la ley inglesa que admite la revocación, confirmó la decisión de las instancias judiciales británicas que no hicieron lugar al pedido de la recurrente¹⁵.

En cuanto al período dentro del cual se puede revocar, procede antes de la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561, texto con media sanción). Cabe advertir que, en el texto original, contemplaba este aspecto el art. 560, que en términos similares decía: “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”. La diferencia se encuentra en haberse suprimido la mención “en la mujer” y “en ella”, atento a que se elimina toda referencia que pueda abrir las puertas a la gestación por sustitución, por tratarse de un procedimiento que fue reconocido en el texto original y borrado en la versión que recibió media sanción en Senadores.

El período dentro del cual se podía revocar guardaba relación con lo dispuesto en el texto original del Proyecto respecto del comienzo de la existencia de la persona humana: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado” (art. 19). Como analizaremos en

¹³ Famá, María Victoria, “Filiación”, en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 422.

¹⁴ Véase, entre otras leyes: España, art. 3-5 y art. 11.4 y 5, ley 14/2006; Portugal, art. 14.4, ley 32/2006; Suiza, art. 7º, Ley de Procreación Asistida del 18/12/1998; Grecia, art. 1456, ley 3089/2002; Reino Unido, sección 3a de la Human Fertilisation and Embryology Authority.

¹⁵ Farnós Amorós, Esther, “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, InDret 1/2007, www.indret.com/es/, ps. 1-16.

el apartado que sigue, la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 también adoptaron el mismo criterio.

Si bien el art. 19 del Proyecto, en su versión previa a la media sanción en Senadores, despertó reacciones de oposición, recibió un respaldo significativo con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica"¹⁶. Con motivo de este caso, que excede las fronteras nacionales, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción", partiendo de establecer la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En relación con la vigencia del consentimiento informado, si bien se registra en la Argentina un antecedente en la jurisprudencia nacional que dispuso tanto la vigencia como la validez del consentimiento prestado inicialmente para las prácticas posteriores¹⁷, el Proyecto establece que debe renovarse en cada oportunidad en que se proceda al empleo de gametos o embriones (art. 560, texto original y texto con media sanción). Compartimos esta solución, puesto que la voluntad inicial puede no reflejar la voluntad actual y guiarse por la primera puede conducir a la toma de decisiones que no responden al elemento volitivo que, como señalamos, es el que debe guiar la determinación del vínculo cuando se recurre a esta fuente de la filiación¹⁸.

El desarrollo que precede busca mostrar la armonía que el régimen proyectado en su versión original guardó con el fallo "Artavia Murillo" y, posteriormente, con la ley 26.862; situación de equilibrio que entra en crisis con la reforma que introduce la

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica", LL 2013-A-160.

¹⁷ C. Nac. Civ., sala J, 13/9/2011, "P., A. v. S., A. C.", LL 2011-E-435. Se acompaña una breve reseña de los hechos: la pareja contrae matrimonio el 14/11/2003. Ante la imposibilidad de procrear naturalmente, consultan en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER). Después de tres intentos de fecundación in vitro, finalmente nace Tomás el 17/8/2006. Quedaron cinco embriones en estado de crioconservación. En el documento de consentimiento informado consta que toda medida que se adopte respecto de los embriones sobrantes será definida de forma conjunta por la pareja. En octubre de 2006, el matrimonio se separa de hecho. Posteriormente, la mujer pide en el IFER que se proceda al implante de los embriones sobrantes. Como este pedido no cuenta con la conformidad del otro integrante de la pareja, el instituto se opone. Frente a esta negativa y mientras tramitaba el proceso de divorcio, la mujer, en el carácter de representante legal de los cinco embriones, promueve una medida cautelar de protección de persona. La justicia ordena el implante.

¹⁸ Krasnow, Adriana N., "Cuando la respuesta judicial no se corresponde con la voluntad parental", Derecho de Familia y de las Personas, año 3, nro. 11, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 219.

Cámara de Senadores en el texto del art. 19 del Proyecto, al pasar a decir: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. De esta forma, se vuelve al criterio que rige hoy, puesto que el comienzo de existencia se define por la concepción y no por el implante en el supuesto de tratarse de fecundación extracorpórea.

2. La Ley 26.862 y su decreto reglamentario

a) Objeto, alcance y proyecciones de la norma

Limitando la atención al contenido de esta ley en relación con las TRHA como una fuente más de la filiación, se destaca, en primer término, el haber logrado materializar, en el marco de los procedimientos de reproducción humana asistida, el principio bioético de justicia, al reconocer, a toda persona comprendida en sus alcances, el derecho de acceso a los distintos procedimientos comprendidos en esta práctica médica en condiciones de igualdad. De esta forma, se garantiza la efectividad de los derechos humanos personalísimos que antes resultaban comprometidos frente a las limitaciones que atravesaban las parejas o personas solas por la falta de inclusión de estos tratamientos entre las prácticas médicas con cobertura. También, se fortalece el principio de igualdad cuando la norma, al enunciar las funciones del Ministerio de Salud de la Nación, comprende: “...Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiados a las prácticas normadas por la presente” (art. 6º, inc. a)].

A diferencia del alcance limitado que se logró con la ley 14.208 de la provincia de Buenos Aires, esta norma adopta un criterio amplio¹⁹. Así, en el art. 1º expresa:

¹⁹ La ley provincial sólo reconoce la cobertura de las prácticas de inseminación y/o fecundación con el empleo de material genético propio de la pareja (homólogas), no comprende los procedimientos en los que se recurre a material genético de tercero dador (heterólogas). En plena discusión del Proyecto que se convertiría en ley 26.862, se dicta un fallo que no hizo lugar a un amparo con sustento tanto en los procedimientos comprendidos en la ley 14.208 y en el régimen de filiación contenido en el Código Civil vigente: “Es improcedente la acción de amparo iniciada ante la negativa del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires a cubrir un tratamiento de fertilización in vitro con semen homólogo y óvulos donados hasta lograr el embarazo —fertilización heteróloga—, siendo que la autorización de esa práctica no trasunta una simple concesión legislativa que pueda efectuar el Estado provincial desentendiéndose de las consecuencias jurídicas que tal método trae aparejadas en amplios sectores del derecho civil, ordenamiento cuyos institutos no le es dable enmendar, modificar o amplificar a la legislatura provincial —art. 75, inc. 12, CN—. El diverso tratamiento que en la ley 14.208 el legislador de la Provincia de Buenos Aires ha brindado a la fertilización homóloga respecto de la heteróloga con ovodonación posee adecuada justificación en las consecuencias jurídicas que este método de fecundación trae aparejado en amplios sectores del derecho civil y permite concluir que no resulta arbitrario que la primera esté cubierta por efectores públicos o bien por el Instituto de Obra Médico Asistencial para sus afiliados frente a la abstención de reconocimiento de la segunda”. C. Cont. Adm. Mar del Plata, 4/7/2012, “I., M. A. y D., L. M. v. IOMA s/amparo”, LLBA 2013-104. Por el contrario, se registran fallos que observaron los alcances del régimen provincial: “El art. 4º del decreto 2980, reglamentario de la ley 14.280 de la Provincia de Buenos Aires, es inconstitucional, pues los límites que impone al acceso a las técnicas de fertilización asistida son arbitrarios y carentes de razonabilidad y fundamentos científicos, por

“La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”; se observa la principal manifestación de su elasticidad cuando define a los destinatarios: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado...” (art. 7°). De este enunciado surge que puede tratarse de una pareja, de distinto o igual sexo, casada o conviviente, que se somete a una TRHA con material genético de la pareja o empleo de material genético de tercero dador/a; mujer sola que recurra a material genético de tercero dador, así como también entendemos que cabe comprender el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente, de distinto o igual sexo, que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo²⁰. Con la misma visión, Gil Domínguez afirma que de la “...combinación de los arts. 2°, 7° y 8° sumado a que el Ministerio de Salud de la Nación tiene como obligación legal ‘arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios’, trae como ineludible consecuencia que la maternidad subrogada ha quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino...”²¹.

Esta apertura se corresponde con el principio de pluralidad que actúa como uno de los pilares del Proyecto, pero incluso resulta más abierta en relación con la versión última del Proyecto, que borra de sus enunciados la gestación por sustitución.

Al mismo tiempo, el respeto a la diversidad hace factible la efectividad del derecho a la salud, desde la noción amplia que brinda la Organización Mundial de la Salud, que separa y no asocia salud con ausencia de enfermedad: “Estado de completo bienestar físico, mental y social”. Esta apertura se comprueba cuando la ley define esta práctica médica: “...Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación...”. Este enunciado se completa en el decreto re-

cuanto conculcan los derechos y garantías que dimanar de los arts. 14 bis, 28, 31 y 75, inc. 22, CN, y 57 y 144, inc. 2°, Constitución provincial”. C. Civ. y Com. La Matanza, 19/3/2013, “M. N. S. s/amparo”, LLBA 2013-722 y RDF 2013-V, p. 78, con nota de De la Torre, Natalia, “Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida”.

²⁰ La única limitación que se observa refiere al número de tratamientos con cobertura al que podrá acceder una pareja o persona sola, al disponer el art. 8°, dec. 956/2013: “En los términos que marca la ley 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos...”.

²¹ Gil Domínguez, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, Derecho de Familia y de las Personas, año 5, nro. 8, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 24.

glementario 953/2013²², cuando expresa: "...Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos..." (art. 2°).

Como adelantamos en el apartado anterior, cuando se ocupa del consentimiento informado, también se corresponde con el texto original del Proyecto, al disponer que "...es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7°). Asimismo, el decreto 956/2013 amplía este aspecto, al establecer en el último párrafo de su art. 7°: "...[En] los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión". Esta diferenciación que contiene el decreto responde al texto del art. 19 en su versión original.

Tras el desarrollo del contenido en este apartado y en el anterior, puede percibirse la afinidad que guarda la ley 26.862 con lo dispuesto en el Proyecto en su versión original. Esto nos permite concluir que el legislador se sirvió como fuente no de una norma vigente, sino de una aspiración de norma que logró captar la realidad en sintonía con la visión constitucionalizada que hoy se sigue en el marco del derecho privado, trasladando a sus enunciados la situación de aquellas parejas y/o personas solas que anhelan formar una familia con el auxilio de la ciencia médica, muchas de las cuales no han podido lograrlo hasta el presente por limitaciones de contenido económico y que con la ley 26.862 se busca revertir.

b) La ley 26.862 y su adhesión en las provincias

El art. 10, ley 26.862, establece: "Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes".

En su primera oración establece como regla su aplicación obligatoria en todo el territorio nacional. Pero, a renglón seguido, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar, en sus respectivas jurisdicciones, normas de adhesión.

En cumplimiento de esto, algunas provincias adhirieron a la ley nacional, como:

— Provincia de Chubut, ley I 503 del 22/8/2013²³. Se ubica como la primera norma provincial que adhiere a los términos de la norma nacional.

²² Del 19/7/2013. Publicación en el BO el 23/7/2013.

²³ Sancionada el 22/8/2013. Publicada en el BO el 17/9/2013.

— Provincia de Santa Fe, ley 13.357 del 19/9/2013²⁴. Se establece como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud de la provincia (art. 2º). Se autoriza al Poder Ejecutivo provincial para proceder a las adecuaciones presupuestarias que posibiliten el cumplimiento de la norma (art. 3º).

— Provincia de La Rioja, ley 9440 del 3/10/2013²⁵. Dispone que la Administración Provincial de Obras Sociales incorporará a su cobertura los diagnósticos y tratamientos siguiendo los criterios de la ley nacional y su decreto reglamentario (art. 2º). Asimismo, se ordena la creación de un Comité de Bioética que estará integrado por representantes del Ministerio de Salud Pública, legisladores, universidades y asociaciones civiles (art. 3º).

— Provincia de La Pampa, ley 2737 del 17/10/2013²⁶. Se limita a declarar la adhesión a la norma nacional en toda su extensión.

c) La ley 26.862 y su recepción en la jurisprudencia nacional

Como señalamos, la norma reconoce con amplitud el acceso a las TRHA a toda aquella persona que, en ejercicio de su derecho a procrear, exteriorice por medio del consentimiento informado su decisión libre y autónoma de tener un hijo por medio del procedimiento que resulte adecuado a su realidad.

En época cercana a su entrada en vigencia se registraron fallos que hicieron lugar a los amparos planteados con miras a que la obra social o sistema de medicina pre-paga asuma los costos que derivan del recurso a una TRHA. Ante la carencia normativa, en la mayoría de estos pronunciamientos se hace referencia, como argumento de peso, a la afectación del derecho a la salud, que comprende el derecho a la salud reproductiva en referencia a la infertilidad como enfermedad. A modo ilustrativo, acompañamos una reseña de precedentes que siguieron esta línea: “Una obra social debe cubrir en forma integral el tratamiento de fertilización asistida prescripta a una afiliada, por todas las oportunidades que sea necesario hasta que se produzca el embarazo, pues la infertilidad es una enfermedad y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso”²⁷; “Los afiliados a una obra social tienen derecho a recibir la cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI, pues el derecho a la salud que consagran las normas constitucionales y supraconstitucionales, tiene íntima relación con el derecho a la vida y comprende aspectos que se relacionan con la reproducción humana asistida y la consecuente posibilidad de concreción

²⁴ Sancionada el 19/9/2013. Promulgada el 29/10/2013. Publicada en el BO el 5/11/2013.

²⁵ Sancionada el 3/10/2013. Promulgada el 23/10/2013. Publicada en el BO el 15/11/2013.

²⁶ Sancionada el 17/10/2013. Promulgada el 21/10/2013. Publicada en el BO el 15/11/2013.

²⁷ C. Civ. y Com. Fed., sala 2a., 22/3/2013, “A., P. K. y otro v. Obra Social de la Policía Federal Argentina s/amparo”, Derecho de Familia y de las Personas, mayo 2013, p. 224.

de un proyecto de vida familiar”²⁸; “El derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente [en el caso, se hizo lugar a una acción de amparo y se ordenó a una obra social a cubrir el tratamiento de fecundación asistida solicitado por el matrimonio accionante], pues la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos integrantes de la pareja, además de su derecho a procrear”²⁹; “Corresponde hacer lugar a la acción de amparo incoada a fin de que la obra social demandada cubra los gastos que irrogue el tratamiento de fertilización asistida indicado a la actora pues, visto que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad, resulta evidente que las obras sociales deben cubrir dentro de las prestaciones médicas obligatorias el tratamiento de la enfermedad, el procedimiento de reproducción asistida, embarazo, parto y cuidados neonatales del recién nacido”³⁰.

Actualmente, desde la entrada en vigencia de esta ley y la adhesión a ésta mediante leyes dictadas en algunas provincias, se observa una recepción favorable en la jurisprudencia. A modo ilustrativo, acompañamos una breve reseña de algunos fallos dictados durante 2013³¹:

“...Cabe tener en cuenta que a toda pareja le asiste el derecho subjetivo a la procreación, el cual no puede ser arbitrariamente limitado, pues el hecho de admitir la existencia de un derecho subjetivo importa aceptar su exigibilidad. Siendo así, este

²⁸ C. 1a. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 22/11/2012, “B., J. y otros v. Obra Social de los Empleados Públicos del Estado s/amparo”, LLGran Cuyo, 2013, p. 314.

²⁹ C. Fed. Córdoba, sala A, 23/12/2010, “A., J. A. y otra”, LLC 2011-192.

³⁰ C. Fed. Mar del Plata, 12/1/2010, “U., V. C. v. Osde”, LL Online AR/JUR/207/2010.

³¹ Consideramos oportuno introducir una breve referencia de un caso que llega a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. En lo concreto, se trataba de una mujer casada que pide, por vía del amparo, que se ordene a su obra social la cobertura integral del tratamiento por el método ICSI (inyección intracitoplasmática). En primera instancia, el juez hizo lugar al amparo, mientras que la Cámara revoca dicho pronunciamiento. La actora plantea el recurso de inconstitucionalidad que, denegado en la Cámara, llega a la Corte provincial en queja. Si bien el 16/10/2012, la Corte confirma el criterio de la Cámara, se llega a este resultado con un voto muy dividido. En efecto, al producirse un empate —tres ministros votaron a favor de la cobertura y tres ministros lo hicieron en contra—, se tuvo que desempatar con el voto de un camarista, que al ser sorteado se inclinó por el voto de la negativa. Posteriormente, la actora interpone el recurso extraordinario federal, el cual fue concedido por el Alto Tribunal provincial el 19/3/2013. Trasladamos este caso con el objeto de reflejar cómo el avance legislativo se acompaña con un pensamiento renovador que se viene observando en muchos representantes de nuestro Poder Judicial. Así, en la sentencia de la Corte provincial que concede el recurso extraordinario, se dijo: “No menos significación tiene para la solución del caso la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con expresa invocación de los derechos a la vida, salud, libertad, autodeterminación, dignidad individual, integridad física y mental, identidad, autonomía, procreación, maternidad y paternidad, y protección de la familia. Tribunal que ha insistido en la responsabilidad de los Estados de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos esenciales; y en que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...”. Corte Sup. Just. Santa Fe, 19/3/2013, “V., C. G. v. Iapos”, inédito.

derecho subjetivo a su vez, involucra a varios otros, a saber: a) el derecho a constituir una familia, el cual ante la negativa de la cobertura de la fecundación artificial, que permite procrear a la pareja estéril, se convierte en una decisión que atenta contra el derecho a la vida familiar; b) el derecho a no ser discriminado, tanto sea por motivos económicos, de raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquier otra condición social; c) el derecho a la salud, en tanto los derechos anteriormente enunciados deben ser complementados por éste y muy especialmente por el de la salud reproductiva; y d) el derecho a beneficiarse del progreso científico, que resulta relevante a la hora de considerar los métodos de fertilización asistida, pues tales técnicas involucran los progresos científicos que permiten superar problemas físicos que impiden el logro del embarazo y brindan la posibilidad de tener hijos³².

“Una empresa de medicina prepaga debe cubrir el tratamiento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides —ICSI— requerida por un matrimonio para llegar al embarazo, pues, aun cuando no se detallan acabadamente aspectos que el Tribunal consideró relevantes en la causa ‘R., N. F.’ —3/9/2010, DFyP 2011 (marzo), 282—, para determinar las condiciones que resguarden el derecho a la vida de los embriones, no puede desconocerse la reciente sanción de la Ley 26.862, que incluyó la técnica requerida como ‘prestación obligatoria’ en el PMO³³.

“La verosimilitud del derecho necesaria para la procedencia de una medida de tutela anticipada tendiente a la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida se encuentra configurada, debido a que se acreditó la esterilidad de la peticionante y su afiliación a la empresa demandada, y en virtud de que la ley 26.862 determina que el sistema público de salud, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga deben brindar la cobertura integral e interdisciplinaria a dichas técnicas, las cuales quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio³⁴.

“Una obra social provincial debe cubrir el tratamiento de fertilización asistida requerida por una pareja afiliada, pues es manifiestamente arbitraria su negativa a brindar la cobertura, fundamentada en que la práctica médica no es prestación nombrada y en criterios bioéticos que restringen esas técnicas, en tanto tales conceptos ya han sido ampliamente superados ante la definición de salud formulada por la OMS y la sanción de la Ley 26.862³⁵.

“Una obra social debe cubrir cautelarmente la totalidad del costo del tratamiento de procreación asistida de alta complejidad prescripto a una pareja afiliada, pues la verosimilitud del derecho queda configurada con la sanción de la ley 26.862, que incluye la cobertura reclamada, y el peligro en la demora surge demostrado de los antecedentes médicos que se desprenden de la historia clínica de la peticionante³⁶.

³² C. Civ. y Com. Fed., sala 2a, 14/5/2013, “L., M. L. y otro v. Osde”, LL Online AR/JUR/27232/2013.

³³ C. Fed. Salta, 8/7/2013, “L. O., A. y otros v. Swiss Medical”, LL 2013-D-599.

³⁴ C. Civ. y Com. Mar del Plata, 8/7/2013, “M., S. E. y otro v. Medicus SA”, DJ 2014-69.

³⁵ Trib. Juicio Salta, sala 5a, 10/7/2013, “N. V. M. v. Instituto Provincial de Salud”, LLNOA 2013-986.

³⁶ C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2a, 20/9/2013, LL Online AR/JUR/61887/2014.

d) La ley 26.862 y su recepción en la doctrina

La ley 26.862 y su decreto reglamentario ya cuentan con interesantes aportes provenientes de la doctrina especializada en el derecho de familia. De la lectura se comprueba que mientras un sector se manifiesta a favor de la flexibilidad de sus enunciados, se encuentran quienes, desde una visión conservadora, rechazan el alcance de sus términos.

A modo ilustrativo y para conocer los argumentos que sustenta cada aporte, nos limitamos a trasladar en este apartado algunos párrafos que hemos seleccionado teniendo en consideración la contribución que representan en los aspectos desarrollados en el presente trabajo.

Entre los que se expresan a favor, Medina y González Magaña destacan la importancia y oportunidad del dictado de la ley 26.862. En relación con los derechos humanos personalísimos comprometidos, señalan: "...El texto de la nueva ley nacional resulta moderno y ajustado a los principios que ha establecido la Organización Mundial de la Salud, en cuanto reconoce que la salud —de índole reproductiva en este caso— se representa como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente dado por la ausencia de enfermedades. De tal manera, la norma en estudio logra conjugar en forma armónica el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo..."³⁷.

En cuanto al pluralismo como principio ínsito de esta norma, Famá sostiene: "...La ley 26.862 es clara en orden a la amplitud de su ámbito de aplicación tanto objetivo (en cuanto a las clases de TRA admitidas incluida la utilización de material genético de un tercero) como subjetivo (con respecto a los beneficiarios de estas técnicas). Esta amplitud o pluralismo está indicando un tratamiento igualitario justificado por los múltiples derechos humanos implicados en el acceso a la maternidad/paternidad mediante TRA, y que en lo esencial fueron puestos de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Gretel Artavia Murillo y otros («Fecundación in Vitro») contra Costa Rica', del 28/11/2012"³⁸.

En relación con el consentimiento informado, rescatamos como aporte a considerar el análisis que hacen Herrera y Lamm: "Al igual que lo hace la ley 26.862, la reglamentación tiene muy en cuenta el proyecto de reforma del Código Civil. En lo que respecta al consentimiento, está en total consonancia con lo dispuesto en la primera parte del art. 560... no sólo este elemento ocupa un lugar central en la regulación de la filiación en el proyecto de reforma, sino también en la ley 26.862 y en su reglamentación, previéndose en este último instrumento que tal acto puede acontecer hasta antes del inicio de cada procedimiento o técnica de reproducción médicamente asistida... El texto proyectado expresa que cuando se trata de TRHA, la existencia de la persona comienza, justamente, con la implantación del embrión en la persona. Así, has-

³⁷ Medina, Graciela - González Magaña, Ignacio, "Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires", LL 2013-C-1192.

³⁸ Famá, María Victoria, "Incidencia de la ley 26.862...", cit.

ta antes de ser considerado persona se puede proceder a revocar el consentimiento de las técnicas de alta complejidad”³⁹.

Desde una posición contraria a la norma, por entender que en lugar de regular se ocupa de desregular, Basset, con una seria y consistente argumentación sustentada en el derecho comparado, afirma: “...Mientras que en el derecho comparado se observan restricciones a algunas de estas prácticas (y cuando no restricciones, severos controles, como es el caso de Gran Bretaña, por ejemplo); en la Argentina, la regulación propuesta en la ley 26.862 es desregulación. Lo contrario de lo que sucede en el derecho comparado, en donde se debaten límites, aun cuando estos límites supongan en alguna medida una legitimación y en otras abran puertas a prácticas censurables. El Proyecto de Reformas de los Códigos Civil y Comercial afronta la regulación de la ‘reproducción asistida’ en el marco del derecho de familia. Más específicamente, su regulación se dilata en el contexto de la filiación. Esta modalidad regulatoria legitima las técnicas desregulándolas... Sería preferible su regulación por ley especial, con un modelo que asegure a las generaciones venideras un respeto actual por los derechos humanos que se exprese en límites, sobre todo en la protección de los más vulnerables. Un derecho que sea social y no individualista y liberal. La Argentina viene de promulgar la ley 26.862, que lamentablemente omite toda intención regulatoria...”⁴⁰.

IV. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE LA LEY 26.862 Y EL PROYECTO CON MEDIA SANCIÓN. EN LA BÚSQUEDA DE UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA

Del desarrollo que precede surge que el alcance de la ley 26.862 y su decreto reglamentario armoniza con el texto original del Proyecto, pero se detectan ciertos desencuentros con las modificaciones que se introducen en el Proyecto al recibir media sanción en la Cámara de Senadores.

Focalizaremos la atención en dos aspectos de fuerte impacto en la filiación por TRHA y que deben ser abordados, ante la proximidad del análisis y debate de éstos en la Cámara de Diputados como cámara revisora. Nos referimos al comienzo de la existencia de la persona humana y la gestación por sustitución.

1. Comienzo de la existencia de la persona humana

Como anticipamos, se vuelve al criterio que rige en el presente: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Este enunciado se complementa en la nueva versión, con la norma transitoria que dice: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

Consideramos que si se aprueba el nuevo Código con el texto dado en Senadores, surgirán problemas de interpretación por las discordancias que presenta con los

³⁹ Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LL Online. También ver: Herrera, Marisa, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, LL 2013-C-1281.

⁴⁰ Basset, Ursula C., “Procreación asistida y niñez”, LL Online.

artículos que regulan la filiación por TRHA, al no haberse incorporado cambios sustantivos en los artículos que integran el capítulo 2, “Reglas generales relativas a las técnicas de reproducción humana asistida”, del título V, “Filiación”.

Un sector de la doctrina especializada entiende que el nuevo art. 19 ofrece “...una alternativa de regulación proporcional del embrión no implantado. De modo que el estándar de ‘Artavia’ se encuentra más que satisfecho. El art. 19 lo llama persona, pero la disposición transitoria prevé un estatuto diferenciado de protección. Y, esa pretendida personalidad en nada obsta la regulación y admisibilidad de la FIV, que está prevista a partir del art. 560 y siguientes en el mismo Proyecto de Reformas y en la ley 26.862 en forma amplia”⁴¹.

Si bien compartimos que lo dispuesto en la norma transitoria, al crear el compromiso en el órgano legislativo de dictar una norma destinada a la protección del embrión no implantado marca una diferencia con la protección de la persona, resultado de una fecundación corpórea, consideramos que dicha protección no comprende revertir su estatus jurídico. Por tanto, el problema de interpretación en vinculación con las normas sobre TRHA contenidas en el Proyecto y en la ley 26.862 seguirán vigentes.

El principal problema se encuentra entre el art. 19 con lo que dispone el art. 7º, ley 26.862, el art. 7º, decreto 953/2013, y el art. 561 del Proyecto con media sanción: ¿cómo conciliar el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción con la facultad de revocar el consentimiento informado antes del implante? Esta posibilidad, que resultaba coherente con la diferenciación que contenía el art. 19 en su versión anterior, nos enfrenta a un problema de interpretación y motiva en nosotros interrogantes, como: quien no conserva su voluntad procreacional ¿puede desprenderse de los deberes y derechos que tiene respecto al embrión no implantado?; con la revocación del consentimiento informado y partiendo de que el embrión no implantado es persona, ¿cómo se garantizará el derecho del embrión-persona de completar su proceso vital si quien revoca fuera quien asumiría el lugar de gestante? y ¿cómo se garantizará el derecho del embrión-persona de acceder a un emplazamiento con doble vínculo si revoca su consentimiento quien hubiera sido emplazado como progenitor?; ¿será la adopción o dación del embrión no implantado el recurso apto para garantizar el doble vínculo en caso de revocación?

Dejamos planteadas estas preguntas con el fin de ponernos a pensar y compartir soluciones posibles frente a este cambio que se propone en la versión del texto aprobado en la Cámara de Senadores. Entendemos que delegar la solución de estas cuestiones a una ley especial, como indica la norma transitoria, puede dilatar en el tiempo la definición de estos problemas que nos enfrentan a una posible afectación de derechos humanos personalísimos.

2. La gestación por sustitución y su ausencia en el Proyecto con media sanción

La otra cuestión también sensible es el haber borrado del texto del Proyecto la gestación por sustitución, en un contexto donde, además de su reconocimiento implícito

⁴¹ Basset, Ursula C., “Incidencia en el derecho de familia del Proyecto de Código con media sanción”, LL Online AR/DOC/4581/2013.

en la ley 26.862, se visualiza en la jurisprudencia nacional, la admisión de este procedimiento como camino legítimo de realización del proyecto de vida personal y familiar. Cabe recordar dos pronunciamientos judiciales recientes.

El primero en el tiempo reconoce como antecedente una gestación por sustitución en la India. Se trataba de una pareja —la mujer argentina y el hombre, español— que contrae matrimonio en la ciudad de San Lorenzo, pero fija su domicilio conyugal en España. Ante la imposibilidad de tener hijos por el camino natural, deciden recurrir a la gestación por sustitución en la India.

Cuando la niña nace en la India, concurren a la sección consular de la Embajada argentina con sede en Nueva Delhi para inscribirla. Se les informa que no podrán inscribirla en el registro que lleva el Consulado argentino, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en el país.

Frente a la negativa, la mujer promueve ante la justicia del lugar de celebración del matrimonio una medida urgente tendiente a que se disponga la inscripción. El Juzgado de Familia de San Lorenzo hizo lugar a la medida y ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto u organismo que corresponda a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la resolución se inscriba a la menor como argentina nativa. Entre los argumentos merecen ser transcritos los siguientes: “La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos... La actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi... ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo que respecta a la posibilidad de obtener la nacionalidad argentina ‘por opción’... la ley 346..., en el Título I - De los argentinos, establece que son argentinos, inc. 2º: ‘Los hijos de argentinos nativos, que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen’. El decreto 3213/1984, reglamentario de la ley 346 en su art. 2º establece: ‘Cuando se tratase de hijos menores de 18 años de padre o madre argentinos nativos, contemplados en el art. 1º, inc. 2º, ley 346 y sus modificatorias, que se hallaren en país extranjero, la opción por nacionalidad argentina deberá ser formulada por quien o por quienes ejerzan la patria potestad ante el Cónsul argentino que corresponda, quien procederá a la inscripción del menor...’...”⁴².

Respecto del segundo caso, el 18/6/2013 se registra en la Argentina la primera sentencia judicial que ordena la inscripción de una niña cuyo nacimiento se logra por medio de una gestación por sustitución nacional. Se trataba de una pareja que había contraído matrimonio en noviembre de 2006. La esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término. En el segundo de ellos, que transcurre durante 2010, pierde el bebé en época cercana a la fecha probable de parto. Por este episodio, la mujer fue sometida a una intervención de complejidad que comprendió la extirpación del útero. Con este resultado, la pareja decidió inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y, paralelamente, se informaron sobre la gestación por sustitución.

⁴² Juzg. Primera Instancia Distrito Familia San Lorenzo, 2/7/2012, LL Online AR/JUR/62130/2012.

ción internacional. Respecto de este último recurso, en principio, lo desecharon por razones económicas. Una amiga que vivió muy de cerca la situación de este matrimonio se ofrece voluntariamente y sin retribución a cambio a llevar un embarazo que sea el resultado de la unión de células germinales de la pareja. Esta mujer estaba separada de hecho desde 2001 y tenía dos hijos de 18 y 21 años, quienes al tomar conocimiento de la decisión de la madre deciden apoyarla. Mientras la mujer gestante se somete a un tratamiento terapéutico, el matrimonio, por medio de una fecundación *in vitro*, logra un embrión que seguidamente se implanta en el útero de la amiga común. El implante resulta exitoso y así nace una niña el 19/4/2012.

En el certificado de nacimiento se dejan espacios sin completar, pero en éste se deja constancia de los datos que identifican a la gestante. En este contexto, el matrimonio decide solicitar la inscripción de la niña como hija matrimonial en la justicia.

La jueza que entiende en la causa sustenta su decisión en los argumentos siguientes: a) en la gestación por sustitución, el elemento que define el vínculo es la voluntad procreacional; b) la voluntad procreacional puede definirse como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad por su educación y crianza; c) estas nuevas formas de concebir la familia requieren el reconocimiento de sus derechos filiatorios; d) la existencia de fallos recientes que, aun sin contar con una ley que admita el instituto, han dispuesto la inscripción en la Argentina de nacimientos acontecidos en el exterior mediante el recurso de la gestación por sustitución, ponen de manifiesto que se trata de una realidad que, aun cuando no está legislada, merece una respuesta; e) importancia de que la niña tenga acceso, en algún momento de su vida, al conocimiento de su realidad gestacional⁴³.

En relación con los argumentos con base legal, la jueza hace mención de la reciente ley 26.862 respecto de la amplitud de criterio que consagra al reconocer tanto las prácticas homólogas y/o heterólogas de baja y alta complejidad, así como también hace referencia al Proyecto que, a la época del fallo, receptaba la gestación por sustitución con límites que se corresponden con el caso que llega a su conocimiento.

De conformidad con los argumentos expuestos, la jueza dispone que se proceda a la inscripción de la niña como hija del matrimonio y, en adhesión a lo solicitado por la fiscal, impone a los peticionantes hacer conocer oportunamente a la niña su realidad gestacional.

Tras el análisis de historias de vida planteadas en la justicia argentina y de tantas otras reservadas al mundo íntimo de la familia, a lo que se suman los avances legislativos recientes, consideramos que la decisión de borrar del Proyecto la gestación por sustitución no resulta una buena estrategia de política legislativa. Decimos esto porque esta decisión se contrapone con el criterio amplio que sigue la ley 26.862, tanto cuando reconoce la posibilidad de recurrir a técnicas de baja o alta complejidad para tratamientos de inseminación o fecundación homóloga y/o heteróloga, así también como cuando define la extensión de los beneficiarios. Como ya dijimos, de lo dispuesto en su art. 7° se desprende que queda comprendido el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente —de distinto o igual sexo— que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo.

43 Juzg. Nac. Primera Instancia Civ. n. 86, 18/6/2013, LL 2013-D-195.

Si bien desde nuestro sentir interno muchos nos preguntamos si esta práctica conlleva a una desnaturalización del acto procreacional, que por esencia pertenece al mundo íntimo de la pareja, no podemos desconocer que cerca de cada uno de nosotros esta realidad existe y, desde el derecho, debemos brindar respuestas, más aún cuando nos encontramos con niños nacidos a través de estos procedimientos.

V. CIERRE

En toda colaboración de doctrina se busca realizar aportes, informar, formar y estimular la pregunta. En esta oportunidad, nuestro objetivo fue asumir el compromiso de exponer los problemas que se originan con la versión del Proyecto que recibió media sanción en la Cámara de Senadores, frente a una ley como la 26.862 que, al adherir en su conjunto a los principios y reglas plasmadas en el Proyecto original en relación con la filiación por TRHA, guarda distancia con los móviles que impulsaron estos cambios. Frente a esta distancia, dejamos planteadas preguntas que, sumadas a otras, permitan definir cuál debe ser la estrategia desde lo macrojurídico para alcanzar la armonía entre la norma vigente con la norma proyectada.

LA EXTINCIÓN DE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

por CARLOS A. ARIANNA

I. LA DISOLUCIÓN EN EL RÉGIMEN VIGENTE

En el régimen del Código Civil, la llamada sociedad conyugal sólo concluye por las causas enumeradas por la ley; no existe la disolución fundada en el acuerdo de los cónyuges. Se trata de un régimen legal y forzoso que no depende, en cuanto a su origen, desenvolvimiento y finalización, de la voluntad de sus integrantes.

Los principios de orden público que informan el régimen patrimonial del matrimonio traen aparejada la taxatividad de las causas que determinan su disolución y que no reconocen otra fuente que la voluntad legislativa.

Las causales de disolución se hallan contempladas en el art. 1291 del Cód. Civil, que prevé tres supuestos de extinción: la separación judicial de bienes, la nulidad del matrimonio y la muerte de uno de los cónyuges. Esta enumeración debe integrarse con la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 31, ley 14.394), la separación personal y el divorcio (art. 1306, conf. ley 23.515).

A su vez, el art. 1294, texto según ley 23.515, contempla tres causales de separación judicial de bienes: el concurso o la mala administración de un cónyuge que le acarrea al otro un peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales y el abandono de hecho de la convivencia matrimonial. Por último, el art. 1290 contempla otra causal de separación bienes, cuando se designa curador de uno de los cónyuges a un tercero, facultando al otro a demandar la separación.

Pueden emplearse diversos criterios para clasificar las causas que provocan la extinción del régimen de gananciales. Sea que la disolución derive de la cesación del vínculo matrimonial, supuesto que comprende la muerte de uno de los cónyuges, la ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio, sea que, subsistiendo el matrimonio, se produzca la separación de bienes, cuyas causas son la separación personal, el concurso o la mala administración, el abandono de hecho de la convivencia matrimonial y la administración de los bienes de uno de los cónyuges por un tercero.

Según operen de pleno derecho o a petición de uno de los cónyuges, las primeras abarcan la muerte natural, la muerte presunta, el divorcio vincular, la separación personal y la nulidad del matrimonio; las segundas son la administración de los bienes de uno de los esposos por un tercero, la mala administración, el concurso y el abandono de hecho. Si bien hemos incluido la ausencia con presunción de fallecimiento

en los supuestos en que la disolución se produce *ipso iure*, la cuestión ha suscitado opiniones discrepantes en virtud del impacto de la ley 14.394 sobre el régimen de los arts. 1307 a 1311 del Cód. Civil.

Por último, pueden agruparse según exista o no posibilidad de restablecer la sociedad conyugal. Excluyen el restablecimiento la muerte, el segundo matrimonio del cónyuge del ausente, la nulidad del matrimonio y el divorcio vincular; lo admiten, en cambio, la muerte presunta sin segundo matrimonio del cónyuge presente, y las causales de separación de bienes.

Cualquiera fuera la causa que extingue la sociedad conyugal, la liquidación del haber conyugal está sometida a las mismas reglas y produce los mismos efectos, con algunos matices cuando la causal es la nulidad y la muerte presunta, particularidades que de todos modos no alteran el principio general.

No obstante, algunos autores entienden que median diferencias entre la disolución por vía de consecuencia y la ocurrida por vía principal¹. Cuando se opera por derivación de la extinción del vínculo matrimonial cesa en forma definitiva todo régimen patrimonial; en cambio, cuando la sociedad conyugal se disuelve en forma autónoma, hay sustitución del régimen ordinario de comunidad de gananciales por el extraordinario de separación de bienes (arts. 1299 a 1305 del Cód. Civil). La diferencia se explica en que en el primer caso es evidente que sin matrimonio no puede subsistir ningún régimen de bienes; en el segundo, constante el matrimonio, debe reemplazarse por un nuevo régimen de bienes.

Más allá de estas singularidades que presentan uno y otro tipo de causales, lo cierto es que en lo sustancial no difieren, siendo comunes las reglas a aplicarse en materia de liquidación.

II. LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD EN EL RÉGIMEN PROYECTADO

El Proyecto Código Civil y Comercial, tanto en la versión del Poder Ejecutivo cuanto en la que cuenta con media sanción del Senado de la Nación, en adelante el Proyecto, introduce algunas modificaciones en materia de extinción de la sociedad conyugal, que, con mayor propiedad denomina “Régimen de comunidad”.

Por lo pronto, en tanto el Proyecto elimina la separación personal como institución que aborda el conflicto conyugal y sólo admite el divorcio, aquélla ha sido suprimida como causal de extinción del régimen, pero a su vez incorpora una nueva, “la modificación del régimen matrimonial convenido”, coherente con la facultad de los cónyuges de optar por uno de los dos regímenes patrimoniales previstos, sea antes de la celebración del matrimonio (art. 446, inc. d) o después (art. 449), mediante convención matrimonial. También introduce algunas modificaciones en materia de separación judicial de bienes.

Con la facultad acordada a los cónyuges de modificar el régimen patrimonial, luego de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, surge un nuevo criterio clasificatorio de las causales de disolución del régimen. Según que la causa provenga de la ley que comprende la muerte real o presunta, la anulación del matrimonio putativo, el divorcio y la separación judicial de bienes, o por voluntad de los cónyuges, que abarca la modificación del régimen de comunidad por el de separación de bienes.

¹ Vaz Ferreira, *Tratado de la sociedad conyugal*, t. II, p. 145.

1. Las causales de disolución

El Proyecto agrupa las causales de disolución en el art. 475, que dispone:

“Art. 475.— Causas. La comunidad se extingue por:

“a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;

“b) la anulación del matrimonio putativo;

“c) el divorcio;

“d) la separación judicial de bienes;

e) la modificación del régimen matrimonial convenido”.

La disposición se completa con el art. 477, que permite a uno de los cónyuges solicitar la declaración de separación judicial de bienes en los siguientes supuestos:

“a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;

“b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;

“c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;

“d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero”.

Abordaremos el análisis de las reformas según las causas deriven de la ley o por decisión de los cónyuges, discriminando en el primer grupo según que operen de pleno derecho o a petición de uno de los cónyuges, ciñéndonos a las diferencias que presentan con el régimen actual.

a) Causales que operan de pleno derecho

a.1) La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges

En orden a la muerte comprobada, no hay diferencia con el régimen vigente. La extinción del régimen de comunidad se produce el día del fallecimiento, tanto entre el cónyuge sobreviviente cuanto para los terceros. La liquidación de la comunidad se hará de acuerdo a las normas que rigen la división de la herencia (arts. 2363 y siguientes). El art. 498 dispone que si la división se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de los gananciales que hubiese correspondido al causante.

En el art. 476 se prohíbe convenir entre un cónyuge y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos, la continuidad de la comunidad. En el régimen actual, la doctrina es conteste en no admitir la hipótesis de una continuación de la sociedad conyugal. Vélez siguió la solución del Código francés, que suprimió la institución denominada “comunidad continuada”, vigente en el antiguo derecho francés. Las costumbres de París, entre otras, admitían que la comunidad se continuase entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, pero si aquél no realizaba el inventario de la comunidad, los herederos podían exigir que la partición incluyese todas las adquisiciones póstumas del sobreviviente hasta el día de la demanda de partición².

La prohibición de convenir la continuidad de la comunidad no impide que en ciertos supuestos la ley faculte al testador, a los herederos o al cónyuge supérstite a es-

² Josserand, *Derecho civil*, t. VI, p. 166.

tablecer la indivisión forzosa de la herencia o parte de ella por el plazo de diez años (arts. 2330, 2331 y 2332). Estas disposiciones no constituyen aspectos parciales de una comunidad continuada, sino una indivisión temporal y, por ende, una excepción al principio de división forzosa que el proyecto consagra de modo más atenuado que en el Código Civil, en el art. 2365. Prueba elocuente de que no hay continuidad es que el activo y el pasivo hereditario quedan fijados al día de fallecimiento.

Respecto de la muerte presunta, el proyecto fija como fecha de extinción el día presuntivo de fallecimiento (art. 476), que será fijado por el juez al declarar el fallecimiento presunto con arreglo a lo dispuesto por el art. 90.

El Proyecto mejora la regulación de la ausencia con presunción de fallecimiento en orden al vínculo matrimonio y, por consecuencia, como causal de disolución del régimen de comunidad.

En el sistema actual, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no disuelve el vínculo matrimonial. El art. 213, inc. 2º, del Cód. Civil, en concordancia con lo prescripto por el 31 de la ley 14.394, establece que la extinción del vínculo se produce con el nuevo matrimonio que contrajere el cónyuge del ausente, creando una ficción de que el cónyuge de una persona declarada presuntamente muerta es de estado civil casada hasta que contraiga nuevas nupcias.

El régimen del Código Civil, a la luz de esa suposición, ha generado un debate doctrinario acerca del impacto de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. ¿Provoca la disolución de la sociedad conyugal?, y en su caso, ¿opera de pleno derecho o requiere petición de parte?, y a su vez, ¿ambos cónyuges están legitimados? Las respuestas a estos interrogantes han enfrentado a la doctrina, al confrontar las disposiciones de los arts. 1307 a 1311 del Cód. Civil con las de la ley 14.394, que modificó todo el régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento, regulado en los arts. 110 a 125 del Código Civil³.

Resumiendo las distintas posiciones doctrinarias, la disolución de la sociedad conyugal dependerá de que se admita o no la subsistencia de los arts. 1307 o 1311 del Cód. Civil. En el primer caso se producirá: 1) cuando expire el período de prenotación de los bienes (art. 30, ley 14.394); 2) cuando la mujer contrajera nuevas nupcias, y 3) cuando la mujer optare por la disolución. Huelga destacar que para quienes extienden al hombre los derechos otorgados a la mujer, la disolución se operaría en los apartados segundo y tercero sin discriminar entre marido y mujer. En el segundo caso, la disolución de la sociedad conyugal operaría de pleno derecho el día presuntivo de fallecimiento.

El proyecto pone fin a esa discusión al establecer en el art. 435, inc. b), que la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento extingue el vínculo matrimonial y a la vez produce la disolución de la comunidad con efecto retroactivo al día presuntivo fijado en la sentencia.

a.2) La anulación del matrimonio putativo

La fórmula que emplea el proyecto es más precisa que la del Código Civil, que utiliza la expresión “*declararse nulo el matrimonio*” (art. 1291), pues no en todas las hipótesis se produce el efecto que enuncia dicha disposición.

³ Una síntesis de las distintas posturas puede verse en Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. 2, ps. 155 y ss.; Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, p. 605.

En principio, como la nulidad del matrimonio significa que éste no ha llegado nunca a existir, más que tratarse de una comunidad disuelta debería considerarse una comunidad inexistente. Esta regla queda descartada por el favor que el ordenamiento jurídico concede al matrimonio putativo por haber procedido uno o ambos cónyuges de buena fe; es entonces que, en puridad, podemos apreciar en la nulidad una causa de disolución del régimen patrimonial.

Si bien el Proyecto no reproduce la disposición del art. 1312 del Cód. Civil, texto según ley 23.515, que en caso de anulación del matrimonio manda observar, en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, lo que está dispuesto en aquella materia (arts. 221, 222, y 223), no cabe duda de que debe seguirse igual criterio, pues el silencio del legislador conduce necesariamente a aplicar las reglas específicas de la anulación del matrimonio.

En consecuencia, del mismo modo que en el sistema actual, deben discriminarse los efectos en función de la buena fe de uno o de ambos cónyuges. Adelantamos que el Proyecto mantiene en sus líneas fundamentales el régimen del Código Civil.

a.2.1) *Buena fe de ambos cónyuges*: Si ambos esposos han contraído matrimonio de buena fe, la anulación no produce efectos sino en el porvenir; las nupcias han de considerarse válidas hasta el día de la sentencia. Así lo consagra el art. 428 del Proyecto, que, en lo aquí interesado prescribe: “Efectos de la buena fe de ambos cónyuges. Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad.

“La sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio”.

Según parece desprenderse del último párrafo, la disolución del régimen patrimonial ocurriría el día en que la sentencia de nulidad quede firme, retomando la solución de la derogada ley 2393 (art. 87). Mas, como veremos, luego ese efecto se produce el día de la notificación de la demanda de nulidad.

a.2.2) *Buena fe de uno de los cónyuges*: Los efectos del matrimonio putativo sólo se conceden al cónyuge de buena fe; para el de mala fe, la sentencia de nulidad tiene efecto retroactivo al día de celebración del matrimonio, careciendo de efectos para él (art. 429).

Respecto del régimen patrimonial, distingue según los cónyuges se hallen sometidos al régimen de comunidad o de separación de bienes. En el primer caso, el art. 429 establece: “Si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede optar:

“i) por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes;

“ii) por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad;

“iii) por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente”.

El proyecto mantiene la solución que consagró la ley 23.515, aunque ha mejorado su redacción, eliminando la inexactitud que contiene el inc. 3º del art. 223 cuando alude a *los bienes adquiridos o producidos antes o después del matrimonio*, pues las adquisiciones anteriores al matrimonio en ningún supuesto pueden ser aprovechadas por el otro cónyuge.

La opción para el cónyuge de buena fe resulta clara, en dos supuestos: 1) cuando él hubiera producido mayor cantidad de bienes, y 2) cuando las ganancias las hubiera acumulado el de mala fe. En el primer caso, elegirá la primera opción, que le permitirá retener sus ganancias y adquisiciones; en el segundo, optará por la comunidad, reclamando la mitad de los bienes adquiridos por el otro.

En cambio, más dificultoso es determinar en qué casos le resulta más ventajoso liquidar los bienes como si se tratara de una sociedad no constituida regularmente. Pareciera que esta opción queda en gran parte absorbida por la primera, su utilidad podría quedar reducida a aquellos casos en que del título de los bienes no sugiera el mayor aporte efectivo del cónyuge de buena fe.

En caso de mala fe de ambos contrayentes no hay efectos civiles para ninguno de ellos; por lo tanto, no hay régimen patrimonial que disolver, lo cual no es óbice para que la vida en común haya generado una comunidad de bienes que deba liquidarse.

Dispone el art. 430 del Proyecto: “El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno.

“Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros.

“Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente”.

Para probar la sociedad habrá que acreditar aportes, sea en bienes y/o servicios.

El segundo párrafo de la disposición protege a los terceros de buena fe que hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.

a.3) Divorcio

El Proyecto reproduce la solución del Código Civil. La sentencia de divorcio, a la par que disuelve el vínculo matrimonial, provoca, sin necesidad de petición expresa, la extinción del régimen de comunidad con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480). La retroactividad constituye una excepción a los efectos de las sentencias constitutivas que crean o modifican el estado de familia *ex novo*. La extinción de la ganancialidad a partir de esa fecha importará que las medidas precautorias no puedan afectar bienes que cualquiera de los cónyuges hubiesen adquirido con posterioridad.

El proyecto adopta un sistema de divorcio judicial, sin expresión de causas y a petición de uno o ambos cónyuges, lo que redundará, presumiblemente, en un plazo más breve entre la presentación y el dictado de la sentencia, y por lo tanto mitigará la incertidumbre que genera la retroactividad en orden a la extinción del régimen patrimonial.

b) Causales que operan a petición de parte

Las causales que abordaremos a continuación producen la extinción del régimen de modo facultativo, como resultado de una sentencia dictada a petición de uno de los cónyuges fundada en alguno de los supuestos establecidos en la ley.

En el régimen actual se hallan contempladas en los arts. 1290 y 1294 del Cód. Civil. El proyecto las agrupa en el art. 477, que dice: “Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

- “a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;
- “b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;
- “c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;
- “d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero”.

b.1) Mala administración

Se mantiene la redacción del Código Civil, por lo tanto será de aplicación al Proyecto la doctrina autoral y jurisprudencial elaborada en torno a aquél.

El concepto “mala administración” plantea algunos interrogantes en orden a su conceptualización, pues participa de las dificultades propias del acto jurídico de administración, que incide en los alcances de la norma.

La ley no define el acto de administración, señalándose que tal omisión se debe a que se está frente a un criterio económico y no jurídico. Contraponiendo los actos de administración con los de disposición, se ha señalado que los primeros tienen por finalidad la conservación del patrimonio o la obtención de rentas, en tanto los segundos provocan una alteración sustancial del capital del patrimonio.

La doctrina se ha encargado de otorgarle una significación acorde con la finalidad protectora de la norma en la economía del régimen patrimonial. En ese orden de ideas, el término se emplea en un sentido amplio, comprensivo de los actos propiamente de gestión y los de disposición que hagan peligrar el eventual derecho sobre los bienes gananciales del otro cónyuge⁴.

Las diversas definiciones que se han elaborado desde la doctrina y la jurisprudencia participan de un dato común, abarcan situaciones que constituyen una amenaza para el interés económico del otro cónyuge. En ese sentido, la mala administración consiste “en la gestión ineficiente de los bienes gananciales y/o propios, causada por falta de aptitudes o de diligencias del administrador o por el ánimo de perjudicar al cónyuge”⁵.

Se ha aludido también a una conducta desordenada, inepta y dispendiosa que entraña el peligro de perjudicar a la mujer en su derecho al saldo de gananciales al tiempo de la disolución, o “cuando el proceder acarrea o bien insolvencia o bien un desacierto o desorden en los negocios que se traduzca en pérdida o quebrantos aptos para provocar el peligro que el art. 1294 ha tenido a la vista”⁶.

El concepto conjuga tanto los hechos externos que constituyen la evidencia del manejo irregular —disminución del patrimonio, endeudamiento excesivo, disipación de rentas— como la responsabilidad que cabe al cónyuge en su resultado, de modo que quedan fuera de la norma aquellas situaciones en que, pese a que verifica un resultado negocial disvalioso, se halla ausente el factor de imputabilidad.

⁴ Grosman, Cecilia, “La mala administración de un cónyuge como causal de separación de bienes”, *Revista Tribunales*, año II, nro. 8, p. 79.

⁵ Méndez Costa, María J., XII Jornadas de Derecho Civil, Comisión nro. 5.

⁶ C. Nac. Civ., 16/4/1967, LL 127-259.

Si bien no todo acto de mala de administración configura un acto fraudulento, sí lo será cuando mediante dolo específico uno de los cónyuges pretenda defraudar al otro en el derecho sobre los gananciales. En tal caso podrán acumularse ambas acciones. Destacamos que el Proyecto recoge de modo expreso la acción de fraude en el art. 473, aun cuando el cónyuge actúe dentro de los límites de sus facultades de administración, pero con el propósito de defraudarlo.

La consecuencia de la acción de fraude es que hará inoponible el acto al otro cónyuge.

Ha de considerarse que la gestión impropia puede recaer no sólo sobre los bienes gananciales sino también sobre los propios, en tanto los frutos son comunes; además, éstos constituyen la garantía que por recompensas tuviera el otro cónyuge

El precepto protege tanto el derecho eventual a participar en los bienes gananciales a la extinción del régimen, como un derecho actual, cual es controlar la gestión del otro cónyuge durante su vigencia.

b.2) Concurso preventivo o quiebra de uno de los cónyuges

La insolvencia de uno o de ambos cónyuges suscita la incumbencia del régimen concursal y del patrimonial matrimonial. Como toda cuestión donde confluyen distintas áreas del derecho que apuntan a fines diversos, exige una labor interpretativa de integración de ambas disciplinas, ya que resulta dificultoso resolver el problema desde la óptica exclusivamente concursal o familiar.

El interés del cónyuge *in bonis* y el de los acreedores concursales sobre los gananciales constituye, sin duda, el aspecto más importante de la falencia del cónyuge, por cuanto el derecho a participar por mitades de los bienes comunes aparece seriamente comprometido.

No nos ocuparemos en estas reflexiones acerca del impacto que produce el concurso o la quiebra sobre el régimen de administración de la comunidad y otras cuestiones que vinculan a ambos sistemas, sino a la facultad del cónyuge *in bonis* de pedir la extinción del régimen de comunidad de ganancias en el caso de concurso o quiebra del otro.

Por lo pronto, el Proyecto precisa mejor el tipo que autoriza a demandar la disolución. En el régimen actual, el art. 1294 establece que uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales. Frente a las formas originarias del juicio concursal, el concurso preventivo y la quiebra, hay consenso en que la causal comprende la declaración de quiebra, pero la doctrina discrepa si también la acción de separación de bienes procede ante concurso preventivo⁷.

El Proyecto pone fin a la discusión, habilitando la acción ante ambos procesos concursales.

⁷ Méndez Costa, María J., "La mala administración y el concurso o quiebra de uno de los cónyuges como causales de disolución de la sociedad conyugal", *Revista del Notariado*, nro. 744, p. 1895, se expide por la negativa; en cambio, Fassi, Santiago - Bossert, Gustavo, *Sociedad conyugal*, t. II, p. 14,3 se pronuncian por la afirmativa.

El ejercicio de esta facultad por el cónyuge *in bonis* no implicará que puede anteponer su derecho de participación sobre los gananciales del concursado.

En primer lugar, debe tenerse presente la fecha en que se produce la disolución de la sociedad conyugal. El art. 480 reputa disuelta la comunidad al momento de notificación de la demanda de separación de bienes.

Lo único que debe probar el cónyuge *in bonis* es la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra.

Ello nos alerta que a la fecha de disolución los bienes del concursado o fallido, sean propios o gananciales, ya están afectados al resultado del concurso o quiebra.

En efecto, la separación de deudas y de administración de los gananciales, que el Proyecto mantiene (arts. 467 y 470), importara que el patrimonio del concursado, integrado por los bienes comunes de su titularidad y propios, constituyen la garantía de sus acreedores. Además, el estado de quiebra abarca la totalidad de los bienes, derechos y acciones del fallido, incluidos los que adquiere mientras continúe en esa situación, hasta su rehabilitación.

Si el cónyuge no concursado apelara a la separación de bienes, la extinción de la comunidad que sobrevendrá importará la liquidación de los gananciales de ambos cónyuges, con lo cual el no concursado no podrá hacer efectivo su eventual derecho sobre los gananciales del otro, que serán absorbidos por el concurso (salvo que quede un remanente) y deberá partir los gananciales de su administración, beneficiando a la masa.

El único supuesto en que el cónyuge no concursado podrá obtener alguna ventaja es cuando carezca de bienes gananciales y en el futuro tenga perspectivas de adquirirlos, los cuales administrara sin las limitaciones del art. 470.

b.3) La separación de hecho sin voluntad de unirse

El art. 1294 del Cód. Civil, según texto de la ley 23.515, habilita la separación bienes cuando uno de los cónyuges hubiere hecho abandono de la convivencia.

Para aprehender debidamente el supuesto que contempla la norma, se debe distinguir el abandono de la convivencia de la mera separación de hecho. Conceptualizada por la doctrina como una separación calificada, trasunta un obrar culpable incompatible con los deberes emergentes del vínculo matrimonial. El factor de imputabilidad es el que permite distinguirlo de la separación de hecho, que si bien tiene en común con el abandonado el dato objetivo del cese de la convivencia, la nota distintiva se halla en el acuerdo de los cónyuges que deciden separarse⁸.

Tal criterio, sin embargo, no es pacífico. Algunos autores sostienen que si ambos cónyuges resolvieron separarse de mutuo acuerdo, los dos son culpables en cuanto a los efectos jurídicos de dicha separación, por cuanto la voluntad de las partes es inoperante para dispensarse de los deberes matrimoniales, que son de orden público⁹.

⁸ Fassi, Santiago, "La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad conyugal" LL 91-977; Capparelli, Julio, "La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 del Código Civil", LL 1988-B, Sección Doctrina.

⁹ Barbero, Omar, "Separación judicial de bienes entre los cónyuges", DJ, año IV, nro. 14.

Siguiendo esa línea de pensamiento, la norma también sería aplicable cuando ha mediado mutuo acuerdo para concluir la convivencia, pues en tal caso habría abandono recíproco, estando legitimado cualquiera de los cónyuges para demandar la separación de bienes.

Nosotros pensamos que, teniendo en cuenta los antecedentes que informa el art. 1294, la norma ha dejado fuera de su alcance la separación de hecho pactada, limitándose al abandono.

Esta cuestión incide en la legitimación activa para articular la acción, pues en el concepto de abandono al cual adherimos sólo el abandonante estará legitimado; en cambio, para quienes admitan el llamado “abandono de hecho recíproco”, cualquiera de los cónyuges estará habilitado para promover la acción.

El Proyecto sustituye el abandono por la separación de hecho sin voluntad de unirse, lo cual resulta coherente con el sistema de divorcio que establece. Como señalamos *supra*, el derecho proyectado elimina el divorcio fundado en la culpa de uno o ambos cónyuges, que ningún beneficio individual o social produce, e instaura un régimen sin expresión de causas a petición de uno o ambos cónyuges.

b.4) Incapacidad o excusa de uno de los cónyuges

En el régimen vigente se trata del supuesto previsto en los arts. 1289 y 1290 del Cód. Civil. Luego de la reforma de la ley 17.711, la incapacidad de cualquiera de los cónyuges no incidirá en las facultades de gestión del otro. Por lo tanto, sólo en el caso en que se designe curador a un tercero, el cónyuge puede pedir la separación bienes. Se pretende con ello evitar que la administración de los bienes del cónyuge sano quede sometida al control del curador o, en su caso, de la autorización judicial. El Proyecto mantiene la causal con la misma redacción, aunque hubiera sido más acertado comprender tanto a la persona con incapacidad y con capacidad restringida, conforme el régimen previsto en los arts. 32 y siguientes.

Quedará fuera de la causal el supuesto de inhabilitación, que en el Proyecto queda reservada para los pródigos (art. 48), pues el curador sólo cumple funciones de asistencia en el otorgamiento de los actos.

c) Acción por los acreedores

El derecho proyectado establece en el art. 478 que la acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge mediante la acción subrogatoria. Recoge el criterio predominante en la doctrina, en que si bien en esta acción se halla comprometido el aspecto patrimonial, existe una inherencia a la persona, pues no parece conveniente dejar en manos de terceros la extinción de la comunidad.

d) Momento de la extinción

El Proyecto unifica en el art. 480 el momento en que se produce la extinción del régimen patrimonial para todas las causales, con excepción de la muerte comproba-

da y presunta, fijando como fecha el día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Dicha solución pone fin a la discusión que se suscita en el régimen actual respecto de la separación de bienes, pues el art. 1294 no establece la fecha en que debe considerarse disuelta la sociedad conyugal; omisión que sustentó diversas posturas: el día de interposición de la demanda, el día de la notificación, el día que quede firme la sentencia que declara la separación de bienes, y en el caso de abandono, el momento en que se verificó.

e) Separación de hecho preexistente

Establecen los párrs. 2º y 3º del art. 480: “Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

“El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho”.

La disposición reemplaza el último párrafo del art. 1306 del Cód. Civil, que, en el contexto de un sistema de divorcio en que coexisten causales subjetivas y objetivas, priva al culpable de participar de los gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable; en cambio, el inocente conserva ese derecho. Solución que la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias extendieron a los supuestos de mutua culpabilidad y de divorcio sin atribución de culpas¹⁰.

La solución del proyecto resulta congruente con el sistema de divorcio que adopta y con el fundamento de la ganancialidad, que queda enervada con el cese de la convivencia.

Llama la atención que se omita extender la retroactividad al supuesto previsto en inc. c) del art. 477, en tanto concurren los mismos fundamentos. No hay diferencias si la separación de hecho precedió al divorcio o nulidad del matrimonio, o precedió a la separación de bienes fundada precisamente en ese dato fáctico.

El Proyecto introduce una excepción a la retroactividad cuando exista fraude o abuso del derecho.

Entendemos que ni el ejercicio abusivo de los derechos ni el fraude pueden derivarse de las razones que llevaron a uno de los cónyuges a poner fin a la convivencia, pues ello se halla dentro del margen de libertad concedido por el ordenamiento. Habrá que acreditar el propósito de defraudar al otro en el caso de fraude o bien los extremos del art. 10 en el supuesto de abuso del derecho. Bien entendido que en este último caso no cabe reputar contrario a la buena fe, la moral y las buenas costumbres el hecho de abdicar unilateralmente de la convivencia, habida cuenta del modo en que se regulan los deberes matrimoniales.

¹⁰ C. Nac. Civ., sala C, 29/4/1982, ED 99-629; C. Nac. Civ. en pleno, 29/9/1999, LL 1999-F-3.

f) *Protección de los terceros*

Conforme al párr. 4º del art. 480, los terceros de buena fe se hallan protegidos ante la fecha de disolución. La buena fe consiste en el desconocimiento de la causal que extingue la comunidad y se vincula con la caracterización de la indivisión poscomunitaria y con la publicidad de las mutaciones del régimen patrimonial.

En principio, para los terceros la oponibilidad regirá hasta que se haga efectiva la partición de los bienes.

La protección sólo alcanza a los terceros que sean adquirentes a título oneroso.

2. Extinción de la comunidad por voluntad de los cónyuges

De un régimen único e inmutable que establece el Código Civil, el Proyecto pasa a la regla opuesta; permite, por un lado optar, mediante convención matrimonial, por uno de los dos regímenes autorizado, comunidad o separación de bienes (art. 446, inc. d) y, por otro, admite la mutabilidad del régimen con cierta limitación temporal, así lo atestigua la primera parte del art. 449: “Después de celebrado el matrimonio el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges”.

No fija límite alguno en cuanto a la cantidad de veces que deseen mutarlo. El cambio deberá hacerse mediante convención matrimonial, pero, a diferencia de la celebrada antes de matrimonio, no está sujeta a ninguna “*condictio iuris*”, y requiere también su inscripción en el registro civil como requisito de oponibilidad a terceros.

Cuando la convención tenga por objeto el cambio del régimen de comunidad al de separación de bienes, importará un supuesto de extinción de aquélla (art. 475, inc. e), y deberá procederse a su liquidación.

III. EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

En caso de que los cónyuges se hallen sometidos al régimen de separación de bienes, su extinción se produce por las causales que disuelven el matrimonio o por la modificación del régimen convenido, es decir, cuando se pasa de la separación a la comunidad de bienes (arts. 507 y 508).

Si bien este régimen se caracteriza por que cada cónyuge tiene su propio patrimonio, y no hay expectativas sobre los bienes adquiridos por cada uno de ellos, no impide la existencia de bienes indivisos. Incluso el proyecto establece una presunción “*iuris tantum*”: “Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades”.

En tal supuesto, deberá procederse a la partición de acuerdo a lo establecido en materia de partición de herencia.

También puede haber lugar a recompensas cuando uno de los cónyuges ha soportado en forma exclusiva las cargas familiares (art. 455).

CONSTRUYENDO UN SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN MATERIA CIVIL

por FLORENCIA CASTRO* e IGNACIO GOICOECHEA**

I. ¿POR QUÉ CONSTRUIR UN SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS?

1. El contexto general

El fenómeno de la globalización ha generado un aumento exponencial de las migraciones y un incremento de los casos de niños en situación de vulnerabilidad cuyas necesidades no pueden ser atendidas por un solo sistema de protección. A su vez, las distancias, las diferencias culturales e idiomáticas y las limitaciones económicas suelen representar obstáculos para el efectivo acceso a la justicia en el extranjero del niño y su familia.

En la actualidad, existe un sinnúmero de situaciones que requieren la intervención coordinada de dos sistemas nacionales de protección para asegurar la protección efectiva de los niños. Entre ellas, podemos mencionar:

a) Conflictos familiares internacionales (custodia, contacto, reubicación en el extranjero, sustracción, filiación, obtención de alimentos)

En todas estas situaciones resulta clave determinar cuál será el sistema de protección competente para abordar el conflicto; qué derecho se deberá aplicar al caso; cómo se obtendrán las pruebas que eventualmente pudieran necesitarse en otro país; qué tipo de cooperación se puede esperar de parte del otro sistema de protección (p. ej. reconocimiento de una orden provisoria o reconocimiento y ejecución de una orden de protección). También es importante evitar que se dicten sentencias contradictorias en dos jurisdicciones distintas (p. ej. relativas a la custodia de un niño), puesto que de no coincidir podrían generarse situaciones de difícil resolución. Por ejemplo, si dos jurisdic-

* Asistente jurídica del representante para América latina de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado.

** Representante para América latina de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado.

ciones otorgaran la custodia física a diferentes personas, probablemente se generaría en la práctica un bloqueo del derecho de contacto entre el progenitor no conviviente y el niño, ya que si se enviara el niño al otro país, el otro progenitor podría no devolverlo al finalizar la visita y tendría una decisión judicial —la de la custodia— que lo ampararía. A su vez, si no se reconociera una orden de contacto en el extranjero podría también desnaturalizarse una orden de reubicación del niño en el extranjero (en la cual el aseguramiento del contacto podría haber sido una de las condiciones claves para autorizarla). Estas situaciones podrían indirectamente fomentar sustracciones de niños.

b) Niños encontrados en el extranjero (fuera de su país de origen o residencia habitual), víctimas de abandono, violencia doméstica, explotación sexual, venta, niños no acompañados, deportados, institucionalizados, etc.

En la actualidad, existen numerosos convenios internacionales en materia penal que persiguen el tráfico y la trata de niños. Sin embargo, los niños víctimas de estos crímenes son a menudo tratados como inmigrantes ilegales y deportados cuando deberían recibir la protección necesaria en el lugar donde se los encuentra, para coordinar posteriormente con el sistema de protección del país de origen del niño la inserción en su medio y, si fuera necesario, brindarle la atención necesaria y adoptar las medidas tendientes a su reintegración social y su plena recuperación física y psicológica (tal como lo exige el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* —art. 9º, párr. 3º—).

Otro caso es el de los niños institucionalizados en el extranjero a cuyos familiares se les niega el debido acceso a la justicia para recuperarlos y, a los niños, su derecho a ser criados por su familia o comunidad de origen. Estos niños pueden llegar a ser entregados al sistema de adopción del país donde fueron encontrados, sin que se haya hecho previamente un trabajo efectivo para localizar a sus familiares y reinserarlos en su país de origen (p. ej. niños hijos de deportados o cuyos padres han sido privados de la libertad).

c) Guarda de niños en el extranjero y adopción internacional

Para que los niños puedan ser dados en guarda o adoptados en el extranjero se necesita una coordinación muy precisa entre los dos sistemas de protección involucrados, pues de lo contrario podrían generarse situaciones de vulnerabilidad (p. ej. si los guardadores no respetan las condiciones establecidas por la autoridad que les confirió la guarda o se niegan a devolverlos; adopciones internacionales que no son reconocidas en el país de residencia de los adoptantes o niños que son abandonados o discriminados en el país donde fueron trasladados por los adoptantes).

2. Las limitaciones de los sistemas nacionales de protección

Cabría preguntarse por qué los sistemas nacionales de protección no pueden atender las situaciones descritas en el título anterior. La respuesta se vincula con la

existencia de una serie de limitaciones, algunas de las cuales describiremos sucintamente a continuación:

a) Limitaciones procesales

En algunos casos, las autoridades no tienen competencia internacional para intervenir. En otros, no se les puede garantizar a las partes el respeto al debido proceso, especialmente a quienes se encuentran fuera del país, o no es posible asegurar el reconocimiento y la ejecución de las órdenes de protección dictadas en la jurisdicción extranjera vinculada con el caso.

b) Falta de cooperación por parte de los actores del sistema de protección extranjero

En muchos casos se requiere la cooperación de un sistema extranjero de protección para brindar protección efectiva al niño, y no existen mecanismos para que esa cooperación se implemente (p. ej. para localizar al niño, producir pruebas, implementar medidas de protección, asegurar el acceso a la justicia, proveer asistencia social, etc.).

c) Desconocimiento de los actores

Muchas veces, los actores del sistema de protección desconocen el modo en que deben aplicarse los convenios internacionales u otras herramientas que los pueden ayudar a abordar situaciones de protección internacional de niños (p. ej. para obtener cooperación de otro sistema de protección nacional).

d) Falta de recursos

En el ámbito de la protección de niños es frecuente encontrar instituciones sobrecargadas de trabajo que no cuentan con los recursos humanos ni económicos necesarios para operar correctamente el sistema de protección nacional. Naturalmente, esta falta de recursos impacta de manera negativa a la hora de abordar situaciones internacionales (p. ej. se generan demoras severas por la falta de recursos humanos, falta de medios adecuados de comunicación o de conocimiento del idioma extranjero, etc.).

3. El mandato de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) instituye a los Estados como garantes del cumplimiento efectivo de los derechos allí enunciados, imponiéndoles la obligación de establecer mecanismos o instrumentos de cooperación tendientes a garantizar los derechos en ella enunciados. El papel crucial de la cooperación internacional en la protección internacional de los niños ha sido destacado en el preámbulo de la Convención. Esa cooperación conlleva una actuación coordinada de los sistemas

de protección de niños de los Estados involucrados y la celebración de acuerdos en diversas situaciones y conflictos transnacionales.

La necesidad de desarrollar la cooperación internacional para la protección de los niños se puede vislumbrar en un sinnúmero de situaciones previstas en la CDN. Por ejemplo, podrían presentarse situaciones vinculadas con el respeto de las normas de competencia, derecho de defensa y el respeto del debido proceso. Tal es el caso de las situaciones que pueden presentarse en virtud de los arts. 9º, 10 y 11, CDN. En estos casos, la separación de un niño de sus padres sólo podría ser decretada por autoridades competentes; esa decisión está sujeta a revisión judicial y deben respetarse las reglas del debido proceso. También podría darse, en un caso de sustracción internacional de niños, que el juez a cargo de decidir su restitución perdiera de vista el objetivo de su actuar, decidiendo sobre el fondo de la custodia, que es competencia del juez del Estado de residencial habitual. En este caso, se correría el riesgo de tener dos decisiones de custodia contradictorias, poniendo en riesgo incluso el ejercicio efectivo del derecho de contacto. En estas circunstancias es además necesario tener en cuenta el peligro de caer en interpretaciones “localistas”, especialmente en la interpretación de la noción del interés superior del niño, requiriéndose una actitud responsable de los sistemas involucrados.

En los casos de custodia, patria potestad, reubicación o contacto, los sistemas nacionales vinculados al caso deben estar articulados para garantizar el debido proceso a las partes y evitar decisiones claudicantes en el extranjero. Ese principio deberá ser tenido en cuenta de un modo especial cuando los padres no residan en el mismo Estado, debiendo implementarse las medidas necesarias para hacer efectivas las decisiones relativas a la crianza del niño (custodia, contacto, reubicación, etc.) en ambos Estados.

En el supuesto previsto por el art. 19, CDN (protección contra toda forma de abuso), se requerirá la coordinación de los sistemas involucrados de protección para establecer procedimientos tendientes a prevenir esas situaciones y para proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él.

En el caso de familias migrantes, se debe proteger a todos los niños, más allá de su nacionalidad o estatus migratorio. A su vez, si correspondiera tomar medidas de protección, se deberán tener en cuenta los recursos familiares existentes en el país de origen del niño, para lo cual se requerirá el actuar coordinado de las autoridades competentes de ambos Estados involucrados.

En el caso de niños no acompañados (refugiados, solicitantes de asilo, desplazados o fugitivos) o abandonados en el extranjero, los sistemas involucrados de protección deberán hacer lo posible por encontrar familiares, en el país de origen del niño, que puedan cuidarlo y contribuir a su reinserción segura en ese país.

El flagelo de la explotación y abuso sexual, la venta y la trata de niños requieren para su abordaje de la cooperación efectiva entre sistemas de protección (tal como lo exige el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*—art. 10, párr. 2º—).

La adopción internacional y la obtención de alimentos en el extranjero son también claros ejemplos de situaciones en las que se requiere la coordinación entre sistemas de protección de niños y la celebración de acuerdos internacionales para garantizar la protección efectiva de los niños.

Las situaciones descritas en los párrafos precedentes son sólo una muestra de la multiplicidad de ocasiones en las cuales puede requerirse el actuar coordinado de los diversos sistemas de protección involucrados en un caso de protección internacional de niños, pudiendo requerirse la cooperación, tanto a nivel administrativo como judicial, o ambos a la vez.

Además del actuar coordinado, hay situaciones en las cuales la Convención establece la obligación de los Estados de promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes como forma eficaz de proteger a los niños frente a situaciones específicas (p. ej. la sustracción internacional —art. 11—, la adopción internacional —art. 21—, la obtención de alimentos en el extranjero —art. 27—, el abuso y la explotación sexual —art. 34— y el secuestro, venta o trata de niños —art. 35—). Afortunadamente, estas situaciones ya han sido abordadas mediante una serie de instrumentos internacionales que han desarrollado mecanismos específicos de cooperación jurídica internacional entre sistemas de protección. La ratificación o adhesión a varios de esos instrumentos ha sido recomendada por el Comité de los Derechos del Niño en la observación general 5 —2003— sobre *Medidas generales de aplicación de la CDN* (p. ej. el *Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores*, el *Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional* y el *Convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional de niños*); y la observación general 6 —2005— sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (p. ej. el *Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional* y el *Convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional de niños*).

De lo expuesto podemos colegir que tanto del articulado de la CDN como de su implementación práctica se desprende el deber de los Estados de desarrollar la cooperación jurídica internacional para lograr la efectiva protección internacional de los niños. En consecuencia, los Estados deberán tener en cuenta ese mandato al analizar el desarrollo de las medidas necesarias para asegurar una efectiva implementación de la Convención.

II. LA “COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL” COMO BASE DEL “SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS”

1. La cooperación jurídica internacional y los convenios sobre protección internacional de niños

A fin de brindar protección efectiva a los niños en situaciones que requieren para su abordaje la participación de más de un sistema de protección nacional, se hace necesario articular mecanismos eficaces de cooperación entre los distintos sistemas de protección vinculados al caso. Básicamente, corresponde determinar cuándo y en qué medida debe intervenir un sistema de protección nacional y cómo se complementa o auxilia con el otro sistema de protección involucrado.

Esta articulación se desarrolla en el marco de la llamada “cooperación jurídica internacional”, que se refiere a los procedimientos o mecanismos que se encuentran disponibles para facilitar la eficacia de un acto o procedimiento jurídico que debe sur-

tir efecto o llevarse a cabo en una jurisdicción extranjera. En tal sentido, serán aquellos instrumentos internacionales de cooperación jurídica internacional que tengan por objeto facilitar el actuar coordinado de los distintos sistemas de protección nacional para la efectiva protección internacional de los niños, los que conformen la base de un verdadero “sistema de cooperación internacional para la protección de los niños”.

En función de las aclaraciones terminológicas precedentes, estamos en condiciones de pasar a analizar cómo se construye este “sistema de cooperación internacional para la protección de los niños”.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la cooperación jurídica internacional se desarrolla primordialmente a través de acuerdos internacionales a nivel global, regional, subregional o bilateral. En lo que a la protección internacional de niños se refiere, se han desarrollado acuerdos internacionales sobre diversos temas en distintos foros. En América latina existen varios instrumentos internacionales en vigor adoptados por las Naciones Unidas (*Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos*), la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado (*Convenio de La Haya del 25/10/1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*; *Convenio de La Haya del 29/5/1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*; *Convenio de La Haya del 19/10/1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*; y *Convenio de La Haya del 23/11/2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia*), y la Organización de Estados Americanos (*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*; *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*; *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*). Además, algunos Estados han desarrollado acuerdos bilaterales para abordar ciertas temáticas específicas para la protección de los niños (*Convenio entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile sobre restitución internacional de menores —1982—*, *Convenio sobre protección internacional de menores*, suscrito entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el gobierno de la República Argentina —1982—, y *Convenio sobre restitución internacional de menores entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y la República del Perú —1989—*). Todos estos instrumentos internacionales conforman la base del sistema de cooperación internacional para la protección de los niños.

Más allá de los textos de los convenios mencionados, en las últimas décadas y en forma progresiva y sostenida se ha ido desarrollando un segundo nivel de herramientas para la cooperación internacional, como son los manuales, las guías de buenas prácticas y las redes de autoridades centrales, jueces y puntos de contacto, que facilitan el desarrollo efectivo de la cooperación jurídica y, por consiguiente, el funcionamiento del sistema de cooperación internacional para la protección de los niños.

Este segundo nivel de herramientas, principalmente el trabajo en red, facilita el desarrollo de la cooperación jurídica para la protección internacional de los niños, tanto a nivel horizontal (autoridades centrales con autoridades centrales y jueces con jueces), como transversal (autoridades centrales con jueces y otros puntos de contacto o actores del sistema).

2. El Convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional de niños: mecanismo de articulación de carácter general

Entre los instrumentos mencionados en el capítulo anterior cabe destacar, por la generalidad y multiplicidad de temas abordados, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños. Este instrumento fue elaborado con la finalidad de brindar un mecanismo práctico de cooperación entre Estados que permita proteger internacionalmente a los niños de un modo efectivo y, más específicamente, para evitar conflictos en materia de competencia, ley aplicable, cooperación y reconocimiento y ejecución de órdenes de protección entre los sistemas jurídicos involucrados en situaciones de protección internacional de niños.

El Convenio sobre protección de niños constituye, en cierta medida, la base principal del sistema de cooperación internacional para la protección de los niños y resulta aplicable a un sinnúmero de situaciones, tales como las disputas transfronterizas sobre derechos de custodia, contacto, reubicación y patria potestad; las situaciones de tráfico internacional de niños, abuso, protección civil de víctimas de trata; el caso de los niños sin cuidado parental (niños no acompañados y niños separados de sus padres) y la colocación de niños en el extranjero bajo cuidado institucional o acogimiento familiar, entre otras.

El Convenio también actúa como complemento de los Convenios de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1989 en casos de restitución internacional de niños y visitas internacionales y como complemento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

Las normas sobre competencia contenidas en el Convenio establecen, como principio general, la competencia de los tribunales del lugar de residencia habitual del niño para adoptar las medidas de protección de su persona o sus bienes. Sin embargo, este principio puede tener excepciones, tales como competencia fundada en la situación de la persona o bienes del niño para los casos de urgencia; el mantenimiento temporal de la competencia del Estado de la anterior residencia habitual del menor en caso de desplazamiento ilícito; si se cumple con ciertas condiciones, la sumisión al foro del divorcio; o, excepcionalmente, la posibilidad de transferir el ejercicio de la competencia a otro tribunal mejor situado para conocer del asunto. Todas estas excepciones han sido establecidas teniendo en cuenta la consideración primordial del interés superior del niño, que deberá ser determinado en cada caso por la autoridad competente para decidir la medida de protección a adoptar con relación a un niño.

El Convenio también determina la ley aplicable al caso, consagrando como principio general la aplicación de la *lex fori*. Ello resulta a todas luces conveniente, dado que simplifica la tarea de los operadores, quienes deberán aplicar su propia ley en lugar de una ley extranjera para proteger al niño. Tal como sucede en el caso de la competencia, hay aquí también una serie de excepciones al principio general, todas ellas tendientes a brindar una mayor protección al niño.

El mecanismo de cooperación previsto en el Convenio se centra en el actuar de las autoridades centrales, que serán las encargadas de articular la cooperación —concebida en una forma muy amplia— con los organismos nacionales competentes en materia de protección de niños y con las demás autoridades centrales de los Estados parte involucrados.

Finalmente, se establece el modo de reconocimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas en virtud del Convenio. Ello incluye el reconocimiento de pleno derecho de las órdenes de protección adoptadas en un Estado contratante en los demás Estados contratantes, lo que permite una coordinación efectiva entre los sistemas de protección intervinientes.

Las ventajas del Convenio de 1996 han sido reconocidas en diversos foros internacionales, que han recomendado su ratificación o adhesión (el Comité de los Derechos del Niño, en las observaciones 5 y 6 mencionadas *supra*; las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidados de los niños —párr. 138— y las Comisiones Especiales de la Conferencia de La Haya sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de niños y sobre el Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional, que lo recomiendan como complemento de los instrumentos citados).

III. DESAFÍOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

Tal como lo mencionáramos anteriormente, contamos en la actualidad con una serie de instrumentos internacionales de protección de niños que comprenden una gran cantidad de situaciones de riesgo a las que los niños pueden verse expuestos. Ello nos podría llevar a concluir que ya contamos con un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños. Sin embargo, somos de la opinión que todavía estamos en una fase inicial, donde si bien algunos de los instrumentos internacionales de protección de la infancia han comenzado a permear en los sistemas nacionales, aún existen importantes desafíos por superar si pretendemos lograr una articulación eficiente entre los sistemas nacionales de protección, que permita garantizar una efectiva protección de la niñez en riesgo.

Los desafíos que se presentan podrían dividirse en: i) normativos, relacionados con el propio desarrollo e implementación de los convenios o con la creación de los mecanismos necesarios para que se concrete la cooperación, y ii) operativos, que comprenden aquellos relacionados con el propio funcionamiento del sistema de protección internacional (básicamente, la operación articulada de los sistemas de protección nacional en casos internacionales).

1. Desafíos normativos

El desafío aquí puede estar, en primer lugar, en el proceso de selección de los temas que es preciso abordar a través de un convenio internacional o en la etapa de elaboración de ese instrumento, que puede llevar años de discusiones y análisis. Por otra parte, el proceso de incorporación de un convenio en concreto a los diversos sistemas jurídicos nacionales y su implementación, también puede constituir un gran desafío para la comunidad internacional.

A fin de afrontar el primero de los desafíos, se requiere contar con Estados y organismos internacionales atentos a las necesidades que van surgiendo con el constante devenir de la realidad. Las comunicaciones y los movimientos migratorios sin dudas han dado lugar al surgimiento de nuevas problemáticas en materia de infancia

que gradualmente han sido abordadas por la comunidad jurídica internacional. En tal sentido, un análisis profundo sobre las nuevas problemáticas que se presentan en el ámbito de la protección internacional de niños nos llevará a determinar la necesidad de afrontar o no la elaboración de nuevos instrumentos de protección en diversas esferas vinculadas con la protección de niños.

El proceso de incorporación de convenios internacionales por los Estados tiene diversas aristas que deben ser analizadas. Por un lado, nos encontramos frente a una comunidad internacional deseosa de expandir la protección a sus niños pero, por el otro lado, la práctica indica que se demoran años o décadas para incorporar e implementar convenios internacionales sobre protección de niños en los ordenamientos jurídicos nacionales. En tal sentido, la promoción de los convenios internacionales cobra gran relevancia y puede facilitar, sin dudas, el proceso de ratificación o adhesión de un tratado por un Estado determinado. Una práctica que ha demostrado facilitar y acelerar este proceso es la participación activa en este proceso por parte de los propios operadores del sistema, que son quienes pueden vislumbrar con mayor facilidad los beneficios de la nueva herramienta, así como del sector académico, que puede generar los análisis científicos necesarios en la etapa de estudio e implementación. En efecto, las autoridades competentes para analizar un convenio (generalmente, las cancillerías) no son las autoridades responsables de la protección de los niños en su país y, además, suelen encontrarse sobrepasadas por la carga de trabajo y las distintas urgencias que deben atender diariamente, postergando en consecuencia el análisis de los convenios sobre protección de niños para momentos de mayor tranquilidad, que difícilmente lleguen. Es por ello que contar con el apoyo de los actores del sistema de protección de niños y del sector académico puede resultar extremadamente útil para facilitar el proceso de incorporación de nuevos convenios internacionales a los sistemas jurídicos nacionales (p. ej. elaboración de informes de pertinencia jurídica de los convenios, sensibilización de los miembros del Parlamento, etc.).

Además, es importante destacar que no es suficiente con la voluntad política de convertirse en parte de un tratado. Para que esa pertenencia tenga sentido, deberá existir, además, el compromiso del Estado involucrado de implementar debidamente ese tratado para garantizar su funcionamiento efectivo. Esta tarea puede requerir la adopción de reglamentaciones internas, la articulación de acciones entre los distintos actores del sistema de protección y, especialmente, un gran trabajo de difusión y capacitación, tanto de los actores que operarán el mecanismo como de aquellos que podrían orientar a los usuarios e, inclusive, de los propios usuarios.

2. Desafíos operativos

En adición a la incorporación e implementación de los convenios, surge el desafío de implementarlos correctamente, de manera que puedan cumplir los objetivos para los que fueron creados.

En primer lugar, suelen surgir barreras culturales que deben ser sorteadas. Por ejemplo, es posible que algunos actores del sistema piensen que pueden abordar cualquier situación de vulnerabilidad de un niño y que no necesitan del auxilio de ningún otro sistema de protección. Los jueces son, en ocasiones, ejemplo de ello; como están acostumbrados a trabajar en soledad, tienen a menudo dificultades para com-

prender y aceptar que en el otro país también existen jueces y otros actores del sistema de protección comprometidos con la niñez y que están a su disposición para auxiliarlos a fin de dar protección efectiva a los niños. A veces es necesario pedir información a la otra jurisdicción, otras veces simplemente hay que aceptar que tal o cual aspecto del conflicto deba ser abordado y decidido por el otro sistema de protección.

Además, existen prejuicios sobre otras culturas o sistemas de protección, que muchas veces nos convencen de que nuestro sistema es mejor que otros y que nuestra forma de ver y abordar los problemas es la única o la mejor. A la hora de interpretar los convenios internacionales, los propios actores vuelcan su carga cultural, corriendo el riesgo de convertir un caso internacional en uno local, reñido con los objetivos y presupuestos del instrumento internacional aplicable al caso.

Tomar conciencia de la dimensión internacional de los casos que caen bajo la órbita de los convenios y desarrollar confianza entre los distintos sistemas de protección nacionales resulta clave para un funcionamiento efectivo del sistema de cooperación internacional para la protección de los niños.

Posiblemente, uno de los avances más significativos que se ha dado en últimos años en relación con el funcionamiento de los convenios de protección de niños y la generación de confianza entre distintos sistemas jurídicos sea el desarrollo del trabajo en red de los operadores clave de los convenios, es decir, las autoridades centrales y los jueces.

A su vez, la creación de la Red Internacional de Jueces de La Haya ha facilitado el desarrollo de esa confianza. Esos jueces son expertos formados para actuar tanto como referentes frente a sus propios colegas en su país, como para auxiliar a sus colegas del extranjero. En particular, el desarrollo de las comunicaciones judiciales directas ha incorporado otra excelente herramienta que facilita la cooperación jurídica para la efectiva protección de los niños.

Podemos concluir, entonces, que el desarrollo y aprovechamiento de las redes de jueces y autoridades centrales constituye otro de los desafíos que deberán abordar los actores de los sistemas nacionales de protección en los próximos años.

Por otra parte, será fundamental que el Estado ponga a disposición de los operadores los recursos económicos y humanos necesarios para cumplir con los objetivos previstos en los convenios. Ello puede parecer obvio, pero lamentablemente a menudo sucede lo contrario, resultando dicha situación en un incumplimiento del tratado por parte del Estado involucrado y la consiguiente desprotección de los niños cuyos derechos deberían estar garantizados por la vigencia de dicho instrumento.

IV. CONCLUSIÓN

A la luz de las ideas expuestas anteriormente podríamos convenir que resulta necesario continuar trabajando en el desarrollo de un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños que permita un accionar articulado y eficaz entre los distintos sistemas nacionales de protección. Para ello, no sólo deberemos promover la adhesión o ratificación de los convenios de protección de niños existentes, que conforman la base de ese sistema de protección, sino que deberemos estar atentos a las nuevas problemáticas que vayan surgiendo en la esfera de la protección internacional de niños a fin de darles respuesta.

Por otra parte, deberemos trabajar para garantizar la efectiva aplicación de los convenios en vigor en los distintos Estados, porque sólo mediante una correcta implementación de los instrumentos existentes garantizaremos una verdadera protección a todos los niños. A tal fin, deberá realizarse un importante trabajo de articulación, capacitación y promoción de los convenios, del cual deberán formar parte todos los actores involucrados en la protección internacional de los niños.

La voluntad y el compromiso políticos del Estado involucrado serán de suma importancia para alcanzar la cooperación requerida por los convenios, para promover nuevas adhesiones o ratificaciones y para asegurar la debida implementación de los convenios. En particular, cobrará vital importancia la participación activa de los actores relevantes del sistema de protección de niños, para superar los diversos desafíos que se presentan en los procesos de creación, adhesión/ratificación e implementación de los convenios.

Creemos que hay un camino recorrido, pero también un largo camino por recorrer en el ámbito de la protección internacional de niños. En tal sentido, entendemos que la incorporación e implementación del Convenio de La Haya de 1996 en un número considerable de países marcará un avance sin precedentes, pues dejará establecidas bases sólidas para el funcionamiento de un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños. Son muchos los actores que en el plano internacional buscan proteger los derechos de la infancia. Pero sólo mediante el compromiso y la labor coordinada de esos actores (organismos administrativos, judiciales, organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales) podremos construir un sistema de cooperación internacional para la protección de los niños verdaderamente eficaz.

EVOLUCIÓN CIENTÍFICA Y COSA JUZGADA*

por JOSÉ MARÍA SALGADO**

I. MENSAJERO SIDERAL

Galileo Galilei nació en Pisa, Italia, y vivió entre 1564 y 1642. Fue físico, astrónomo, filósofo y matemático en el Renacimiento. El uso y perfeccionamiento del telescopio le permitió realizar una gran variedad de observaciones astronómicas que modificaron radicalmente la visión del universo.

Hasta los estudios de Galileo, era un precepto aceptado, derivado de un ferviente ejercicio deductivo de ideas de prestigiosos filósofos como Aristóteles o de las Sagradas Escrituras, que la Tierra constituía el centro del universo conocido. Las tesis aristotélicas que postulaban la perfección del mundo celeste fueron puestas en jaque cuando Galileo, quien introdujo el método inductivo basado en sus observaciones, pudo ver más allá que nadie hasta ese momento y advirtió la existencia de montañas en la Luna. El descubrimiento de los satélites del planeta Júpiter refutó la idea de que la Tierra fuera el centro de todos los movimientos que se producían en el cielo. Al observar que Venus presentaba fases similares a las que se apreciaban en la Luna pudo confirmar el sistema heliocéntrico sostenido por Copérnico. Éstos y otros descubrimientos fueron derribando los dogmas que apuntalaban una cosmovisión del mundo.

Hacia marzo de 1610, Galileo redactó y publicó un texto breve donde daba a conocer todos sus descubrimientos: el *Sidereus Nuncius* —mensajero sideral—. El libro cobró rápida fama en toda Europa. Las ideas importaban una ruptura no sólo con las teorías asentadas de la física aristotélica, sino con la Iglesia, ya que propugnaban la independencia —hasta ese entonces, inédita— de ciencia y religión. Galileo, en consecuencia, tuvo dos frentes de que defenderse, los académicos, cuyas teorías geocéntricas tambaleaban, y los religiosos, cuya cosmovisión era cuestionada al no coincidir la interpretación de sus preceptos sagrados con los avances de la ciencia.

Los embates academicistas fueron resueltos en sucesivos desafíos en los que Galileo logró demostrar sus postulados. La vertiente religiosa, luego de que las nuevas

* Muchas de las ideas expresadas en este trabajo surgieron de discusiones mantenidas con Víctor Trionfetti, quien desde hace bastante tiempo me sugirió que era necesario el abordaje de nuevas lecturas para intentar escribir algo que aspire a ser original, aunque se fracasase en el camino.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Prosecretario letrado de la Cámara Nacional en lo Civil. Docente de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UBA.

teorías fueron confirmadas por el Colegio romano, siguió otro sendero. El cardenal Bellarmino ordenó a la Santa Inquisición que se iniciara una investigación sobre Galileo. El religioso defendió la tesis geocéntrica afirmando que no había una prueba científica concluyente que demostrara el movimiento de la Tierra o que refutara que ella era el centro del universo; el precepto afirmado por Galileo, por lo demás, estaba en contradicción con las enseñanzas bíblicas y, por ello, no se justificaba su admisión. De allí que afirmara que el sistema copernicano era meramente hipotético. Las pruebas de Galileo se basaban en las observaciones obtenidas con el telescopio; sin embargo, como se desconfiaba de aquel instrumento, eran consideradas insuficientes. El Santo Oficio, en febrero de 1616, declaró el sistema heliocéntrico como falso y opuesto a las Sagradas Escrituras y Galileo recibió la admonición de no enseñar públicamente las teorías de Copérnico, más que como hipótesis y no como comprobaciones.

Esta situación, seguida de otros embates posteriores, no impidió que Galileo escribiera una obra donde dio a conocer la cosmología copernicana (*Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo, tolemaico e copernicano*). Allí expuso los puntos de vista aristotélicos defendidos por Simplicio y los confrontó con los de la nueva astronomía abogados por Salviati en forma de diálogo. La postura tradicional, irónicamente ridiculizada en el libro, quedó tan expuesta en sus dogmas que el Santo Oficio, no obstante que Galileo había conseguido un permiso (*imprimatur*) para eludir la censura y publicar la obra, abrió un proceso en su contra hacia 1633. La acusación consistía en haber violado la sentencia de 1616 —aun cuando la obra había sido autorizada— y en la introducción de ideas heréticas. Su resultado fue la condena contra Galileo a prisión perpetua y a abjurar de sus teorías. Por cumplir en forma inmediata con el rechazo a la tesis heliocéntrica, el papa conmutó la prisión por un arresto domiciliario.

Inmerso en una gran aflicción moral, con artritis y afectado por ceguera, Galileo consiguió completar su última obra (*Discorsi e dimostrazioni matematiche intorno à due nuove scienze*) y publicarla en 1638. Allí sentó las bases físicas y matemáticas para un análisis del movimiento, obra que luego se convertiría en la piedra angular de la ciencia de la mecánica. En enero de 1642, Galileo falleció en Arcetri, donde cumplía su arresto, acompañado por dos de sus discípulos. Curiosamente, luego de vivir perseguido por la Iglesia, sus restos están sepultados en la *Santa Croce* de Florencia.

II. ENTRE EL *STATU QUO* Y LA REVOLUCIÓN

La historia de Galileo tiene muchos puntos de contacto con los postulados que asumiremos en este trabajo. Su enfrentamiento con la Inquisición suele presentarse como el mejor ejemplo de conflicto entre religión y ciencia. Pero no es sólo eso. Las resistencias al cambio no son una exclusividad de las comunidades religiosas, sino que están en todos los ámbitos. En la historia reseñada, además, se pone en juego el concepto de verdad y la importancia del contexto de justificación, la posibilidad o no de contrastar enunciados con la realidad para verificar su certeza, la existencia de verdades objetivas que trascienden la actividad humana, etc.

Basados en el conocimiento que tenemos hoy, lo natural es darle la razón a Galileo y argumentar en contra del oscurantismo que intentó mantener, costara lo que costara, el *statu quo* medieval. Sin embargo, debemos preguntarnos por qué nadie salió en defensa de Galileo en 1616 cuando el astrónomo lo necesitaba; por qué, ante semejante barbarie, no hubo una oposición que impidiera que se cometiera dicho atro-

pello. Deben existir muchas y variadas razones, el poder de la Iglesia en aquel tiempo seguramente es la más relevante, aunque no es el caso analizar aquí la lista de motivos que condujeron a ese resultado. Sin embargo, retomando las argumentaciones dadas por el cardenal Bellarmino, podemos detenernos a analizar la resistencia epistémico-religiosa. Aquella se sustentó en que no se consideraba concluyente la prueba aportada por Galileo, ni se demostraba el movimiento de la Tierra; que no se refutaba que aquella fuera el centro del universo y los textos sagrados —en la interpretación de los religiosos de ese entonces— sustentaban la postura vigente.

La epistemología contemporánea se encuentra escindida totalmente de la religión, circunstancia que no se daba en el mundo premoderno o medieval, es por ello que en la actualidad nadie dudaría en calificar como dogmáticas las afirmaciones de Bellarmino. Sin embargo, ésta es una mirada que toma el contexto actual para evaluar los hechos sucedidos en el pasado. Ello, *per se*, no es bueno ni malo, es sólo una manera de explicar las cosas. Aun cuando no podía esperarse de la Santa Inquisición un proceder respetuoso del debido proceso en atención a las cuestiones involucradas, podemos detenernos a analizar que, entre las razones que condujeron a la condena de Galileo, está la vigencia temporal de un paradigma y la resistencia a cambiarlo.

Los logros científicos reconocidos por una comunidad especializada como fundamento de sus prácticas son el cuerpo de las teorías aceptadas y resultan útiles en el tiempo en que tienen vigencia para definir y explicar los problemas a resolver por las generaciones de científicos que los usan y de las que los sucederán. Su durabilidad y la capacidad para indicar cuáles son los enigmas a dilucidar califican ese conjunto de investigaciones o saberes como paradigmas. Aprender los fundamentos de los modelos concretos de cada práctica implica comprometerse bajo las mismas reglas y normas científicas. Ese consenso es el que permite validar o rechazar los nuevos postulados que se presentan como descubrimientos o avances¹.

Cuando alguno de los miembros de la comunidad científica esgrime una teoría que viene a resolver una cuestión que *a priori* no era considerada un problema a investigar, como le sucedió a Galileo al explicitar que la Tierra no era el centro del universo conocido, el paradigma vigente es incapaz de validar esa teoría. Sencillamente, porque se opone a los fundamentos en los que se edificaba el conocimiento vigente hasta ese momento. Cuando algo así ocurre, nos situamos en el campo de las revoluciones científicas².

Los paradigmas vigentes suelen atraer a la mayor parte de las personas que componen una generación de estudiosos a asumir sus conceptos como verdades únicas, infranqueables, y ello limita el espectro de desarrollo del científico. Sin embargo, no impiden que existan investigadores o escuelas que no crean en ellos o que trabajen para modificarlos. Quienes no acompañan las reglas fijadas por el paradigma o los que se aferran a viejos puntos de vista suelen ser ignorados en sus trabajos o eliminados de la profesión. Dicho contexto encarna una visión rígida de campo de estudio, que excluye aquellas miradas que no comparten sus fundamentos basales.

Antes de que alumbraran los descubrimientos de Galileo, incluso previamente a que Copérnico esbozara la tesis heliocéntrica, el conocimiento reinante indicaba, entre otras afirmaciones que han sido superadas en la actualidad, que la Tierra era el

¹ Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Carlos Solís, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, ps. 70-71.

² Kuhn, Thomas S., *La estructura...*, cit., p. 73.

centro del universo. El paradigma establecido en el tiempo premoderno alcanzaba a dar esa explicación y no otra³. Es por ello que, en una revisión de lo sucedido, pensamos que lo que debe recriminarse a Bellarmino y los inquisidores no es haber asumido como verdadero el conocimiento disponible; su error mayúsculo fue no revisar esa creencia aun cuando los fundamentos que apoyaban la tesis de Galileo presentaban justificaciones para hacerlo. Evidentemente era mejor ocultar las evidencias antes que cambiar el paradigma y asumir la revolución que se presentaba ante sus ojos.

Más allá de saber que dicha postura no respondía sólo a motivos científicos, no es posible dejar de lado que el paradigma premoderno se basaba en preceptos que no admitían esa propuesta; incluso el método para validar el conocimiento era absolutamente distinto del que manejamos en la actualidad. Lamentablemente, fue Galileo quien debió pagar el costo.

¿Es correcto afirmar que el precepto “la Tierra es el centro del universo” era errático? Pues bien, si lo hacemos con el conocimiento que disponemos en la actualidad, no cabe duda alguna de que lo es. Lo propio podríamos decir respecto de Bellarmino, quien sabía que el Colegio romano había confirmado la tesis de Galileo y poseía fundamentos suficientes para revisar la vieja teoría. Sin embargo, antes de que todo eso sucediera, en el tiempo previo al 1543 en que Copérnico propusiera su teoría heliocéntrica⁴, la afirmación se ajustaba al contexto de justificación vigente.

Es posible señalar que, aun cuando antes de 1543 existiera consenso sobre la justificación de que la Tierra era centro del universo, ello no convertía en verdadera esa opinión. Ésta seguía siendo falsa sin importar el consenso que existiera al respecto. Ésa es la opinión expresada por Taruffo para desechar la tesis antiesencialista del conocimiento que proponemos⁵. Sostener que existe una verdad, aunque nadie pueda conocerla, implica desligar todo vínculo entre justificación y verdad y aferrarse al concepto de correspondencia como parámetro de medida para calificar como “verdadero” un enunciado.

Postulamos una noción distinta del concepto de verdad de las tantas que se han elaborado⁶. Creemos que aquélla, en tanto concepto epistemológico que valida toda proposición, debe ser relativizada a un orador, a un auditorio y a un contexto. Es decir, el concepto depende de la justificación que se haga de la afirmación que se afirma como verdadera. Por ese motivo, por una parte, tiene necesariamente límites temporales sujetos a plazos inciertos de caducidad y, además, al referirnos a la justificación como su sustento, debemos abandonar la idea de verdad como correspondencia⁷. Sencillamente, porque no es posible efectuar ese contraste al no existir una única for-

³ Palma, Héctor A. - Pardo, Rubén H., *Epistemología de las ciencias sociales. Perspectivas y problemas de las representaciones científicas de lo social*, Biblos, Buenos Aires, 2012, p. 30.

⁴ Lo hizo en el libro *De revolutionibus orbium coelestium*. Previamente, en la Antigüedad, existió una propuesta en el mismo sentido por parte del griego Aristarco de Samos; sin embargo, la teoría de Copérnico es la que emplea cálculos matemáticos.

⁵ Taruffo, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, p. 81.

⁶ Nicolás, Juan Antonio - Frápoli, María José, *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁷ En otro trabajo explicamos con un poco más de detalle nuestra postura. Salgado, José María - Trionfetti, Víctor, “‘Colalillo’ a contraluz...”, cit.

ma de conocer la realidad. Las dificultades del conocimiento impiden hablar de un molde predefinido sobre el cual efectuar la comparación o para erigirlo como unidad de medida.

Siguiendo ese modo de pensar, diremos aquí, analizando el contexto anterior a que se presentaran y justificaran las teorías heliocéntricas (Copérnico y Galileo), que sostener que la idea geocentrista —en su tiempo de vigencia— era falsa, porque con el tiempo se descubrió una mejor justificación sobre la conformación del universo, lo que es equivalente a afirmar que existe una verdad predeterminada —objetiva— y que resulta indiferente que nadie pueda conocerla, resulta inviable en términos lógicos, puesto que, en nuestro criterio, al hacerlo, se sustrae unos de los elementos que califican el término: el contexto de justificación.

Seguramente, en un tiempo, cuando el conocimiento progrese, nuestros descendientes, en tres o cuatro generaciones, descubrirán que nosotros vivimos equivocados sobre el conocimiento que tenemos respecto de algunas cuestiones. Pero no por ello dejaremos de manejarnos en la actualidad con base en los preceptos que, por su grado de justificación y aceptación, asumimos como verdaderos. Tampoco sabríamos hoy cuáles serán las opiniones mal justificadas en el presente.

Mirando la cuestión desde otro ángulo, es necesario reflexionar y poner entre paréntesis la idea contraria: de qué sirve sostener la existencia de una verdad a la que nadie puede acceder. Ello sería equivalente a sostener que hay algo objetivo, que excluye al sujeto que lo observa, lo cual es una contradicción en sus propios términos⁸.

III. EL PROCESO Y LOS RELATOS

Los conceptos expuestos, en la medida en que los conflictos se resuelven mediante la comprobación de sucesos en un contexto determinado, pueden ser trasladados a la órbita del derecho procesal, dejando desde ya aclarado que el problema del conocimiento no es exclusivo de la astronomía, ni de las ciencias naturales.

El proceso puede explicarse de diferentes maneras dependiendo del foco que se utilice para su análisis y de las necesidades pedagógicas del caso. Ello no es equivalente a afirmar que necesariamente una descripción del fenómeno desplace o anule a la que la precedía, ni que una de ellas pueda erigirse en una verdad inmutable hasta el arribo de otra más convincente que automáticamente reemplace a su antecesora.

Definir el proceso como un contrato, como una relación jurídico-procesal, como una situación jurídica o como un sistema⁹ implica elegir una mirada que será más o menos útil a la hora de sustentar una teoría explicativa. Elegiremos en este ensayo la tesis que sostiene que el proceso es un compendio de versiones o de relatos que se van construyendo sucesivamente¹⁰.

⁸ Salgado, José María - Trionfetti, Víctor, “‘Colalillo’ a contraluz...”, cit.

⁹ La evolución de las distintas teorías del proceso, desarrolladas cada una de ellas por Aubry y Rau, Demolombe, von Bullow, James Goldschmidt y von Bertalanffy, respectivamente, pueden ser consultadas en, Falcón, Enrique M, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 717.

¹⁰ Trionfetti, Víctor, “La construcción de los hechos en el proceso, Prueba - I”, *Revista de Derecho Procesal* 2005-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 105-112.

Solemos afirmar, sin pensarlo demasiado, que son las partes quienes “aportan” los hechos al proceso. Pero, ¿qué queremos decir con eso? Fácilmente puede advertirse que los hechos no pueden llevarse o traerse, no pueden ser apilados en un estante, ni desechados en el bote de la basura. Los hechos “aportados” por las partes no son llevados por los letrados en su maletín, ni anejados por los empleados judiciales al expediente, ni pueden ser desparramados en el escritorio del juez al momento de dictar sentencia. Los hechos en el proceso no se corporizan, se construyen históricamente mediante distintos relatos que hablan de su ocurrencia.

El actor, en su escrito introductorio, dará una versión de la historia que abrirá el litigio, afirmando una secuencia fáctica que sustentará su pretensión; la demandada, según cuál sea la actitud que asuma frente al emplazamiento, podrá rebatir esas afirmaciones y aportar su descripción de lo ocurrido. De este cruce de relatos emergerá el objeto de la prueba, los hechos controvertidos por las partes que sean conducentes para la resolución del conflicto.

El proceso se ocupa, en general, de hechos ocurridos en el pasado y por distintos medios intenta reconstruirlos. Es evidente que es imposible concebir la reiteración de un suceso, sencillamente porque cada acontecimiento es único en su momento y el razonamiento humano —en el que se aloja la concepción temporal de las cosas— no admite la reescenificación como una vuelta al pasado. Es que, aunque lleguemos al extremo imaginable, como lo hizo Pierre Menard al intentar escribir el *Quijote*¹¹, el pasado ha quedado fuera de nuestro alcance aun para repetirlo en el futuro. Cualquier intento de hacerlo, por definición, será algo distinto a lo ya sucedido.

La tarea reconstructiva que se emprende en el proceso abrevará de todos los rastros o registros (fuentes de prueba) que el suceso investigado ha dejado en el mundo. Las normas procesales suministrarán las herramientas (medios de prueba) mediante las cuales se edificarán los relatos. Las reglas del proceso dificultarán el conocimiento, pues en la tensión entre la investigación exhaustiva —y el tiempo que ello irrogaría— y el cierre del conflicto, los legisladores han elegido este último camino. Por ello, los aportes epistémicos que podrían ser conseguidos se verán troquelados por lo que dispongan las partes al relatar los hechos y ofrecer la prueba (teniendo en cuenta que el objetivo de los litigantes es validar su versión y no averiguar su “verdad”), por el sistema de preclusión, por la caducidad y la negligencia en la producción de los elementos de convicción, por la prueba ilícita y excluida, etc. Es decir, la investigación de los hechos no será libre, no se seguirán todas las hipótesis posibles, no se agotará la búsqueda de elementos para justificar la decisión. El proceso exige un sacrificio epistémico¹².

Un nuevo relato, condicionado del modo enunciado, emergerá de la actividad probatoria. Las partes serán citadas a recrear un tipo de discurso, la confesión; se con-

11 “No quería componer otro Quijote —lo cual es fácil— sino el Quijote. Inútil agregar que no encaró nunca su transcripción mecánica del original; no se proponía copiarlo. Su admirable ambición era producir unas páginas que coincidieran —palabra por palabra y línea por línea— con las de Miguel de Cervantes. ... ‘Mi empresa no es difícil, esencialmente’ leo en otro lugar de la carta. ‘Me bastaría ser inmortal para llevarla a cabo’”, Borges, Jorge L., “Pierre Menard, autor del Quijote”, *Ficciones. Obras Completas*, t. I, Emecé, Buenos Aires, 1993, p. 444.

12 Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 41.

vocará a los testigos a describir lo que hubieran percibido mediante sus sentidos; los contendientes explicarán el valor probatorio de los documentos a efectos de formar convicción en el juez; el encargado de decidir podrá efectuar un reconocimiento de las cosas y explicar sus percepciones en la sentencia; los peritos brindarán un relato técnico que explicará la forma en que la ciencia o el arte en que se especializan interpreta los rastros dejados por el hecho en estudio.

El relato final estará a cargo del juez. Éste reconstruirá la historia valorando las versiones disponibles a la luz de las reglas de la sana crítica, de las presunciones legales, de la conducta de las partes y de las cargas probatorias. Presentará un relato propio y definitivo de lo ocurrido. Luego, buscará la norma del ordenamiento que resulte aplicable a las circunstancias fácticas reconstruidas y, como performador de la realidad¹³, dará una respuesta a la controversia que modificará el estado de cosas hacia el futuro.

IV. EL RELATO CIENTÍFICO Y SU CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN

La prueba pericial científica recoge los registros o rastros dejados en el mundo por el hecho en reconstrucción y, luego de estudiarlos, aporta un relato técnico que los interpreta. Este relato en muchos casos lleva el análisis de las cosas hasta las fronteras del conocimiento humano.

La ciencia es uno de los medios primordiales de los que se vale la prueba pericial en general, lo que diferencia a la prueba científica es que los conocimientos científicos son novedosos y complejos¹⁴. Cuando el objeto de la pretensión o el contenido del proceso lo reclaman, este tipo de prueba se subordina al prisma jurídico —bilateralidad, contradictorio y sana crítica—, respetando la lógica interior de cada ciencia —principios, fundamentos y trayectorias—¹⁵.

De este modo, el experto, científico, valiéndose de las evidencias con las que cuenta en cada proceso, deberá interpretarlas utilizando las reglas de su arte; claro que lo hará de acuerdo con el grado de evolución en que éste se encuentre. Es claro que ése será el límite infranqueable del conocimiento, y del relato, de que se dispondrá en el litigio.

En simple apariencia, el relato científico puede presentarse como un conocimiento irrefutable, que lo sitúa como una apreciación única, inmodificable y certera de la realidad y que, no existiendo otra, podría ser adoptada como una pauta de verdad absoluta. Sin embargo, existe otra realidad que no puede ser desconocida¹⁶.

¹³ Cárcova afirma que al decidir "...constituye la realidad jurídica de un modo semejante al que el novelista constituye la realidad de sus ficciones, o el cronista la de su crónica, al privilegiar algún dato, descartar otro, hipotetizar un tercero", Cárcova, Carlos M., "Sobre el razonamiento judicial", JA, Razonamiento Judicial.

¹⁴ Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 64.

¹⁵ Morello, Augusto M., *La eficacia del proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 515; Morello, Augusto M., "La prueba científica", LL 1999-C-879.

¹⁶ No abordamos el control que puede efectuarse del procedimiento técnico que efectúa el científico para llegar a sus conclusiones. Es decir, si estudió el registro apropiado o existió algún tipo de adulteración en dicho material. Se trata de un condicionante, entre tantos, que hará variar los resultados y que puede ser controlado en el marco del proceso.

Es inherente a todas las ciencias la búsqueda de superación del conocimiento. Se trata de un objetivo que no marca un punto de llegada sino que impulsa una indagación constante. Es consecuencia de lo expuesto, y de todo lo que hemos explicado al analizar el caso de Galileo, que el saber con el que hoy se cuenta siempre será diferente, más allá de su valoración, del que se dispondrá en el futuro y ello repercutirá en los relatos científicos.

Los postulados fácticos tienen siempre como límite el conocimiento científico disponible en una época determinada. Ello no implica que, transcurrido un tiempo en la actividad de que se trate, en un tiempo posterior, ese mismo aserto pueda ser comprobado merced a un avance en el conocimiento. El factor temporal, que incesantemente modifica los contextos de justificación, tiene una incidencia principal en los límites del conocimiento científico y, consecuentemente, en los límites discursivos que pueden utilizarse para dar sustento o refutar determinada proposición. La incidencia del tiempo —factor que determina el contexto y las referencias— sustrae la absolutidad del conocimiento.

El contexto en que una proposición es afirmada, o un hecho es descrito, es un elemento determinante del concepto de verdad. Es que una afirmación, necesariamente, podrá ser verificada o refutada según cuál sea el marco teórico en que se la postule. Los marcos teóricos o contextos también son construidos, y es allí donde discernimos sobre la validez de las descripciones. El marco teórico, a su vez, está inmerso en la misma lógica de verificabilidad, será aceptado cuando supere los cuestionamientos que contra él puedan formularse. Así lo hizo Galileo al invalidar la tesis geocéntrica y demostrar el paradigma heliocéntrico postulado por Copérnico.

En ese escenario, la prueba científica podría ser definida —en uno de sus tantos aspectos— como una exposición radiográfica de determinados sucesos en un tiempo determinado; un corte transversal que explica los hechos en un momento, que seguramente los explicaría de otra manera en otro tiempo —anterior o posterior—.

Es claro que el factor temporal no aqueja solamente a la prueba pericial científica, sino a todos los medios probatorios por igual y a la posición de los sujetos que deben vertebrar dichos elementos para hilvanar el proceso. En la medida en que el tiempo transcurre, el testigo va perdiendo las percepciones que tuvo de los hechos, los documentos se deterioran, las cosas que podían ser reconocidas judicialmente se modifican. Los rastos y registros se van esfumando, se incorporan al paisaje y, finalmente, desaparecen.

V. LA COSA JUZGADA COMO INSTITUYENTE DEL RELATO FINAL

Expresado el último relato del proceso —la sentencia—, en el que se estableció la versión oficial de los hechos, se declaró el derecho de las partes y cuando contra él no existen medios de impugnación que permitan su modificación, se dice que la decisión pasó en autoridad de cosa juzgada¹⁷.

La cosa juzgada recogerá la sucesión de relatos que la precedieron, los que serán desbrozados y tamizados por la actividad intelectual del juez. Esta última se encontrará acotada —como regla emanada del principio dispositivo— a los límites impuestos

¹⁷ Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 401.

por las versiones (fuentes y medios de prueba) aportadas por las partes y, sin evadirse de ese cerco, deberá efectuar la ponderación de los relatos.

A dichos límites debemos agregar los que la propia ciencia impone de acuerdo con su grado de evolución. Entonces, como ya dijimos, el relato científico podrá variar según la época en que se produzca, aunque no sean distintas las fuentes de prueba que lo inspiren.

De tal suerte, si tenemos, por una parte, que la prueba pericial científica llevará el conocimiento humano a resultados superadores y, por tanto, diversos a los obtenidos previamente, y que la cosa juzgada es el relato final que pone fin a la discusión, se presenta el dilema que motoriza estas líneas: ¿será necesario rever el proceso decidido sobre la base de postulaciones científicas obsoletas, cuando el avance de la actividad de que se trate indique que los límites del conocimiento se han movido?

VI. LA FINALIDAD DEL PROCESO

Antes de proseguir con el análisis es necesario determinar cuál es la finalidad del proceso: pacificar conflictos o investigar la verdad. Podría ocurrir, sin embargo, que dichos conceptos no resulten excluyentes entre sí como muchas veces son presentados.

Aquellos que sostengan que el proceso es un medio para dirimir conflictos o controversias no tendrán mayores problemas en afirmar que, dictada la sentencia, la discusión precluye y no puede ser reabierta una vez que adquiere firmeza la decisión de mérito¹⁸. La idea de que la verdad es un elemento inalcanzable en el proceso, en gran medida, sustenta esta postura¹⁹.

En este ideario, el Estado, responsable del servicio de justicia, habrá diseñado un sistema para que todos los conflictos sometidos a la jurisdicción lleguen, en algún momento, a una decisión final. Los efectos duraderos o definitivos de esas decisiones anclan en razones de seguridad jurídica, ya que no sería dable imaginar una sociedad que debata indefinidamente los mismos conflictos. Quienes siguen esta corriente de pensamiento destacan, además, los beneficios de la estabilidad de la decisión, al prevenir el escándalo que operaría en el sistema de existir, sobre una misma cuestión, decisiones encontradas.

La estabilidad e inmutabilidad de lo decidido se encuentran sumamente vinculadas con el sistema preclusivo y hacen a la eficacia y credibilidad del instituto, cuando no del proceso como herramienta pacificadora. El fundamento de la inmutabilidad responde a una definición de carácter político-jurídico del Estado en tanto ejerce su potestad de fijar las normas procesales y el diseño de un debate finito, el que, como se dijo, una vez concluido, no tiene vuelta atrás.

Empero, este planteo presenta un interrogante de peso que lo puede hacer trastabillar. Tal es el caso cuando se advierte que una decisión judicial firme se ajusta a parámetros que no se condicen con el conocimiento que se tiene del mundo.

¹⁸ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Valletta, Buenos Aires, 2005, p. 324.

¹⁹ Para profundizar en las diversas corrientes en torno a la imposibilidad de obtener la verdad de los hechos en el proceso, puede consultarse Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2005, p. 27.

Desde otro punto de vista, en un esquema presentado en oposición al anterior y sustentado en la legitimidad de las decisiones, de la prestación del servicio de justicia por parte del Estado y de la credibilidad en el sistema, hay quienes sostienen —con contundencia— que las sentencias judiciales sólo pueden basarse en la verdad de los hechos. Así, se observa que el objetivo institucional del proceso es la averiguación de la verdad, puesto que ello es necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta. Se afirma que debe distinguirse entre la validez y la verdad de la decisión; sólo si aquélla se basa en la verdad de los hechos del mundo podrá hablarse del segundo tipo²⁰.

Explicar a la comunidad que los hechos que contienen como presupuestos las leyes son verificados por organismos del Estado en forma previa a aplicar la consecuencia jurídica contenida en la norma es dar credibilidad a aquel que ha monopolizado el uso de la fuerza y que fija las pautas de convivencia. Diversos interrogantes envuelven la propuesta: ¿es posible verificar la verdad de los hechos?, ¿en qué términos debe relativizarse esa afirmación?, ¿cómo se congenian las reglas del proceso que tienden a su conclusión con el tiempo que insume una investigación exhaustiva que agote las hipótesis posibles?

Pensamos que, a partir de un sinceramiento de los límites, tanto de la actividad epistémica como de las necesidades del proceso, los esquemas presentados como antagónicos tienen un punto de convergencia o equilibrio.

Existen numerosos obstáculos que impiden cumplir con la premisa: obtener “hechos verdaderos” en tanto se intente realizar un contraste con algo externo e inmutable. El conocimiento de las cosas es variable y depende del modo en que ellas son apreciadas por el observador y de las relaciones que establezca del objeto de estudio con el mundo. Por ello no es posible acceder a un postulado que sea calificado como “verdadero” en forma inmutable y perenne²¹. Por el contrario, la aceptación del enunciado será verdadera en tanto se den las razones por las cuales lo es, cuando aparezcan motivos que indiquen otra cosa deberemos cambiar nuestras creencias o, al menos, preguntarnos si deben ser mantenidas²². Otro modo de actuar nos acercaría peligrosamente a la figura del cardenal Bellarmino. Por ello, el concepto de verdad, como ya lo hemos indicado, debe ser abordado desde la triangulación hablante, oyente y entorno²³.

Desde otra mirada, el intento denodado por alcanzar ese postulado, aun cuando se lo acote a la idea de verdad como justificación, podría conllevar a extender y prolongar en el tiempo la resolución de un conflicto si se intentara coleccionar la mayor can-

²⁰ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración...*, cit., p. 77.

²¹ Engel, Pascal - Rorty, Richard, *¿Para qué sirve la verdad?*, Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 28.

²² Así, toda creencia será “verdadera” en tanto sea suficientemente justificada. Si tengo dudas concretas y específicas respecto de alguna de mis creencias, sólo puedo resolverlas preguntando si están adecuadamente justificadas, buscando y sopesando razones suplementarias en pro y en contra. En tal sentido, siguiendo estos postulados, no encontramos mayores diferencias entre verdad y justificación. Rorty, Richard, *Verdad y progreso*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 14.

²³ Rorty prefiere hablar de asertabilidad garantizada. Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, p. 23.

tividad de relatos posibles para fundamentar la sentencia. Dicha circunstancia resultaría negativa en términos sociales.

Por lo demás, aun cuando el sistema procesal careciera de reglas probatorias —contraepistémicas— tampoco sería factible alcanzar la “verdad de los hechos” en tanto correspondencia. Si el conocimiento científico se basa en un concepto de verdad sustentado en el contexto de justificación, lo que debemos exigirle al juez no es la búsqueda de una entelequia, sino que exprese los motivos o fundamentos de sus decisiones; que indique qué lo ha llevado a tener por sucedido un hecho, cuáles son los motivos que determinan no sostener una conclusión contraria; por qué siguió una línea de justificación y no otra; en qué se basó para atender a la declaración de una persona y desechar la de otro declarante, etc.

Todo ello, en definitiva, es fundamentar una verdad contextual y subjetiva en la que se basa una decisión. La tarea, en tanto justifica con los elementos disponibles un enunciado, no presenta grandes diferencias con la actividad que puede realizarse en cualquier otro ámbito para obtener conclusiones determinadas, de allí que descartemos la existencia de una verdad procesal diferente a la que puede obtenerse fuera del litigio. El sacrificio epistemológico exigido por el proceso responde a la necesidad de poner fin a la discusión y reposa en decisiones políticas, legislativas, históricas, sociológicas y de muchas otras índoles, objetivo que no está necesariamente contrapuesto con la obtención de una decisión justificada. Por ello, y he aquí la convergencia o situación de equilibrio entre ambos postulados, el fin del proceso es la solución de conflictos mediante sentencias que expliquen fundadamente cuál es la versión de los hechos aceptada para hacerlo.

Queda interrogarnos, como decisión sistémica, cuáles son los mecanismos —facultades probatorias de los jueces, sistemas no preclusivos en materia de prueba, instancias más amplias de revisión— que estamos dispuestos a admitir para nutrir el discurso del juez a la hora de fundar el relato que aportará en la sentencia. Pero ese análisis debe ser parte de otro ensayo.

VII. LA COSA JUZGADA, LA PRUEBA OBSOLETA Y LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

Retomando el interrogante que hemos dejado planteado, ¿será válida una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que se fundó en una prueba determinada que, con el transcurso del tiempo, es superada por métodos novedosos que arrojan otros resultados y, consecuentemente, habrían conducido a otra solución?

Recordemos que, conforme se ha establecido, resultan revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación; no puede reconocerse eficacia a la sentencia dictada en un juicio en que se ha incurrido en estafa procesal²⁴. Por ello no puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en

²⁴ Corte Sup., 19/2/1971, “Campbell Davidson, J. C. v. Provincia de Buenos Aires”, ED 36-288; Fallos 279:59.

el que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y de prueba²⁵.

Configurados ciertos vicios graves²⁶ es factible dejar sin efecto la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; se requiere para ello un proceso de conocimiento amplio en el que se esgrima una pretensión declarativa invalidatoria²⁷.

Aclaremos que el supuesto que traemos a consideración se origina en una prueba científica efectuada de acuerdo con las reglas de la ciencia en el tiempo en que aquélla se realizó²⁸. Excluimos los supuestos de vicio, error, maquinación, colusión o déficit en la elaboración. Nos referimos a un proceso no viciado en el que el experto científico arribó a conclusiones consideradas válidas y “verdaderas” por la comunidad científica del rubro de que se trate.

Opinamos que la vía de revisión de la cosa juzgada nula o írrita no resulta apropiada, ya que el camino recorrido en ese proceso, los relatos científicos incorporados y la construcción de la versión final no se sostiene en bases viciadas. Son relatos que en su momento lucieron como verdades y que la propia ciencia se encargó, como suele ocurrir habitualmente, de convertir en falsedades. Sin embargo, en nuestro entendimiento, se encuentra ausente el elemento que autorice la apertura de un trámite autónomo de nulidad en los términos en que ha sido apuntado—o que interpretamos que lo ha sido— por doctrina autorizada²⁹.

²⁵ Corte Sup., “Tibol”, Fallos 254:320; “Bemberg”, Fallos 281:59; “Atlántida”, Fallos 283:66.

²⁶ En ese sentido, el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, elaborado por Morello, Arazi y Kaminker, establecía: “Art. 691. Procederá la acción tendiente a la declaración de nulidad de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, si se satisfacen los siguientes requisitos: 1) que aquélla adolezca de vicios esenciales, tales como haber sido culminación de un proceso aparente o írrito, simulado o fraudulento, resultar de actividades que hayan determinado vicios de la voluntad u otros sustanciales. 2) Que exista interés actual en la declaración de nulidad”.

²⁷ Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, Platense, La Plata, 1977. Morello, Augusto M., “Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita”, ED 36-288. Peyrano, Jorge W., *Acción de nulidad de la sentencia firme. Proceso atípico*, parte 2a., Universidad, Buenos Aires, 1984.

²⁸ Algunos autores, en oposición a nuestra postura, asimilan la revisión de la sentencia por un avance científico con la cosa juzgada írrita en la que existe un vicio que la nulifica. “La injusticia propiamente dicha: se verifica en aquellos supuestos en donde si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales su aplicación genera una situación de extrema injusticia”, Gil Domínguez, Andrés, “La acción de nulidad por cosa juzgada írrita. Aspectos formales y sustanciales”, LL 2006-B-808; Famá, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 595-624; Rodríguez Fannelli, Lucía - Fernández, Silvia E., “Prueba científica y revisión de la cosa juzgada en materia de filiación”, DJ del 26/3/2008, p. 778.

²⁹ “En suma, vale repetir —pordónesenos la hipérbole— que los vicios que autorizan la revisión de la cosa juzgada —en el sentido ya apuntado— son aquellos de tipo sustancial que se cuelan en el pleito, y que se descubren —por regla— luego que el fallo quedó firme; pues si se advierten antes deben ser atacados por las vías normales. Se produce este tipo de déficit, por ejemplo, cuando hay prevaricato, o si el pronunciamiento se ha apoyado en testigos, que

Podrá argüirse que ahondar en la diferenciación que anunciamos representa una disquisición baladí o meramente académica; sin embargo, nosotros pensamos en forma diferente.

Como lo señalamos, la pretensión autónoma de nulidad de la cosa juzgada tiene como presupuesto inexorable la existencia de un vicio sustancial en el proceso —no sólo en la prueba— que por maquinación, colusión, error, dolo, etc., lleva a considerar que se ha desplegado una actividad determinada que ha conducido a una sentencia viciada de nulidad. En ese sentido, quien esgrima este tipo de pretensión deberá argumentar y probar la existencia de un vicio grave que desvirtuó la utilidad del proceso.

El planteo de revisión de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que no adolece de vicios, sino de la candidez de la ignorancia, anclará en otro tipo de argumentaciones. No será necesario alegar deficiencia alguna, ya que, como dijimos, la decisión se sustentó en antecedentes considerados verdaderos en su tiempo. El acervo argumental de la pretensión deberá abreviar de la evolución de la ciencia, su contraposición con la decisión anterior y la posibilidad de arribar a resultados distintos con base en los nuevos conocimientos, inexistentes a la época del proceso precluso.

Como se advierte, el segundo planteo resulta mucho más acotado, dado que circunscribirá a los medios probatorios, a su evolución y a la posibilidad de arribar a un resultado diverso que modifique la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

VIII. LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA NO VICIADA³⁰

La propuesta a analizar, como se anticipa en el título del acápite, es la posibilidad de revisar en el proceso civil, en algunos casos específicos, la *res judicata*, en orden a asumir que la verdad contextual volcada en la sentencia, como el conocimiento en general, no representa un valor absoluto. Hacerlo es revivir el derecho de acción, restablecer la discusión de una pretensión sobre la que existe declaración de certeza jurídica, peticionar ante las autoridades para decirles que están equivocadas, poner en

a posteriori fueron condenados por falso testimonio. Allí sí hay que poner en marcha el trámite revisorio”, Hitters, Juan Carlos, “Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”, LL 1999-F-996.

³⁰ El art. 241, ley 50, instaurada el 25/8/1863 —derogada por el art. 820, ley 17.454 (BO del 7/11/1967)—, preveía un recurso de este tipo. Se encontraba limitado a los casos en que la Corte Sup. dictaba sentencias en instancia originaria (ver art. 2º, ley 4055, y Fallos 36:215 y 118:291) y fue creado por el art. 7º, ley 27. Tenía lugar en los siguientes supuestos: 1. cuando la sentencia definitiva de la Corte Sup. hubiere recaído sobre cosas no pedidas por las partes; 2. cuando se omitiere proveer sobre algunos de los capítulos de la demanda o la reconvencción; 3. cuando después de pronunciada la sentencia definitiva, la parte perjudicada hallase o recobrase documentos decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; 4. cuando la definitiva se hubiere pronunciado en virtud de documentos reconocidos o declarados falsos, ignorándolo el recurrente, o cuya falsedad se reconociere o declarase después y 5. cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial o de posiciones, alguno de los testigos o la parte absolvente fueren condenados como falsarios en sus declaraciones. Su interpretación era considerada restrictiva porque privaba de autoridad a la cosa juzgada e improcedente si los demás elementos acumulados son suficientes para mantener la decisión (Corte Sup., 13/7/1925, “Provincia de Córdoba v. Don Miguel Araya s/reivindicación. recurso de revisión”, Fallos 144:18). Ver Jofré, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, t. IV, 5a. ed., Buenos Aires, 1943, ps. 253-259.

tre paréntesis un supuesto bien incorporado al derecho de propiedad o el *non bis in idem*, etc., ¿pero qué costo subyace a estos matices? ¿Qué necesidad justifica remover todo lo decidido, volver a hurgar, a escudriñar en algo supuestamente liquidado? Tal vez la certeza jurídica no nos tranquilice sino posee la argamasa de la justicia.

Entendemos que los conflictos deben ser resueltos en un tiempo oportuno y, por ello, limitado, que deben llegar a un punto final, ello es necesario para lograr la paz social que permita la vida en comunidad³¹. En ese sentido, la inmutabilidad de la cosa juzgada juega un rol fundamental que sostiene la credibilidad del sistema. De tal suerte, debemos aclarar, antes de continuar con el desarrollo, que la hipótesis que planteamos responde a supuestos de absoluta excepción, en los que la entidad del derecho debatido y la evidencia derivada de los cambios de paradigma o nuevos elementos en la ciencia marcan un resultado poco valioso³². La doctrina ha abordado la cuestión, acertadamente, desde la óptica de la prueba genética en materia de filiación y los casos decididos con anterioridad a que aquella estuviera disponible³³. Una diferencia no menor con la mayoría de los trabajos citados es que nosotros no objetamos la calificación de verdad contextual al resultado del pleito cuya revisión se pide;

³¹ Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, cit., t. 1, p. 170.

³² Arazi propicia que, frente a nuevos avances de la biología y de los estudios para determinar con certeza la filiación de una persona, es posible revisar las sentencias que se fundaron en conclusiones que luego se consideren erróneas. Arazi, Roland, "La prueba en el juicio de filiación, Prueba - II", *Revista de Derecho Procesal* 2005-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 305-321.

³³ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 62; Tierra, Raúl, "Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia", *JA* 2006-I-1314; Famá, María Victoria, *La filiación...*, cit., ps. 595-624. Ponencias del Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Mar del Plata en 2007: Carbone, Carlos A., "La prueba científica ¿evidencia de un juez de toga blanca? Necesaria descripción para enfrentar el dilema de su valoración judicial" "La prueba científica ¿evidencia de un juez de toga blanca? Necesaria descripción para enfrentar el dilema de su valoración judicial"; Leguisamón, Héctor E., "Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas (Pruebas científicas del ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación)"; Falcione, María Agustina, "Pruebas científicas y biológicas"; Arday, Leandro, "Cosa juzgada y nuevas pruebas"; Ávila Paz de Robledo, Angélica, "Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas"; Rodríguez Fanelli, Lucía - Fernández, Silvia E., "Prueba científica y revisión de la cosa juzgada en materia de filiación". Krasnow, Adriana N., "El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo", *LL* 2007-A-443, íd., "La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?," *LLLitoral*, septiembre 2007, p. 834; Arazi, Roland, "El orden público y las normas procesales: la cosa juzgada", *RDPyC*, Orden Público y Buenas Costumbres, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007; Rodríguez Fanelli, Lucía - Fernández, Silvia E., "Prueba científica...", cit., p. 778; Andrade, Antonio, "El derecho a conocer 'la verdad biológica' en conflicto con otros derechos fundamentales", *DJ* del 17/6/2009, p. 1609; Midón, Marcelo S., *Libro de ponencias del Congreso Nacional de Mar del Plata*; íd., "Pruebas biológicas y cosa juzgada. ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas? Prueba - I", *Revista de Derecho Procesal* 2005-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 261-277; íd., *Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre de derecho*, Jurídica Cuyo, Mendoza, 2005; íd., en Midón, Marcelo (dir.), *Tratado de la prueba*, De la Paz, Córdoba, 2007, e íd., *Derecho probatorio. Parte general*, Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007.

sencillamente, asumimos que el contexto en el cual se evaluará de nuevo la cuestión es distinto y, por ello, la justificación del resultado podría variar³⁴.

A efectos de intentar delinear el contorno de la propuesta se plantean diversos andariveles de análisis. Por una parte, como se hizo, diferenciar la revisión por evolución de la ciencia de la pretensión de nulidad por cosa juzgada írrita. Por otro costado, ponderar los valores en juego que enfrentan la seguridad de la inmutabilidad de las decisiones con la aceptación de la evolución del conocimiento. Finalmente, intentar trazar algunos conceptos que permitan delimitar el ámbito de acción del instituto.

1. La revisión en el proceso penal

El art. 479, CPCCN, establece la posibilidad de instar un recurso de revisión, en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes³⁵. Entre los cinco acápites que prevé la norma encontramos diversas causales, desde la ilicitud de las pruebas, la comprobación de hechos inconciliables en otra sentencia, la aplicación de una ley penal más benigna y, en lo que a nosotros nos interesa, cuando “después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable” (inc. 4º).

Estrictamente no se trataría de un recurso, dado que la existencia de una sentencia firme permite concluir que se han agotado las vías impugnativas contra aquélla, sino de una pretensión invalidatoria autónoma³⁶. Se sustenta en la existencia “...de circunstancias externas con respecto al proceso ya concluido por condena firme, que

³⁴ La ley 26.853 (art. 11), que crea las cámaras federales de casación, introdujo a nivel federal el recurso de revisión de la cosa juzgada írrita. “Art. 297.— El recurso de revisión procederá contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288, cuando las mismas hubiesen quedado firmes, si la sentencia hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable”.

³⁵ “Capítulo VII - Recurso de revisión. Procedencia. Art. 479.— El recurso de revisión procederá, en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando: 1º) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable. 2º) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 3º) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 4º) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable. 5º) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”.

³⁶ Palacio, Lino E., *Los recursos en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 200.

no pudieron ser consideradas en ella por surgir o advertirse después de haber pasado en autoridad de cosa juzgada³⁷.

Lógicamente, la condena de privación de la libertad importa la restricción de un derecho de máxima sensibilidad constitucional que justifica de manera amplia la disposición en comentario. En el proceso civil, entre la diversidad de cuestiones de las que se ocupa, también puede ser necesaria una herramienta de este calibre.

Como se advierte, la norma comprende hechos o pruebas sobrevivientes o desconocidos, por lo que resulta de mayor amplitud que el supuesto que venimos describiendo en este ensayo, dado que incluye las pruebas desconocidas o no aportadas al proceso.

2. Pruebas inexistentes o desconocidas

Una de las características de la cosa juzgada es que "...precluida no está solamente la facultad de renovar las cuestiones que fueron planteadas y decididas, sino que precluida está también la facultad de proponer cuestiones no planteadas y que habrían podido plantearse"³⁸.

Entonces, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ampara no sólo las peticiones sometidas al debate, sino todas aquellas que, sin ser motivo de un pronunciamiento expreso, han sido resueltas "implícitamente", en un sentido u otro, como lo expresa el clásico *brocardo tantum iudicatum quantum disputatum, vel quantum disputari, debebat*³⁹.

Es así que, sin perjuicio de la utilización de la pretensión autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita como proceso impugnativo para aquellos casos en que la decisión se vio incidida por el ocultamiento de pruebas existentes —retenidas por fuerza mayor, ilegítimamente por la contraria, falsedad de las conclusiones científicas, dolo, violencia, etc.—, la vía de revisión que analizamos se encontrará restringida a aquellos supuestos en los que, al momento de examinar los registros, la ciencia no contaba con la técnica o el conocimiento suficiente para arribar a la conclusión a la que se llega en un tiempo posterior en el que aquel litigio se encuentra juzgado.

Quien no ofreció un medio probatorio que tenía a su alcance en el tiempo en que litigó no podrá acceder luego al intento de revisar la decisión. Su propia negligencia hará que los derechos del vencedor queden amparados bajo la capa de la cosa juzgada.

3. Pruebas o hechos

El principio expresado en el acápite que antecede, en tanto indica que la cosa juzgada alcanza a aquellas cuestiones no planteadas y que habrían podido plantearse, comprende —en nuestro criterio— a los hechos. Por ello, la vía de la revisión será

³⁷ Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal penal*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 210.

³⁸ Chiovenda, Giuseppe, "Cosa juzgada y preclusión", *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III, trad. S. Sentís Melendo, p. 229.

³⁹ Fenochietto, Carlos E., "Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada", LL 1988-E-334.

apta en tanto se juzguen los mismos hechos ponderados en el proceso precluso; no podrá dirigirse, en cambio, a hechos que podrían haberse alegado y no fueron materia de debate. Ahora bien, los hechos posteriores no se encontrarán dominados por la cosa juzgada, por lo que, en lugar de la revisión, podrá plantearse directamente un nuevo litigio⁴⁰.

4. Pauta de acceso

Quizá sea éste el punto más sensible en el análisis. Ello, por cuanto si la regla esbozada indica que la cosa juzgada es inamovible, no todo conflicto podrá ser revisado ante la proliferación de la ciencia. Efectuar un planteo de mayor amplitud, si bien es posible, debilitaría demasiado el instituto de la cosa juzgada y, con pocos argumentos constitucionales, resultaría violatorio de los derechos adquiridos por el vencedor sin que se presente una prerrogativa contraria de entidad superior. Debemos seleccionar, pues, qué controversias merecen acceder a la vía de excepción.

Entonces, ¿cuál será la pauta de acceso?, ¿casos en los que esté en juego el orden público?, ¿la identidad o filiación de las personas?, ¿excluiremos supuestos patrimoniales?

Resulta por demás dificultoso trazar una regla de admisibilidad; intentar expresarla mediante una casuística creemos que es imposible. La tarea consiste en dirimir la colisión de derechos existentes mediante el juicio ponderativo de los valores involucrados⁴¹. La opción sería ponderar el caso juzgado y su decisión y contraponerlo con el derecho cuyo reconocimiento ha sido denegado. Y en aquellos supuestos en que mantener la cosa juzgada vulnera valores constitucionales superiores al valor seguridad jurídica —estabilidad de la decisión— que aquélla protege, y convergiendo los restantes recaudos enunciados, deberá concederse la posibilidad de revisar la *res judicata*.

5. Límite temporal

La evolución de la ciencia es incierta. Muchas veces puede darse un salto en un día y lograr aquello que se había negado por años; otras veces, en cambio, un conocimiento perdura siglos al no surgir otro que lo jaquee.

Entendemos que, como principio, no puede fijarse un límite para ejercer la pretensión revisora; es que ello subsumiría la vía y su ejercicio a un contexto de prosperidad científica en que pudiera ser aprovechado.

⁴⁰ Obviamente que nos referimos a aquellos hechos que tengan entidad por sí solos, sin depender o estar ligados a los que ya han sido materia de debate judicial, para efectuar el reclamo. El ejemplo son los daños que se van renovando en distintos tiempos. Es posible que se rechace el reclamo en un tiempo por carecer de los elementos científicos para probar la causalidad y que, renovado el perjuicio, se vuelva a reclamar por dicho desmedro sin que se pueda hablar de cosa juzgada.

⁴¹ Famá, María Victoria, *La filiación...*, cit., p. 604.

Sí en cambio, podría establecerse un límite a partir de que el avance se ha verificado, aunque esto debería, además, conjugarse con el conocimiento del evento por parte del interesado.

6. ¿Debe ser legislada la “acción de revisión”?

Desde el punto de vista estrictamente procesal, intentar legislar un instituto denominado “acción de revisión” importaría retrotraer la materia a una etapa superada en la que la ciencia procesal carecía de autonomía y era considerada un apéndice de procedimientos judiciales y práctica forense incorporado a los códigos materiales —esto fue así hasta mediados del siglo XIX⁴². Hasta ese entonces se pensaba de esa forma siguiendo la doctrina de Savigny, de acuerdo con la tradición histórica romana según la cual derecho subjetivo y acción eran una misma cosa; se trata de una visión monista conforme la cual la acción no es más que una forma de hacer valer un derecho⁴³.

El surgimiento de la acción como un concepto autónomo, algo distinto al derecho subjetivo, aparece a partir de la fractura entre el derecho público y el derecho privado⁴⁴. La acción, en sentido abstracto, es considerada como el derecho de acudir a la jurisdicción para pedirle su injerencia cuando la persona lo considera procedente. Es una facultad independiente de su ejercicio y puede hacerse incluso sin razón, como sucede cuando la solicita aquel que la ejerce sin derecho⁴⁵. Por su parte, cuando dicha noción es dotada de un contenido específico —acción en sentido concreto—, el derecho procesal se refiere a ella como pretensión.

En ese contexto, la pretensión de revisión puede ser postulada sin necesidad de una regulación específica. La mayor parte de las conductas que contravienen un precepto legal no necesitan de una norma que “habilite” una acción para la restauración de la prerrogativa; si se reflexiona, sería imposible hacerlo. Lo propio sucede cuando se reclama el reconocimiento de un derecho, aunque en su postulación deba revisarse un acto jurídico como lo es la sentencia firme. Concedemos que legislarlo, en un contexto general contrario a su admisión, podría resultar útil a efectos de homogeneizar los casos expresos en que la prerrogativa es reconocida de modo general y evitar el tiempo y costo de las discusiones. Ello, de todos modos, no eliminará supuestos en los que sea posible y procedente la revisión aunque no esté prevista legalmente.

⁴² “Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, B de F, Montevideo, 2002, p. 52.

⁴³ De tal forma se intentaba reconstruir un sistema de derechos subjetivos derivados directamente de la persona humana; de allí que se recurra al sistema del derecho romano, que era un sistema de acciones. La violación del derecho hacía surgir el germen de una obligación y por eso la acción era hija de la obligación. Savigny, M. F. C., *Sistema de derecho romano actual*, vol. I, nro. 4, Góngora, España; Vázquez Sotelo, José Luis, “Reflexiones en torno de la acción procesal”, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, La simplificación procesal, 1997.

⁴⁴ Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949, p. 7; Guasp Delgado, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981; Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. 1, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1975, p. 371.

⁴⁵ Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 56.

IX. REFLEXIONES FINALES

Hemos descartado de plano la existencia de dos verdades, una la del proceso y otra, la del mundo real⁴⁶, pues se trata de una ficción lógicamente inaceptable que tiende a excluir el problema de las verdades absolutas, cuya consecuencia mediata es el descrédito de la actividad judicial y del fundamento de sus decisiones. En el proceso, como las ciencias en general, pueden hallarse verdades contextuales y, por ello, justificadas con base en su entorno. Exigir otra cosa es pedir un imposible. Dirimir una controversia sobre la base de la “verdad correspondencia” implicaría mantener abierto el proceso por siempre, ya que la verificabilidad no es alcanzable en tanto el conocimiento de la realidad es variable, relativo al orador, su auditorio y el entorno. Toda aserción postulada como verdadera está siempre filtrada a través de la subjetividad de cada individuo⁴⁷, sus limitaciones para la percepción de las cosas y acotada a su momento histórico. Ello implica que se trata de un concepto relativo.

Es así que todo lo que conocemos se debe a la descripción que hacemos de las cosas. Esa descripción no es descontextualizada del mundo; por el contrario, nada puede ser conocido sino en contraposición o en asimilación a otra cosa. Las cosas son lo que son en la medida que ellas pueden ser relacionadas con otras cosas. Luego, cualquier relato que incorporemos al proceso sobre el registro de hechos ocurridos en el pasado participará de la relatividad señalada.

Al no haber un rasgo no relacional, no es posible, en consecuencia, hacer una descripción única de los hechos, de las cosas, de las personas o del mundo. El objeto de estudio sólo puede ser descrito en tanto se establezcan relaciones con las necesidades humanas, con la conciencia o con el lenguaje⁴⁸.

Las descripciones de un objeto, de un fenómeno o de un problema científico que mejores relaciones efectúen con el mundo serán las más aceptadas social o científicamente, serán también las más utilizadas, pero siempre en cuanto resulten de mayor utilidad que otras. Por otra parte, cualquier redescrición que se haga de esa misma cosa en un futuro, bien podría cambiar o hacer caer en desuso las descripciones previas que de ella se hayan efectuado.

Entonces, si toda verdad es relativa, la sentencia como postulación verdadera de un conjunto de hechos está sujeta a ese criterio de validación. En el proceso se conjugar la necesidad de poner fin al conflicto y que la decisión que lo haga se ajuste a parámetros de verdad, en tanto justificación de lo ocurrido de acuerdo con lo incorporado a la litis. Ello implica que la verdad del proceso es relativa y está ligada al contexto en que es establecida y aceptada como tal⁴⁹.

Como toda postulación tenida por verdadera, el relato científico llevará inscrita una fecha de caducidad que ninguno puede leer, pero que nadie duda que llegará; ahora bien, en tanto es aceptada como la mejor explicación de un fenómeno determinado, en su tiempo de vigencia será el postulado verdadero con base en el cual se elaborará la versión definitiva de los hechos y con su sustento será dirimido el litigio.

⁴⁶ Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., p. 25.

⁴⁷ Sosa, Toribio E., “El fin de la prueba, Prueba - I”, *Revista de Derecho Procesal* 2005-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 246.

⁴⁸ Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento?...*, cit. p. 69.

⁴⁹ Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., p. 79.

Por ello, como principio, no cabe reabrir un conflicto fallado con base en la verdad —no viciada— contextualizada del proceso. Ahora, si vamos a asumir la relatividad temporal y contextual de los conceptos científicos considerados verdaderos y que ellos se encuentran destinados a perder vigencia en el futuro, deberíamos dejar abierto un carril que, cuando los valores involucrados lo justifiquen, por ser preponderantes sobre la seguridad jurídica, vincule la certeza del proceso a la evolución del mundo y de su ciencia.

Es importante tener un sistema coherente y estable que brinde respuestas perdurables —cosa juzgada— y que, en algunos casos —excepcionales—, admita un nuevo examen de su producto a efectos de hacerlo, además, creíble a los ojos de los usuarios.

LA INTIMIDAD QUE SE DEBEN LOS FAMILIARES EN LA ACTUALIDAD

por MARCELA M. LELOIR* y AGUSTÍN SOJO**

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la intimidad encuentra su reconocimiento normativo en el art. 19 de la Constitución Nacional, en varios tratados internacionales¹ jerarquizados constitucionalmente por el art. 75 de la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la ley 26.061, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la ley 26.657 y en el art. 1071 bis, CCiv.

Los orígenes del estudio del derecho a la intimidad se atribuyen a obras publicadas en el siglo XIX; sin embargo, antes de eso hubo numerosos casos en los cuales se discutió este derecho y sus alcances.

En los últimos tiempos, el derecho a la intimidad no ha sufrido grandes modificaciones. En efecto, las normas que consagran este derecho no han modificado aquel precepto constitucional del art. 19. Sin embargo, han cambiado sustancialmente las

* Abogada, integrante de la unidad de letrados del art. 22 de la ley 26.657, Ministerio Público de la Nación.

** Abogado (UCA), especialista en derecho de familia (UBA), licenciado en administración de empresas (UCA), docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UCA).

¹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Pacto de las Naciones Unidas relativo a los derechos civiles y políticos, art. 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 11: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. V: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” y art. X: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

relaciones en las cuales este derecho se aplica y las recientes transformaciones del derecho de familia permiten explorar nuevas ideas que surgen en torno al derecho a la intimidad.

II. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Mucho se ha escrito sobre lo que significa la intimidad y resulta difícil no perderse en definiciones, nunca muy precisas, o en los fundamentos de este derecho. Por ello, hemos optado por concentrarnos en tres aspectos, que entendemos que abarcan suficientemente su contenido. En la intimidad hay tres grandes grupos de derechos o deberes: a) los que se refieren al derecho a ser dejado solo o a gozar de la tranquilidad; b) la autonomía de las decisiones o autodeterminación, y c) el control de la información personal.

A continuación se analizan cada uno de estos aspectos.

1. La tranquilidad

La tranquilidad se traduce en el derecho a ser dejado en paz, a no ser molestado por otros, a tener un ámbito en el cual otros no puedan introducirse. En el mundo del derecho, se reconoce el derecho de una persona a repeler cualquier conducta ajena que, bajo la apariencia de legitimidad, produce una perturbación en el otro, o simplemente porque la intromisión es tal que no se puede concebir la idea de que tal perturbación pueda dejar de existir.

Esta tranquilidad se manifiesta constitucionalmente en la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, no requiriéndose difusión alguna para afectar la intimidad, por ser suficiente la simple intromisión. Ello, porque se entiende que esa protección resulta necesaria para que las personas puedan exteriorizarse con libertad.

En el derecho de familia este derecho a ser dejado solo se manifiesta de diversas formas. Así, se ha considerado² que la conducta molesta caracterizada por los llamados persistentes al lugar de trabajo del cónyuge puede configurar la causal de injurias graves en el divorcio.

En los procesos que se inician a partir de la denuncia por violencia familiar, generalmente, se adoptan medidas de todo tipo que permiten a una persona no ser molestada por la persona denunciada. Ciertamente, más allá de que pudieran tener otras finalidades, no hay duda alguna de que medidas tales como la prohibición de acercamiento y la prohibición de todo tipo de contacto tienen como efecto adicional dejar en paz a quien denuncia. Este tipo de medidas se adoptan por un tiempo determinado y en el marco de un procedimiento en el que están en juego otro tipo de intereses. No obstante, encontrándose en juego la intimidad, nada impide que en lugar de solicitar prórrogas cada tres o seis meses, la persona denunciante pueda iniciar algún tipo de

² C. Nac. Civ., sala L, 1/2/2009, "R., R. E. v. T., M. B.", LL del 2/6/2009, p. 4, con nota de Néstor E. Solari; LL 2009-C-570, con nota de Néstor E. Solari; DJ del 29/7/2009, p. 2107; LL del 26/2/2010, p. 6, con nota de Anahí Vázquez; LL 2010-B-56, con nota de Anahí Vázquez, cita online: AR/JUR/508/2009.

proceso tendiente a hacer efectivo este derecho a no ser afectada en su tranquilidad, con fundamento en lo dispuesto por el art. 1071 bis, CCiv.

Pero este aspecto del derecho a la intimidad puede entrar en tensión con otros derechos de mayor jerarquía, tal como el derecho del niño a tener adecuada comunicación con su padre. Así, el derecho de la madre a que su ex pareja no la perturbe se contrapone con el derecho del niño y su padre a mantener trato habitual.

En un contexto en el cual la comunicación puede ser escrita, instantánea, móvil y a distancia, no sería extraño que, a fin de compatibilizar los derechos de intimidad y comunicación paterno-filial, aquélla sea limitada en el medio empleado y en su objeto³. En este sentido, se puede observar que quienes han incurrido en hostigamiento son restringidos en su comunicación a las cuestiones relacionadas con los hijos comunes y también a medios de comunicación escritos (SMS, correos electrónicos o mensajes instantáneos). Es un hecho curioso que en la jurisprudencia no se advierta la invocación de normas que tutelan la intimidad para respaldar este tipo de medidas.

En las relaciones paterno-filiales existe cierta idea en cuanto a que los niños deben ser preservados en su tranquilidad. Dicha preservación se traduce, por ejemplo, en no darles mayor protagonismo en los conflictos judiciales. También se observa cuando los padres son apartados de la vida de sus hijos mediante una decisión judicial, por haber incurrido en alguna conducta censurable. Sin embargo, esta misma tranquilidad pasa desapercibida en otras instancias. En efecto, el hijo no es dejado solo cuando se lo cita, sin que nadie lo pida, a expresar una opinión que no tiene interés en expresar. Es que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta parece haberse convertido en algún fallo en una “obligación del niño a opinar”. Otro tanto puede decirse del niño que es sometido a distinto tipo de pericias, porque los padres no logran ponerse de acuerdo en cuestiones relativas a su cuidado personal. El derecho del niño a ser dejado solo le permite rechazar una citación judicial en el juicio de sus padres en los mismos casos en que un adulto puede rechazar dicha citación. Vale decir, la persona debe invocar que no quiere que la perturben, situación que no siempre se puede presumir, y debe hacerlo en algún supuesto en el cual no tenga obligación alguna de someterse a una justa molestia autorizada por la ley.

La Corte Suprema⁴ ha puesto de manifiesto que cualquier prueba que los padres pretendan realizar sobre sus hijos debe ser beneficiosa para los propios niños. Esta doctrina pareciera cerrar la posibilidad de realizar cualquier tipo de pericias a los hijos en procesos que no los tengan a ellos como parte y/o no les reporten un beneficio directo. Sin embargo, no se advierte que este criterio pueda impedir la realización de una prueba que sea aceptada por un hijo con capacidad y discernimiento suficientes. En la jurisprudencia francesa pareciera predominar la postura según la cual el padre que pide una evaluación socio-ambiental o interdisciplinaria con el fin de alterar el régimen de visitas o la residencia de su hijo no logrará la orden tendiente a producir la

³ Bentivegna, Silvina A. y Ortiz, Diego O., *Violencia familiar, aspectos prácticos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 128.

⁴ Corte Sup., 10/8/2010, “P. de la S., L. del C. v. P., G. E. s/divorcio y tenencia”, P. 140. XLIV. Recurso de hecho.

prueba si no acredita previamente la existencia de algún motivo que permita respaldar tal intrusión en la intimidad⁵.

En el derecho de familia, este *derecho a ser dejado solo* se contrapone, en cierta medida, con los deberes familiares. Así, los deberes de cohabitación y asistencia entre cónyuges exigen que marido y mujer no se dejen solos el uno al otro. Otro tanto ocurre con el deber de cuidado que los padres tienen hacia sus hijos. La ley también reprocha la falta de interés por los parientes en situación vulnerable. Pero tal contraposición no llega a anular el derecho a ser dejado solo. Si bien el deber de asistencia conyugal comprende el deber de acompañar al otro, ello no significa que los esposos deban estar siempre juntos y, en ciertas circunstancias, es admisible que exista cierta distancia entre ellos. En efecto, los usos y costumbres determinan cuándo es esperable que un cónyuge acompañe al otro y cuándo debe dejarlo solo. En este sentido, la jurisprudencia ha condenado especialmente el abandono cuando los cónyuges son de edad avanzada o cuando son muchos los años de matrimonio⁶.

En las relaciones paterno-filiales, el derecho a ser dejado solo aparece coartado por ciertos deberes familiares, pero no por ello deja de existir. Tan es así que en condiciones normales, un hijo, aun si fuere menor de edad, tiene derecho a que se respeten sus espacios privados. Sin perjuicio de ello, un padre no puede desentenderse de su hijo, en cuanto tiene hacia él deberes de cuidado que le exigen ser parte de su vida, y cuyo incumplimiento puede acarrearle cierta responsabilidad⁷.

Desde el otro punto de vista, el derecho del hijo a que sus padres no se entrometan en su vida privada y lo dejen solo está limitado en cuanto la ley impone a los padres deberes de cuidado que determinan que la intromisión en la vida del hijo puede resultar admisible. En este sentido, se ha dicho⁸ que el padre que tiene sospechas razonables de que su hija pudo haber sido víctima de cierta conducta delictiva tiene derecho a entrometerse en su esfera más íntima de correspondencia electrónica, para poder velar por los intereses de su hija. Ello no implica que pueda entrometerse por simple curiosidad, ya que todas las facultades que la ley otorga a un padre sobre sus hijos son para su protección y formación integral (art. 264, CCiv.) y esta finalidad obra como un limitante de la potestad paterna.

También se ha dicho que los padres deben supervisar lo que sus hijos realizan a través de las redes sociales, porque existe un deber de vigilancia que obligaría a los padres a responder por las injurias que sus hijos puedan divulgar a través de internet. Sin embargo, tal conducta no puede juzgarse más lícita que la del padre que vulnera cualquier otra libertad de su hijo para evitar un riesgo. Un buen padre de familia no impide que un hijo adolescente salga de noche, a pesar de los riesgos que la situación presenta, sino que trata de instruirlo de la mejor manera posible para afrontar-

⁵ Gebler, Laurent, vicepresidente del Tribunal pour Enfants de Bordeaux, "La place de l'investigation dans le processus de décision en matière familiale: approche comparée des procédures familiales", *AJ Famille*, Dalloz, Paris, Francia, septiembre 2013, p. 468.

⁶ C. Civ. Com. y Minería San Juan, sala 2ª, 28/4/2009, "M., O. M. v. A., M. N.", LLGran Cuyo 2009 (agosto), p. 706, cita online: AR/JUR/9361/2009.

⁷ Tavares da Silva, Regina B., "Responsabilidad civil entre padres e hijos: análisis de casos reales de Brasil", Cuaderno Jurídico de Familia nro. 41, *El Derecho*, julio de 2013, p. 12.

⁸ C. Nac. Crim. y Correc., sala 6ª, 17/6/2009, "F., A. M. s/procesamiento", ED 235-273.

los y confía en el buen criterio de su hijo. Luego, puede ocurrir que no logre conciliar el sueño hasta saber que su hijo ha vuelto a salvo.

Otro aspecto relevante que comprende el derecho de los hijos a ser dejados solos es el que se presenta cuando un hijo se resiste a mantener cualquier tipo de contacto con alguno de sus padres. En la jurisprudencia⁹ se advierte que estos casos suelen aparecer con cierta complicidad del padre que ejerce la tenencia y sobre éste se disponen medidas para que incentive el deseo del hijo a establecer un trato. Sin embargo, este tipo de medidas no son adoptadas con frecuencia y existen casos en los que se hace valer la negativa expresada por el hijo. El derecho también suele encontrar límites en la implementación de decisiones tendientes a forzar una relación que se vincula con aspectos sentimentales que no se sienten.

En definitiva, este derecho a ser dejado solo es el más fuerte de las tres facetas del derecho a la intimidad, porque, aun si el interesado no logra el reconocimiento judicial del derecho a que otro no se le acerque, siempre tiene la posibilidad de alejarse. No obstante ello, cabe señalar que en las relaciones familiares el alejamiento puede tener como consecuencia la violación de un deber legal, con ciertas consecuencias no siempre intrascendentes.

2. La autonomía en la toma de decisiones personales

La autonomía en la toma de decisiones personales es otro de los aspectos del derecho a la intimidad, probablemente el que genera las mayores polémicas. Esta autonomía siempre estuvo limitada por nociones de orden público y los derechos de terceros. Sin embargo, en nuestro tiempo el orden público ha cedido espacio a la autonomía personal, de manera tal que las cuestiones familiares son juzgadas con otros ojos. Ello se pone de manifiesto en algunos divorcios, cuando se decretan inconstitucionalidades de normas de forma, plazos o del mismo sistema causado con el que la ley regula la petición del divorcio; en adopciones por parejas que no han contraído matrimonio o carecen de algún otro requisito legal; en las acciones de filiación sin legitimación y o con acción caduca, y en la configuración del matrimonio. No obstante, en todos estos casos las tensiones más fuertes suelen estar en el derecho particular de los individuos que pertenecen a una familia y el rol del Estado, mientras que el objetivo de estas líneas gira en torno a cómo un miembro de la familia puede hacer valer su intimidad frente a los restantes miembros de su grupo familiar.

En este sentido, existen cuestiones de autonomía en la toma de decisiones que vienen transformando las relaciones familiares. En efecto, por un lado, la incorporación de la idea de capacidad progresiva de la persona menor de edad y, por el otro lado, el reconocimiento de cierta autonomía a favor de las personas con discapacidad vienen produciendo transformaciones en las relaciones familiares.

En lo que hace a las personas menores de edad, se analizarán dos cuestiones: la primera tiene que ver con el derecho de los padres a tomar decisiones por los hijos que no han desarrollado aún su propio juicio; la segunda se refiere al derecho de las personas menores de edad a tomar sus propias decisiones.

⁹ C. Nac. Civ., sala B, 9/11/2010, "S., A. V. v. C., A. C. s/régimen de visitas", El Derecho, Cuaderno Jurídico de Familia nro. 22, octubre de 2011, p. 26.

Con relación a la primera cuestión, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado recientemente en un caso¹⁰ en el cual los padres rechazaban el Plan Nacional de Vacunación Obligatoria para su hijo recién nacido. El Máximo Tribunal reconoció que los padres tenían derecho a decidir por su hijo, pero confirmó la decisión que les imponía la vacunación obligatoria por estar en juego derechos de terceros que podrían contagiarse enfermedades y el derecho a la salud del niño. En lo que hace a la autonomía de decisión de los padres sobre la vida de sus hijos, la Corte expresó que el derecho a la privacidad—por definición, propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar, erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (artículo 11, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En ejercicio de este derecho, los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia, con límite en lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Se sienta así el principio según el cual los padres pueden elegir para sus hijos un proyecto de vida. Sin embargo, este principio va a ser atenuado en el mismo pronunciamiento, al sostener que los problemas de los niños deben resolverse por aquella alternativa que les resulte más beneficiosa a éstos. Se podría pensar que los padres tienen autonomía para elegir únicamente aquello que la Corte considera que es lo mejor para el niño.

El criterio del Más Alto Tribunal pone en duda la existencia de la supuesta autonomía de decisión de los padres en relación a sus hijos. No obstante, ella se hace presente en todo aquello que no afecte intereses fundamentales del niño. Así suele ocurrir en aquellos casos en los cuales los padres que ejercen conjuntamente los derechos que tienen sobre sus hijos logran ponerse de acuerdo entre sí. En efecto, la mayoría de las veces que los padres no logran ponerse de acuerdo entre sí y la cuestión llega a decisión judicial, la cuestión se suele resolver a favor de lo que habían resuelto antes de común acuerdo y ello suele ser así aun en lo que hace a los arreglos relativos a la vivienda, a la salud, a la educación o a la orientación religiosa. En todos estos casos, la jurisprudencia se siente inclinada a preservar la situación preexistente, siendo a cargo de quien pide una modificación acreditar las razones del cambio. Es necesario señalar que algunos casos¹¹ reflejan que existe cierta tendencia a analizar también estos casos desde el punto de vista del mejor interés del niño, sin tener en consideración cómo dicha interferencia afecta aquel interés. Desde el derecho constitucional nos recuerdan que la inmunidad de las acciones privadas amparadas por el art. 19 de la Constitución descarta rotundamente cualquier plan paternalista o perfeccionista que tienda, por parte del Estado, a la imposición de un proyecto de vida determinado a las personas¹².

¹⁰ Corte Sup., 12/6/2012, “N. N. O. U., V. s/protección y guarda de personas”, LL del 26/6/2012, p. 7; Supl. Const. 2012 (junio), p. 66; LL 2012-D-182, cita online: AR/JUR/23454/2012; DFyP 2012 (septiembre), p. 269, con nota de Marcelo Enrique Luft; ED del 25/10/2012, p. 1; DJ del 7/11/2012, p. 17, con nota de Diego A. Dolabjian; ED 250-45.

¹¹ C. Nac. Civ., sala C, 31/5/2012, “G., D. G. v. G., F. A. s/régimen de visitas”, Juz. 8, con nota de Navarro Floria, Juan, “Elección de colegio y educación religiosa de los hijos”, El Derecho, Cuaderno Jurídico de Familia nro. 32, septiembre de 2012, p. 17; C. Nac. Civ., sala G, 19/4/2011, expte. 7532/2011, “P. M. v. D. C. J. C. s/art.250 CPC - Incidente familia”, elderecho.com.ar.

¹² Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 226.

Cuando el niño alcanza la adolescencia y comienza a desarrollar su propio juicio, surge un nuevo problema. En efecto, aparece la dificultad de poder determinar a partir de cuándo va a poder tomar sus propias decisiones, sin necesidad de acudir a sus padres. En el Código Civil, dicha capacidad se estructura a partir de la idea de que existen menores impúberes y menores adultos, cuya capacidad para ciertos actos es reconocida a partir de los 14 años. En cambio, en el sistema internacional de los derechos humanos aparece la idea de que las decisiones deben ser tomadas cuando se goza capacidad suficiente, a partir de un análisis de las cualidades personales del niño. Estos principios también inspiran la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

En el derecho internacional se tiende a adoptar el sistema de capacidad progresiva como nuevo paradigma; pero no aparece definido un consenso respecto de lo que éste representa. En efecto, una ideología liberal¹³ llegó a proponer en los años 60 y 70 que todos los derechos del adulto fueran reconocidos a los niños, incluyendo el derecho a vivir solos, conducir automóviles, consumir drogas y mantener relaciones sexuales. Se llegó a sostener que discriminar por edad era tan grave como una discriminación basada en la raza o las creencias religiosas.

Si bien este movimiento no fue considerado seriamente, tuvo influencia en el desarrollo y reconocimiento de cierta autonomía¹⁴. En efecto, en la doctrina inglesa predomina la idea de que los niños tienen autonomía para decidir en todas aquellas cuestiones que no afecten sus intereses básicos y de desarrollo¹⁵. En otras palabras, los niños pueden tomar sus propias decisiones en aquellas cuestiones que no hagan a su salud o pongan en riesgo su crecimiento, casos en que sólo se les admite tomar la decisión que mejor satisfaga su interés. De esta forma, si bien el interés del niño limita su autonomía, se la reconoce con ciertos alcances que permiten sostener que existe una cierta autodeterminación dinámica. El dinamismo viene dado porque los intereses pueden ir cambiando a medida que se va logrando un desarrollo¹⁶.

En este contexto, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se identifica con las teorías extranjeras que hacen prevalecer el interés superior del niño por sobre su autonomía en aquellas cuestiones fundamentales.

Sin embargo, los límites sobre los cuales opera la autonomía son tan difusos como el contenido concreto del interés superior del niño, dejando a la jurisdicción facultades tan amplias que permiten replantearse si existe un derecho a la vida privada y familiar. Este problema se puso de manifiesto en Inglaterra a través de una serie de fallos, en los cuales se invocó la idea de que los menores de 16 años eran autónomos para elegir y decidir sus propias prácticas médicas. Si bien el caso tenía que ver con el control de natalidad, el fallo fijó doctrina sobre las prácticas médicas en general. Por el contrario, cuando en otro caso una joven, en plena lucidez, rechazó un tratamiento

¹³ Frason, Richard, *Birthrights*, Macmillan, Londres, 1974.

¹⁴ Herring, Jonathan; Probert, Rebecca y Gilmore, Stepehn, *Great debates in family law*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2012, p. 58.

¹⁵ Comprenden los intereses básicos aquello que hace al cuidado físico, emocional e intelectual y los intereses de desarrollo están dados por todo aquello que les permite potenciar sus habilidades para la vida adulta.

¹⁶ Eekelaar, John, *Family law and personal life*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

médico psiquiátrico, se determinó que aquella autonomía de rechazo de tratamiento médico podía ser vetada por los padres, nuevamente extendiendo la doctrina del fallo en general para las prácticas médicas. Se ridiculiza aquella jurisprudencia sosteniendo que una joven de 16 años podría realizar un aborto sin que sus padres se enteren, pero, si decide no realizarlo, podría ser forzada por sus padres al aborto¹⁷.

Pareciera que esos debates giran en torno a lo que se cree que puede o no ser bueno para la sociedad. Ello determina que cuando se considera que determinados actos, como, por ejemplo, la práctica anticonceptiva, son moralmente lícitos, se sostiene la autonomía de las personas menores de edad, mientras que cuando se propugna su inmoralidad, se desconoce tal autonomía. Resulta así implícita una idea paternalista según la cual la sociedad moderna no está preparada para abandonar la distinción entre adultos y niños, porque ello permite a los adultos ubicarse emocionalmente como seres afectuosos, considerados, protectores y socialmente como influyentes de la próxima generación de ciudadanos¹⁸.

En derecho, la autonomía se traduce en la posibilidad de defender los propios derechos uno mismo. Ello ciertamente no se refleja en nuestro derecho, donde proliferan los representantes judiciales del niño, sin que ninguno de ellos hubiera sido designado por el interesado. Cuando un niño designa un abogado, es probable que lo haya hecho por consejo de su padre o madre, de allí que se considera que no debe respetarse tal decisión. Lo paradójico es que se aprecia como inmadura o insuficiente la conducta similar a la que generalmente despliegan los adultos. En efecto, cada vez que una persona recurre a un abogado por primera vez, casi siempre recurre al abogado que le ha recomendado alguien de confianza que generalmente goza de algún ascendente sobre el cliente. Sin embargo, esa práctica de los adultos, por cierto muy sensata, parece estar vedada a los menores de 14 años en nuestros tribunales¹⁹. Con acierto, se ha dicho²⁰ que no se respeta la autonomía cuando la designación del abogado es determinada por un tercero. Tanto el juez como los padres son terceros.

Con relación a las personas con discapacidad, las últimas reformas legislativas en la materia dan de lleno en esta cuestión. Así, en virtud de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), aprobada en diciembre de 2006 y ratificada por nuestro país mediante ley 26.378 en el año 2008, el modelo de sustitución en la toma de decisiones ha cambiado sustancialmente, incorporando como idea central la plena capacidad jurídica y autodeterminación de la persona con discapacidad. En efecto, el art. 3 de la Convención incluye dentro de sus principios rectores el

¹⁷ Herring, Jonathan; Probert, Rebecca y Gilmore, Stepehn, *Great debates...*, cit., p. 60.

¹⁸ Simth, Carole, "Childrens rights: Judicial ambivalence and social resistance", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford, 1997, nro. 11, p. 103.

¹⁹ Corte Sup., 26/6/2012, "M., G. v. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.", LL del 24/7/2012, p. 7; LL del 8/8/2012, p. 5, con nota de Osvaldo Alfredo Gozañi; LL 2012-D-601, con nota de Osvaldo Alfredo Gozañi; ED del 23/8/2012, p. 11; Supl. Doctrina Judicial Procesal 2012 (septiembre), p. 21, con nota de Amalia Fernández Balbis; DFyP 2012 (octubre), p. 109, con nota de Laura Rodríguez; DFyP 2012 (noviembre), p. 273 con nota de Rodolfo G. Jáuregui; DJ del 27/2/2013, p. 10, con nota de Alejandro C. Molina, cita online: AR/JUR/27892/2012.

²⁰ Álvarez, Atilio, "El derecho del niño a ser escuchado en los procesos civiles", *El Derecho*, Cuaderno Jurídico de Familia nro. 40, junio de 2013, p. 3.

respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

Es por ello que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha instado a la Argentina a que “el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial²¹. Ello se explica porque el modelo de la convención incorpora la idea de apoyo (art. 12, CDPCD) para que la propia persona pueda ejercer sus derechos en lugar de sustituir su voluntad para protegerla. El cambio es tan radical que probablemente lleve algún tiempo asimilarlo y de hecho se sigue aplicando el sistema de curatela. Sin embargo, en algunos pronunciamientos judiciales²² se advierten cambios significativos hacia el nuevo paradigma. La convención cambia el enfoque: la preocupación no es proteger a estas personas como propietarios de bienes o titulares de relaciones jurídicas, sino proteger sus derechos, resguardo que no se alcanza plenamente con los sistemas de representación vigentes, sino que exigen medidas más ajustadas a la individualidad²³.

No debe privarse a la persona con discapacidad de su posibilidad de elegir y actuar en igualdad de condiciones con los demás, como así tampoco del derecho a transitar y vivir en el mundo con todos sus desafíos y con la posibilidad de equivocarse. En tomar esos riesgos está la dignidad de la persona²⁴.

Los nuevos paradigmas parecen haber logrado mayor aceptación a partir de la sanción de la ley 26.657 del año 2010 sobre el Derecho a la Protección de la Salud Mental. En este contexto, la persona con padecimiento mental ¿quien vale aquí aclarar que no necesariamente es persona con discapacidad, así como no toda persona con discapacidad posee padecimiento mental— es reconocida como sujeto de derecho, con todas las consecuencias que ello implica, y no como mero objeto de protección. Puede, con ciertas reservas referidas a los derechos de terceros, tomar sus propias decisiones²⁵.

En definitiva, de lo que se trata es de que las personas, todas las personas, sean ellas menores o con discapacidad, puedan tener la posibilidad de forjar su propio destino. Ello no significa que las personas que los rodean no puedan influenciar o acompañar en sus decisiones, pero una cosa es influenciarlas o acompañarlas y otra muy distinta es decidir por ellas. En esta posibilidad de decidir está en juego no sólo el derecho a la salud o el futuro de la persona sino la dignidad misma de la persona.

3. El control de la información personal

El último aspecto del derecho a la intimidad es el que tiene que ver con la divulgación de ciertas cuestiones que se consideran privadas. Se trata de determinar en qué

²¹ Observación final del 27/9/2012.

²² C. Nac. Civ., sala B, 8/8/2012, “N., L. s/insania”, El Derecho, Cuaderno Jurídico de Familia nro. 34, noviembre de 2012, p. 3.

²³ Fernández, Silvia E., “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela, RDF52-211.

²⁴ Kraut, Alfredo - Diana, Nicolás, Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, LL del 8/6/2011, p. 1; LL 2011-C-1039.

²⁵ Bianchi, Alberto B., “La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012”, AR/DOC/1446/2013.

medida una persona puede o debe divulgar información sobre otra, sea ésta su hijo, su cónyuge o algún otro pariente.

Al referirse a los derechos y deberes de los cónyuges, Azpiri destaca que existe entre ellos un deber de respeto mutuo que les impone la obligación de mantener reserva de las cuestiones íntimas de la relación y que este deber perdura luego de disuelto el matrimonio²⁶. Sin embargo, este deber no siempre ha sido entendido de la misma manera por la jurisprudencia.

La jurisprudencia de los últimos tiempos muestra dos saltos evolutivos significativos. El primero estuvo dado por la incorporación de que cualquier prueba que comprometiera la intimidad del otro, obtenida subrepticamente, debía ser rechazada por ilícita. Pareciera ser que hubo un tiempo en que no se advertía que la exhibición de la vida privada, tanto a los abogados que llevaban el caso, como al Ministerio Público y/o al personal del juzgado que intervenía en el expediente importaba una divulgación de la vida privada. En efecto, hasta hace poco tiempo no se advertía que la presentación o exhibición de la vida privada del otro cónyuge en juicio de divorcio pudiera significar una violación de este deber matrimonial. Por el contrario, algún tribunal se ha considerado restringido a considerar las grabaciones telefónicas acompañadas por el marido como prueba del adulterio de su mujer a partir de la medida en la cual ella había solicitado que se le prohibiera al marido difundir las grabaciones entre familiares, amigos y cualquier tercero. En el caso, el marido negó la difusión y consintió la medida, pero cuando la sentencia del divorcio llegó a la Cámara en apelación de la sentencia definitiva y el marido pretendió reintroducir la grabaciones telefónicas desestimadas por el juez de primera instancia, los camaristas se consideraron comprendidos dentro de aquellos terceros e impedidos por aquella medida de analizar las grabaciones²⁷. Demás está decir que si la Corte Suprema²⁸ ha prohibido con alcances generales las escuchas telefónicas, salvo supuestos de excepción, cualquier intervención similar tendiente a probar con una escucha telefónica en un juicio de divorcio difícilmente podría no estar contradiciendo aquella decisión.

La segunda evolución en el derecho a la intimidad entre cónyuges está marcada por la configuración de la causal de injurias graves, en el hecho de entrometerse en la vida privada del cónyuge. Así, se ha considerado culpable al cónyuge que graba conversaciones telefónicas ajenas, como así también a aquel que oculta filmadoras para exponer la vida diaria del hogar en prueba de algún maltrato²⁹. Espiar al otro, y peor aún, comentárselo a otro —aunque sea abogado o juez— no es compatible con los deberes matrimoniales.

En lo que hace a las relaciones paterno-filiales, se reconoció en el caso “Kindergarten”³⁰ el derecho de los padres a disponer “de los derechos de la perso-

²⁶ Azpiri, Jorge O., *Derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

²⁷ C. Nac. Civ., sala A, 30/4/2008, “M. M., O. D. v. /O., C. s/divorcio”, 26586/06.

²⁸ Corte Sup., 24/2/2009, “Halabi, Ernesto v. PEN. Ley 25.873 Dto. 1563/2004”, LL 2009-B-157, AR/JUR/182/2009; Fallos 332:111.

²⁹ C. Nac. Civ., sala E, 3/12/2012, “G., J. I. v. A., M. L.”, LL del 21/3/2013, p. 6; LL 2013-B-253; LL del 8/5/2013, p. 8; LL 2013-C-140; DJ del 29/5/2013, p. 92; RCyS 2013-VII-163; Supl. Doctrina Judicial Procesal 2013 (julio), p. 34; AR/JUR/70595/2012.

³⁰ C. Nac. Civ., sala K, 14/2/1995, “S., L. y R., J. s/derechos personalísimos”, ED 164-417.

nalidad de sus hijos menores de edad y que el único límite a esta atribución se presenta cuando, al así hacerlo, no se ajustan a los dictados de la moral y de las buenas costumbres”.

Sin embargo, los tiempos que corren marcan un retroceso de los derechos de los padres a favor de una mayor intervención estatal que se condice más con una cultura paternalista que con el respeto por la vida privada. En efecto, cuando un programa de televisión pretende exhibir cualquier cuestión relacionada con un niño, encuentra cierto tipo de restricciones, como que no puede mostrar al niño, o es objeto de censura o sanciones.

La ley 26.061 establece en su art. 22 el derecho de los niños “a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”. El texto de la ley permite, a *contrario sensu*, la publicación de informaciones e imágenes de los niños cuando hay consentimiento del niño y del representante legal o cuando no hubiera injerencia arbitraria en su vida privada. La ley reconoce así que los niños tienen el mismo derecho a la intimidad que los adultos y también la misma posibilidad de disponer de él, cuando su consentimiento es acompañado por el de su representante legal. Sin embargo, el decreto reglamentario 415/2006 señala que “aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y/o divulgación a la que se refiere el artículo objeto de reglamentación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse aunque medie el consentimiento de los sujetos de la ley y sus representantes legales”. Paradójicamente, sería contrario al interés del niño que no se respete su autonomía. No obstante, parecería que el decreto reglamentario pretende reemplazar la capacidad del niño, asistida por sus padres, por una tutela paternalista de dudosa constitucionalidad formal y sustancial. Un decreto no debería pretender reducir el texto de la ley, ni siquiera remitiéndose a otra norma y menos aun cuando el texto legal acompaña la tendencia de los derechos humanos.

En el ámbito judicial, parece que no existe un derecho a difundir información propia relativa a los juicios de familia. Así lo determinan las reglamentaciones de justicia cuando disponen la reserva de las actuaciones de familia. Nuestra Corte hace bien en exhortar a los padres a no exponer a sus hijos³¹, pero muestra poco respeto por la división de poderes la decisión judicial que crea el delito de desobediencia para aquel que no respete su censura y adelanta opinión en cuanto a la cuantía del daño, si fija de antemano una retribución para la parte contraria.

Quienes estudian sobre libertad de prensa e intimidad advierten que ciertas personas no gozan de un derecho a mantener en reserva su vida privada³². En este sentido, la más significativa de las condenas que nuestro país ha recibido de la Corte In-

³¹ Corte Sup., 16/8/2011, “V. D. L. s/restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera”, LL del 25/8/2011.

³² López Herrera, Edgardo, “Derecho a expresarse sobre casos judiciales mediáticos”, LL 2013-E-549.

teramericana de Derechos Humanos relacionada con estas cuestiones es sobre una condena por la divulgación de información que vinculaba a una persona pública con su hijo extramatrimonial.

Los tribunales de familia parecen no haber incorporado estas ideas. Por el contrario, aun con consentimiento de los interesados, no son raras las medidas que prohíben divulgar cualquier tipo de información sobre la familia. Cuando un padre deja entrar al público en su vida privada, puede estar poniendo en riesgo a sus hijos, cuya madurez puede resultar insuficiente para lidiar con las presiones que la exposición suele traer. Sin embargo, esa exposición suele estar muy bien retribuida y es, muchas veces, su forma de vida. Sin perjuicio de las responsabilidades que puedan haber, la censura que se acostumbra imponer en casos de exposición pública no siempre respeta los derechos individuales.

En definitiva, una persona puede molestarse porque se publica su foto, otra puede hacer público cada aspecto de su vida. El derecho a la intimidad defiende la tranquilidad del primero y el derecho del segundo a disponer de su vida privada.

III. CONCLUSIONES

El derecho a la intimidad sigue siendo muy parecido a lo que fue en sus primeros tiempos. Sin embargo, la transformación de las relaciones familiares permite descubrir cómo se fue haciendo camino la idea de que una persona puede exigirle a su propia familia que lo deje en paz.

También surgió un nuevo paradigma de capacidad jurídica, que plantea desafíos en torno a cómo se toman las decisiones, en especial las referidas a los derechos personalísimos.

Por último, aparecieron nuevas tecnologías que permiten publicar cualquier aspecto de la vida de las personas.

En todos estos aspectos aparece la idea de que hay una intimidad que se comparte con estos otros que integran la vida privada y familiar, pero que es al mismo tiempo personal de cada uno de todos ellos.

VIOLENCIA FAMILIAR EN Y MÁS ALLÁ DE LA TEORÍA DE GÉNERO

por ANA I. VENTURA* y ALEJANDRO J. SIDERIO**

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es complementar a través de otras miradas y aportes teóricos, el enfoque predominante con el que hoy se concibe el fenómeno de la violencia familiar, el que queda reducido a la lectura y metodología propuesta por la teoría de género.

El indiscutido aporte que ha realizado esta teoría como categoría de análisis y el avance que presupone su reconocimiento legal como instrumento para la defensa de las mujeres vulneradas y vulnerables puede tener un efecto paradójico si se lo impone como única lectura y se pretende que todas las relaciones existentes dentro de una familia “encajen” en las categorías que sugiere esta postura.

Desde nuestra práctica en el ámbito judicial, detectamos que el fenómeno de la violencia desborda la categoría de análisis sustentada por la perspectiva de género. No toda conducta violenta presupone una relación de poder de un hombre sobre una mujer y aun entre hombre y mujer, no todos los actos de violencia se basan en la imputación cultural que se realiza a la distribución del poder respecto a los sexos.

En diferentes ámbitos pueden existir hechos violentos, que a su vez derivan en relaciones que llevan a otras consecuencias y ello puede estar completamente divorciado del género de los intervinientes: un altercado de tránsito; una disputa laboral entre pares o en relación jerárquica; en la práctica de un deporte, entre compañeros, con el rival o con el árbitro; en el seno de una familia: en la pareja (sea hetero u homosexual), con los hijos, entre los hermanos y no necesariamente en las secuencias de estímulos y respuestas, existe un correlato con el género de las partes, por lo cual

* Trabajadora Social de un juzgado Civil de Familia; docente del Seminario “Problemáticas Sociales Complejas” en la carrera de Especialización en Derecho de Familia y Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013; colaboradora docente en el Curso de Capacitación Medio y Superior para Empleados de Juzgados de Familia, 2013.

** Juez Civil de Familia. Adjunto Regular de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

aun dentro de una pareja no todo hecho de violencia es el resultado de una relación de poder basada en el género.

Por ello, la categoría de análisis que se aplique, la forma de recopilar los datos y secuenciar los sucesos debe permitir distinguir cuándo es violencia de género de cuándo no, ya que las consecuencias de esa evaluación influirán en la forma de interpretar y tomar medidas, que a su vez condicionará la prosecución del camino de reorganización del grupo familiar.

Por ejemplo, la concepción de que toda violencia dentro de la pareja heterosexual es violencia de género lleva indebidamente a suponer que se trata de una relación asimétrica que impide la celebración de acuerdos o la toma de audiencias en forma conjunta.

En muchos casos, la celebración de una audiencia resulta ventajosa para limitar desde el posicionamiento de la ley qué cosas pueden y qué cosas no pueden hacer las partes y de este modo circunscribir los posibles espirales de violencia que se forman por las consecuencias de la misma intervención judicial. No se trata ni de audiencias de conciliación ni de mediación propiamente dichas. Ya que, para éstas, es necesario que exista equilibrio entre las partes y en algunos casos ello puede no resultar posible. Los actos violentos no son mediables ni conciliables, pero los efectos de la separación que se produce como consecuencia de la interrupción del circuito de la violencia requiere reordenamiento para todos los integrantes del grupo familiar y desde esta perspectiva la audiencia puede resultar un recurso idóneo a tal fin. En dichos actos habrá que garantizar que las partes se encuentren debidamente asesoradas y contenidas y evitar que el acto procesal se convierta en un nuevo escenario donde se desplieguen actos violentos o se revictimice al que ocupa la posición baja¹.

Si el presupuesto de la teoría de género es que todo hombre, por ser tal, reproduce una cultura machista patriarcal que oprime y vulnera a toda mujer, desde la selección y recolección de datos, la puntuación de los intercambios comunicacionales y categorías de análisis aplicadas llevarán, inexorablemente, a confirmar el presupuesto. Ello dejaría de lado la posibilidad de detectar y diagnosticar las diferentes configuraciones vinculares que derivan de otras relaciones de poder, por ejemplo: madre-hijos, relación entre hermanos. Por ello apelamos a otros enfoques teóricos que surgen de la preocupación no sólo de describir tan complejo fenómeno sino que también se proponen entender para intervenir.

II. ALGUNOS ENFOQUES TEÓRICOS ACERCA DE LA ETIOLOGÍA Y DINÁMICA RELACIONAL DE LA CONDUCTA VIOLENTA

El estudio de la violencia doméstica ha dado origen a diferentes teorías, tanto en relación a las causas que la motivan como a la dinámica que se genera en los intercambios vinculares.

Analizaremos los principales enfoques que —entendemos— no son excluyentes y pueden complementarse para una mejor comprensión del problema y, en definitiva, para su abordaje y tratamiento.

¹ Curi, Sara G., "Mediación y violencia familiar en el contexto judicial"; LL Gran Cuyo 2002-305.

1. Modelo psiquiátrico²

En el estudio de las causas que incidirían en la conducta violenta hubo un fuerte predominio de un “modelo médico” para su abordaje, dado que los primeros estudiosos del tema fueron médicos y psiquiatras. Las investigaciones entonces arrojan de modo preponderante factores de orden biológico, por encima de cualquier consideración de carácter social.

Esta teoría postula que la violencia tiene su origen en una “anormalidad” presente en la psicología del sujeto (se centra en aspectos de su personalidad: inmadurez, egocentrismo, impulsividad, baja autoestima, vulnerabilidad), que lo hace incapaz de tolerar el estrés de la vida cotidiana, frustración por el cambio de roles familiares, bajo nivel intelectual, carácter antisocial evidenciado en comportamientos desviados, enfermedades psíquicas, perversiones sexuales, alcoholismo y drogadicción. Se entiende que un hombre que maltrata a su mujer está psíquicamente perturbado, explicando la brutalidad desplegada como conducta patológica. Resultaba seguramente tranquilizador calificar como *enfermos o anormales* a los victimarios en general.

La publicidad y la opinión pública recurren frecuentemente a este tipo de explicación para los hechos de sangre más graves. Se centra, entonces, en la persona del agresor, relegando a segundo plano factores externos a la persona del victimario.

Esta posición ha sido criticada por ser reduccionista del fenómeno, que lo restringe a una pequeña minoría. No se ha podido corroborar científicamente que la “enfermedad mental” sea causa de la violencia. Los enfermos mentales, como grupo, no se ha comprobado que sean más violentos que otros individuos.

Del mismo modo no podría establecerse como factor causal la *adicción a sustancias*. Parecen ser en todo caso *desencadenantes o precipitantes* que ayudan a liberar el impulso violento. No en todas las culturas se asocia, por ejemplo, alcoholismo con violencia.

Podríamos sí considerar estas cuestiones como *factores de riesgo*, potenciadores del fenómeno, pero no su causa. Este modelo no considera variables socioculturales y económicas.

2. Modelo socio-cultural. Teoría de género³

a) *Perspectiva de género. Construcción de las identidades masculina y femenina*

Para comenzar el análisis, vamos a conceptualizar la diferencia entre sexo y género. Sexo se refiere a la inscripción en un cuerpo que diferencia hombres de mujeres,

² Grosman, Cecilia P. - Mesterman, Silvia, *Violencia en la familia*, Universidad, Buenos Aires, 2005.

³ Para el desarrollo de este capítulo hemos tomado diferentes autores, principalmente, Carrasco, Liliana M., “Violencia masculina”, mimeo, documento de circulación interna, Facultad de Filosofía, Curso de Maltrato Infantil, Universidad de Buenos Aires, 2006, trabajo que nos pareció importante reproducir en gran parte por las consideraciones allí vertidas y la recopilación de tan valioso material. Asimismo, Grosman, Cecilia P. y Mesterman, Silvia, *Violencia en la familia*, cit.; Calveiro, Pilar, *Familia y poder*, Libros de la Araucaria, Buenos Aires, 2005; Jaramillo,

a sus características físicas; mientras que *género* da cuenta del conjunto de significaciones que la sociedad en determinado momento histórico atribuye a hombres y mujeres en función de diferencias objetivas. La construcción del género remite al funcionamiento binario en el cual se es en contraposición al otro: hombre y mujer, superior o inferior, valorizado o desvalorizado.

Asimismo, definimos que la *identidad sexual* es la identificación de sí mismo como perteneciente al sexo masculino o femenino, en virtud de la diferencia sexual anatómica; *identidad de género* implica la identificación con los valores y atributos que la cultura adjudica a la masculinidad o la feminidad y la *orientación sexual* alude a la orientación del deseo sexual y la elección del partenaire sexual. El varón necesitará identificarse encontrando el modo de dejar a un lado la *protofemineidad innata*. Este término, acuñado por Stoller⁴, remite a la pasividad del recién nacido, que depende exclusivamente de la madre desde el acto esencial de la alimentación. La identidad masculina será subsidiaria de la separación con la madre, deberá oponerse para afirmarse, reaccionar en contrario a lo femenino. Según Badinter⁵, “la necesidad de diferenciarse del otro no es un producto del aprendizaje, sino una necesidad arcaica”. La diferenciación masculina no sólo depende del niño varón sino también de su madre. Una madre que no ponga “justa distancia” repercutirá en la identidad y en la capacidad de relacionarse del hijo consigo mismo y con otras mujeres.

La identidad masculina y femenina se construyen socioculturalmente como *complementarias, excluyentes y desiguales*. Son complementarias porque las funciones de cada una requieren imperiosamente de la otra “mitad”, excluyentes porque los atributos asignados en cada caso no son deseables en el otro y desiguales porque las características masculinas se colocan en una posición de superioridad con respecto a las femeninas. Lo masculino y lo femenino se construye uno en relación al otro, de manera inseparable.

La categoría de análisis de género se puede describir como relacional, en tanto vincula lo femenino y lo masculino a la luz de relaciones de poder, como construcción histórico-social en conjunción con sistemas de creencias y la influencia de las instituciones. Entrecruza distintos aspectos de la subjetividad humana como raza, religión, clase social.

Si bien ambas identidades se reformulan de manera constante, lo hacen mediante parámetros que reproducen la desigualdad entre hombres y mujeres y se articulan con otras relaciones de poder.

Para que la *diferencia sexual* desemboque en una *desigualdad social* entre hombre y mujeres debe mediar un *ejercicio del poder* sobre las mujeres, con todos sus componentes: coerción y consenso, imposición e internalización, norma y castigo, control y normalización.

Isabel C., “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”, en West, Robin, Género y teoría del derecho, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, ps. 27/66.

⁴ Stoller, “Faits et hypothèses. Un examen du concept freudien de bisexualité”, Nouvelle Revue de Psychanalyse, nro. 7, 1973, Gallimard, p. 150; Stoller, Masculin et féminin, PUF, París, 1989, ps. 307/308. Citado por Carrasco, Liliana M., “Violencia masculina”, cit.

⁵ Badinter, Elisabeth, “XY. La identidad masculina”, separata, 1997, citada por Carrasco, Liliana M., “Violencia masculina”, cit.

b) Construcción de la masculinidad

Según Laura Asturias⁶, la *masculinidad* es de carácter sexista, homofóbica, racista y patriarcal, es decir, dominante en términos de superioridad con el género femenino. Esta autora enumera que los *dispositivos de aprendizaje de la masculinidad* son: los *medios de comunicación* que transmiten los modelos de hombre que ganan más espacio, v.gr., los deportistas ultra competitivos; el *grupo de amigos*, donde probablemente lidere aquél con más condiciones para desafiar la autoridad y la *reacción a lo contrario*, en la que se aprende la masculinidad por oposición a lo femenino, borrando de su esfera las características atribuidas socialmente a las mujeres: lo emocional, el cuidado propio y del otro, la expresión de sentimientos

La masculinidad, entonces, debe asumir un modelo competitivo, jerárquico y agresivo.

El *sexismo* facilita el uso de prerrogativas masculinas en detrimento de las necesidades y derechos de las mujeres y permite la perpetuación de la ideología dualista, en donde el polo positivo es el masculino. Esta dominación, que también oprime al que la ejerce, deja a hombres sin palabras, sin debilidades, sin capacidad de mirarse a sí mismos y reconocer a un ser humano con necesidades emocionales, creando un enemigo interno con el cual no hay posibilidad de diálogo, en nombre de los beneficios del patriarcado.

Para abordar el estudio de lo masculino es necesario considerar el *entrecruzamiento de la historia cultural e historia personal*, en cuya intersección se hace visible la interacción entre masculinidad y violencia.

Estos estereotipos se sostienen a través de la *represión sexual, económica y política de la mujer*. Núñez Soto⁷ considera que la *crisis de masculinidad* se basa en la fragmentación del amor, de su trilogía esencial: el sentimiento afectivo y sensual, por el otro, el erotismo de su ejercicio lúdico y el placer carnal.

La separación de sentimiento y placer dio lugar a la representaciones excluyentes: “la mujer virgen”, vinculada luego al ejercicio de la maternidad, y “la mujer puta”, con la cual se puede ejercer la dominación, sin necesidad de reparar en los sentimientos. La represión de la mujer fue apoyada desde la moral cristiana y desde sus instituciones, favoreciendo que los hombres, ante el dilema de elegir amor o poder, placer con sentimiento o sin él, se inclinen por el ejercicio del poder mutilante, mutilándose a sí mismos.

El *modelo masculino tradicional* se apoya entonces en dos elementos estructurantes de la identidad masculina: 1) restricción emocional, suprimiendo la posibilidad de hablar de sus sentimientos; y 2) obsesión por los logros y el éxito, creando un estado de alerta permanente, suprimiendo la posibilidad de expresar por miedo o dolor ante un fracaso.

A través de estos elementos internalizados, bajo influencia del medio cultural, de prácticas institucionales y de prácticas microsociales —cotidianas—, es decir, sin po-

⁶ Asturias, Laura, “Construcción de la masculinidad y relaciones de género”, exposición en el foro “Mujeres en Lucha por la Igualdad de Derechos y la Justicia Social”, Guatemala, 5/3/1997, www.edualter.org/material/masculinitat/construccion.htm.

⁷ Núñez Soto, Orlando, *Dialéctica de la masculinidad*, Managua, febrero de 1997, citada por Carrasco, Liliana M., “Violencia masculina”, cit.

sibilidad de crítica reflexiva, se favorece que los hombres expresen conductas sexuales restringidas, asuman actitudes de control, de ejercicio de poder y sometimiento y tengan dificultades para el cuidado de su salud. Culturalmente, los varones están socializados para la omnipotencia, parecen “inmunes” a todo tipo de patologías. Desde el estereotipo masculino es aceptable la negación del dolor, la inexpresividad, la sanción a la debilidad.

Al no poder asumir conductas de autocuidado, difícilmente puedan desarrollar asertivamente conducta de cuidado hacia otros, ya que, además, ésta sería una característica femenina.

Este proceso inacabado de diferenciación de lo femenino o la construcción de lo masculino utiliza distintos tipos de *dispositivos* para hacer efectivo el pasaje: los dos primeros considerados *modos fallidos*: 1) *hombre duro*: la diferenciación brusca llevará al rechazo explícito por todo lo femenino, promoviendo un rol dominante, estereotipado y rígido, donde el trabajo se torna central en la vida de la persona desubjetivada y misógina; 2) *hombre inmaduro*: respuesta en contrario a lo anterior, conocida como síndrome Peter Pan, describe a un hombre que renuncia a romper con el vínculo materno, manifestando conductas tiránicas infantiles.

El modo que redundará en un “hombre sano” será aquel que permita mirar su bisexualidad interior. Es decir que el camino exitoso de desidentificación tiene que ver con la aceptación del componente femenino que Badinter⁸ denomina *androginia*, permitiéndole al hombre reconciliar la combinación de atributos femeninos y masculinos.

c) *Hombres violentos, hombres vaciados de contenidos, hombres exigidos, hombres deprimidos*

El modo habitual de malestar masculino es la *depresión*, con manifestaciones mayoritariamente “comportamentales” y no emocionales, como en el caso de las mujeres. Se manifiesta a través del refugio en el trabajo, la ingesta de alcohol al levantarse, la conducción violenta de automóviles y la irritabilidad permanente. Es difícil su diagnóstico por la negativa del hombre a reconocer que algo le pasa.

Las respuestas habituales de los hombres son de *negación*, *postergación* de la asistencia, *evitación* de las recomendaciones recibidas, *abandono* de los tratamientos y *confrontación* con el personal que los asiste. Asimismo, demuestran irresponsabilidad en el cuidado de sus esposas e hijos, adjudicándole a la mujer el rol de cuidadora y minimizando el impacto de su conducta evasiva.

La resolución de conflictos encontrará la solución eficaz en la violencia. Según Kaufman⁹, los componentes que conforman *la tríada de la violencia masculina*, que en realidad enmascara la fragilidad masculina, son: 1) violencia hacia otros hombres: la fragilidad está dada por la imposibilidad de demostrar atracción hacia ellos. La *homofobia* mediatiza la censura hacia la atracción autoerótica, como hacia todas las formas de pasividad; 2) violencia hacia sí mismo; y 3) violencia hacia la mujer.

⁸ Badinter, Elisabeth, “XY. La identidad masculina”, cit.

⁹ Kaufman, Michael G. H., “La construcción de la masculinidad y la tríada de la violencia masculina”, en *Hombres, placer, poder y cambio*, Centro de Investigación para la Acción Femenina, Santo Domingo, 1989, Citado por Carrasco, Liliana M., “Violencia masculina”, cit.

Conocer su interior y aceptar que existe una agresividad que puede salir a la luz a partir del reconocimiento y no del ejercicio de la violencia les permite a los hombres desarrollar un sentimiento de *seguridad interna*.

El despliegue de las conductas violentas se da por el entrecruzamiento de los ejes personal y cultural.

La *naturalización* de la violencia se da por considerar normales los parámetros masculinos ya descriptos y la discriminación de aquello que se presente como diferente de la normalidad precitada. El proceso de discriminación se da a través del ejercicio de una cuota de poder abusivo. El dispositivo está naturalizado e invisibilizado, el control sobre otros se disfraza en discursos de protección, educación y de puesta de límites.

Quien asume la posición de control despliega un repertorio de *técnicas de manipulación emocional* tendientes a perpetuar el sometimiento de la mujer: generando culpa, confusión, socavando su autoestima progresivamente, generándole *vergüenza*, promoviendo el *aislamiento*, *generando temor* a través de amenazas directas.

En cuanto a los *motivos o causas* que tiene un hombre para adoptar un comportamiento violento, Donald Dutton¹⁰ estima que la personalidad del agresor tiene su origen en el desarrollo temprano, en las singularidades del *apego*¹¹ *en relación al vínculo materno, la conducta paterna violenta y humillante, así como la experiencia directa de maltrato en el hogar*.

d) Tipo de agresores

Dutton distingue tres tipos de agresores.

a) *Cíclicos*: Se comportan violentamente en forma esporádica, a partir de disparadores como embarazos, nacimientos o cuando imaginan o se plantea que la relación puede llegar a su fin. Se caracterizan por buscar motivos para culpar a sus parejas de todo acontecimiento y luego castigarlas por ello. Sostienen un estado de *excitación aversiva* donde se sienten dominados por una fuerza que no pueden explicar. Estos disparadores pueden desarrollarse en su interior: sus pensamientos son presa de una “rumiación mental”, giran en torno a la infidelidad sexual y los celos. Mantienen

¹⁰ Dutton, Donald, *El golpeador. Un perfil psicológico*, Paidós, Buenos Aires, 1997.

¹¹ Con relación al apego, John Bowlby (*El apego*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, cit. por Carrasco, Liliana M., “Violencia masculina”, cit.) distingue tres tipos de apego: el seguro, el rechazante y el temeroso y se rige por tres principios: la alarma, el contacto y la ira. La resolución del apego marcará un estilo afectivo en función de la dinámica de la relación con la madre. El apego seguro se construye cuando, ante la necesidad del niño, la madre lo satisface, el contacto con la madre pone fin a la alarma. Si no surge respuesta durante un tiempo, surge la ira en el niño, cuyo objetivo es restablecer el contacto tranquilizador. En el apego ambivalente, la madre satisface y rechaza al niño intermitentemente, activando el sistema de apego intensamente, favoreciendo la construcción de una personalidad insegura, un tipo emotivo que es análogo en la adultez al hombre cíclico, explosivo. El apego elusivo o colérico se relaciona con la modalidad rechazante de la madre, su inaccesibilidad no lo tranquiliza, el niño reprime la ira para poder complacer a la madre y ganar su acceso, aunque se da cuenta de su rechazo. El daño será grave, profundo y no verbal. Generará en la adultez un hombre con características análogas al tipo hipercontrolado, más cognitivo que emotivo, con una fuerte restricción emocional.

una dependencia encubierta con respecto a la mujer, por lo que les resulta imposible separarse de ella, ya que la necesitan para seguir afirmándose como hombre dominador.

b) *Psicopáticos*: Responden al diagnóstico de conducta antisocial, con ausencia de conciencia sobre los daños que causan, ni remordimientos, suelen ejercer violencia sobre otras personas, no aprenden de errores pasados y presentan la llamada “reacción vagal”, mostrando una contradicción entre su comportamiento violento y la sensación de calma interior.

c) *Hipercontrolados*: Existen dos subtipos: pasivos y activos. La característica principal es la evitación de sentimientos, son sumisos y complacientes con los terapeutas, cuyas estrategias de control y dominación incluyen técnicas de lavado de cerebro que atacan la identidad pasada y actual y el apoyo social.

e) Aspectos psicológicos interdependientes del agresor¹²

a) *Aspectos comportamentales*: Característica principal: doble fachada, expresando una contradicción entre el comportamiento público y el privado, la imagen social es directamente opuesta: son hombres seductores, tímidos, respetuosos, solidarios. En lo privado sus conductas favorecen la culpabilización de la mujer, a quien las demás personas pueden ver como “loca” y mentirosa. Si las personas pertenecen a ámbitos de asistencia o seguridad (policía, ámbitos judiciales) se puede dar una doble victimización, porque no creen a la mujer: el daño se observa en la víctima por el deterioro general a causa del maltrato, mientras que el hombre no adopta en público comportamientos violentos sino que, por el contrario, seduce incluso a quienes intervienen.

Como conductas frecuentes citamos: ejerce control, maltrata a las mascotas, conduce abusando del riesgo y la velocidad, se aísla del entorno familiar, no cumple promesas ni pactos, cambia súbitamente de humor, tiene conductas infantiles, produce desbordes con el dinero, estafa, amenaza con irse y vuelve, busca aliados, no busca ayuda y cuando lo hace, descalifica a quienes lo asisten, es reactivo: amenaza con suicidarse o matar a la esposa e hijos. Puede utilizar armas, abusar del alcohol y otras sustancias, hace regalos. Por lo general es muy resistente al cambio. Tiene antecedentes con otras parejas.

b) *Aspectos cognitivos*: Restricción emocional, racionalización de sentimientos e inhabilidad comunicacional. Generalizan para poder justificar la violencia: externalizan la culpa, adjudicando la violencia a la mujer. Hablan en tercera persona, desresponsabilizándose de sus actos. Minimizan, justifican, niegan sus comportamientos a partir de concepciones tradicionales y rígidas. Una de las características más significativas a nivel cognitivo es la ceguera selectiva, es decir, la ausencia de percepción entre lo que sus acciones provocan y la respuesta defensiva de la mujer. La ceguera tiene relación directa con la adhesión al estereotipo de género rígido.

c) *Aspectos emocionales*: Hombres con baja autoestima, afirmándola a través de la conducta violenta, relacionado con la inseguridad y la dependencia que sienten hacia sus compañeras, pero no pueden decirlo. Inhabilidad comunicacional que los dejan sin palabras, sobre todo para expresar sentimientos y emociones, ya que eso es

¹² Dutton, Donald, El golpeador..., cit.

cosa de mujeres desde el modelo patriarcal. Lo que sienten es *miedo* a perder a sus mujeres, ya que tienen una profunda dependencia afectiva, ya que su estructura de identidad se arma con base en ellas. La dependencia se sostiene por la estructura emocional empobrecida y vulnerable.

d) *Aspectos interaccionales*: El aislamiento se observa como característica central, no desde lo físico sino desde el pensamiento, con internalización de pautas homofóbicas y estereotipadas. No pueden sostener vínculos de intimidad con otros. En la interacción predomina la conducta de control basado en la inseguridad personal y expresado a través de los celos. Los comportamientos violentos están dirigidos sólo a la mujer, con premeditación y capacidad de autocontrol ante terceros. Manipulan a los hijos, utilizándolos para acercarse a la mujer, pero sin demostración genuina o preocupación por su bienestar. La celotipia es otro de los rasgos característicos.

Se visualizan también las *microviolencias*: control del dinero, uso abusivo del tiempo y del espacio, insistencia abusiva (gana por cansancio), abuso de la confianza de la mujer si ésta es muy dependiente de la aprobación del hombre. Creación de falta de intimidad, silencio, aislamiento, maniobras de explotación emocional. Algunos comportamientos pueden clasificarse como de *crisis*, que son utilizados cuando la mujer intenta expandir o manifestar su autonomía: excesivo control de la mujer, pseudo apoyo, ponerse en víctima, tomarse tiempos, distanciamiento y resistencia pasiva tendientes desgastar la iniciativa de la mujer.

f) *Ciclo de la violencia*

Dutton parte el análisis de las condiciones estructurales —conjunto de explícitos e implícitos— que definen acuerdos para la convivencia, con una modalidad más o menos ajustada al modelo cultural vigente y en donde parece incompatible la presencia simultánea en la familia de conceptos referidos al amor, la igualdad y la violencia.

Describe las características de la organización familiar que *facilitan* la aparición del fenómeno violento: 1) organización jerárquica fija e inamovible, basada en la creencia de desigualdades naturales; 2) sistema de autoridad en el que la distribución del poder se organiza en concordancia con las jerarquías, conformando relaciones de dominación-subordinación autoritarias; 3) modalidad relacional cercenadora de la autonomía. Son y actúan como el sistema les impone ser y permanecen inmovilizados en sus lugares; 4) fuerte adhesión a los modelos dominantes y estereotipos de género; y 5) un tipo de comunicación de significados que invisibilizan el abuso e imponen “naturalidad” al hecho dentro de la familia.

Leonor Walker¹³ formula un esquema en el análisis de las interacciones violentas conocido como Ciclo de la Violencia.

La violencia se produce, según este esquema, en *tres fases cíclicas* que varían en intensidad y duración según las parejas. Asimismo, se observa que a medida que transcurre el tiempo de convivencia la sucesión de las fases se acortan en el tiempo y aumenta la gravedad de los episodios.

1. Caracterizada por la *acumulación de tensión* en las interacciones. El hombre vivencia un malestar, puede experimentar la llamada excitación aversiva sin que me-

¹³ Walker, L., La mujer maltratada, Harper&Row, 1979.

die causa externa. Los incidentes van incrementándose en intensidad, con un monto de ansiedad y hostilidad progresivos. La actitud sumisa de la mujer refuerza el dominio del hombre. Período de agresiones psíquicas y amenazas e intentos de golpe. Las mujeres niegan la realidad de la situación (se disocia para poder sustraerse a la violencia que se avecina) y los hombres incrementan la opresión, los celos y la posesión, convencidos de que su conducta es legítima. Ambos están pendientes de sus reacciones. Cuando la tensión alcanza el punto máximo, sobreviene la fase 2.

2. Fase que se caracteriza por *el descontrol y la inevitabilidad del golpe*. La mujer muestra sorpresa frente al hecho que desencadena de manera imprevista ante cualquier situación trivial de la vida cotidiana. El hombre cae en un estado disociativo y no registra lo que sucede con su víctima. La acción lo libera de la tensión. Hay un alto grado de inestabilidad emocional y de impredecibilidad del desenlace: puede terminar en homicidio o suicidio. La mujer puede tener un colapso emocional que sobreviene entre 24 y 48 hs posteriores al incidente y presenta síntomas de estrés posttraumático como apatía, depresión y sentimiento de desamparo (Dutton). Es el ciclo de menor duración en el tiempo.

3. Esta fase es radicalmente opuesta a la anterior en términos de relación. Se distingue por la conducta de *arrepentimiento y demostración de afecto* por parte del hombre y de aceptación de la mujer, que cree en su sinceridad y en la promesa de que no se volverá a repetir. En esta etapa predomina una imagen idealizada de la relación. Algunos autores han descripto esta fase como "luna de miel".

El golpe aparece cuando la relación de dominación-subordinación debe ser reconfirmada por el hombre, en un intento por recobrar el poder perdido por medio de la fuerza física o emocional. El estado de impotencia implica el corrimiento de los estereotipos que pone en peligro la estabilidad del sistema.

El golpe del hombre debe ser visto como un acto de impotencia, más que como una demostración de fuerza, ya que, cuando no logra cumplir con su expectativa, siente que pierde el poder frente a la mujer. La mujer traduce la situación como una desconfirmación de su identidad.

Es interesante ver la *puntuación* que cada uno de los integrantes formula cuando relata un episodio¹⁴.

El hombre describe la conducta de su mujer como "provocadora" y justifica su accionar en un intento de "ponerla en su lugar". En este tipo de relación se da cierto consenso en cuanto a que el hombre es superior conforme mandatos culturales; la mujer, pese a detestar los golpes o ser insultada, debe confirmar su identidad eligiendo un partenaire que demuestre su primacía.

Se destaca que el abuso emocional (que acontece en la fase 1) anula progresivamente la capacidad defensiva y el sentido crítico de la víctima, disminuyendo su posibilidad de reconocer lo nocivo del vínculo y de actuar en consecuencia. Confusión, parálisis e impotencia son algunos de los efectos comunes.

Al naturalizarse esta modalidad abusiva, permite que este tipo de interacción se cronifique, con dificultad para ser detectada, hasta que deriva en algún tipo de dolencia mental o física o en hechos de violencia sobre el cuerpo.

¹⁴ Por puntuación se entiende una serie ininterrumpida de intercambios: estímulo-respuesta-refuerzo; conf. Watzlawick, Paul y otros, Teoría de la comunicación humana, Herder, Barcelona, 1985.

A diferencia de la violencia física que deja huellas sobre el cuerpo: moretones, fracturas, quemaduras, el abuso emocional genera síntomas invisibles en lo inmediato y huellas graves a largo plazo: aparición de cuadros depresivos, aparición de conductas impulsivas o adictivas y trastornos de alimentación.

En rigor, observamos que no se trata de un círculo propiamente dicho, como suele representarse gráficamente, sino un esquema espiralado en el cual nunca se vuelve al estado original, ya que se acelera el pasaje de una fase a la otra y simultáneamente el maltrato es más severo.

En esta secuencia hemos analizado, entonces, cómo la construcción socio-cultural de la masculinidad facilita la adopción de conductas violentas en las relaciones familiares, destacando que, si bien todos los varones han sido socializados con estos parámetros, no todos adoptan comportamientos violentos en sus relaciones interpersonales.

g) Una lectura del poder al interior de la familia que trasciende el género

Pilar Calveiro¹⁵ aporta a la comprensión del fenómeno de la violencia desde un análisis del poder dentro de la familia. Entiende que los estudios de género trabajaron en forma abundante la relación entre género y poder, pero desde una “perspectiva lineal” y descendente del poder, que en cierta forma simplifica el problema.

Esta autora efectuó estudios en México, abocados a profundizar las características y modos que adopta la resistencia en el marco de las relaciones de poder y para ello toma la familia como lugar de observación. Sustenta la idea de que familia y sociedad son ámbitos profundamente interconectados, que “resuenan” con frecuencias afines y en las que se juegan relaciones de poder que traspasan las fronteras, interpenetrando los espacios tanto públicos como privados.

Parte de la observación de que, aun en situaciones extremas en que los sujetos sociales están sometidos a poderes totales, son capaces de desarrollar distintas estrategias para oponerse al poder y alcanzar con ellas un éxito considerable. Logran sustraerse, transgredir de distintas maneras. Lo hacen en *forma subterránea* y, por ende, poco visible, de manera que lo que parecen conductas de sumisión enmascaran prácticas resistentes. Analiza entonces cómo actúan los débiles para sobrevivir, ampliar su influencia y establecer relaciones de poder menos asimétricas.

La familia, argumenta, aparentemente fundada en un convenio emocional y amoroso, está estructuralmente integrada sobre bases más sociales que individuales, ligada así a la organización social e incluso política. Por ello no es ajena a las relaciones de poder que circulan en la sociedad. ¿En qué sentido se puede hablar de relaciones de poder dentro de la familia? Pensando en las dimensiones del *amor* y el *temor*, constitutivas del poder, éstas se encuentran en la dinámica familiar: ambos elementos se hallan presentes tanto en las relaciones de pareja como en las que se establecen entre padres e hijos.

A partir de la constitución de la familia moderna se configuraron dos grandes líneas de poder familiar: una *generacional*, que va principalmente de padres a hijos, y otra de *género*, que se ejerce de hombres a mujeres. Ambas líneas, aunque persis-

¹⁵ Calveiro, Pilar, Familia y poder, cit.

ten, reconocen *modificaciones* originadas en nuevos procesos sociales que incorpora a niños, adolescentes y mujeres que incrementan su autonomía y atenúan o bien modifican los principios de autoridad dentro de la familia. La unidad familiar es entonces “un microcosmos anclado en pautas organizativas que se basan en relaciones de poder que generan no sólo consensos y acciones solidarias, sino también conflicto y lucha”.

El poder, sostiene, se presenta tanto en su cara visible como en su “cara oculta”. Sus manifestaciones subterráneas pueden ser aún más significativas que las visibles. En las relaciones de género es preciso indagar en aquello que no es evidente ni abierto, tanto para el caso del hombre como de la mujer. Uno y otra tendrían zonas de potencia, incertidumbre e impotencia, o lo que podríamos llamar los “puntos ciegos” de sus respectivos poderes.

El poder del hombre aparece en la apropiación de los espacios abiertos; sin embargo, es necesario ahondar en la parte escondida, retraída sobre lo “íntimo”, como la violencia intrafamiliar y sexual. Asimismo, el hecho de que el poder de la mujer resulte menos visible y ocurra en el marco de la subordinación social de género no implica que no exista. De hecho, afirma, *todo poder subordinado es principalmente subterráneo*.

Toma como base el estudio de la sociedad mexicana, en donde las relaciones de poder entre hombres y mujeres son asimétricas en beneficio de los primeros. Esta desigualdad se ha sustentado por la división del trabajo por sexos, según la cual los hombres se dedicaron a las tareas de producción externas a la familia, mientras que las mujeres quedaron “encerradas” en el ámbito doméstico. Tal división dio lugar a la “especialización” en la producción económica y de las mujeres en la reproducción sexual.

Pilar Calveiro cita a Simone de Beauvoir¹⁶, quien observa que estas identidades —como cualquier otra— se construyen en un complejo proceso individual y social que no es ajeno a la elección de los sujetos, pero tampoco está libre de coacción. Lo femenino y lo masculino van más allá de lo biológico, aunque lo incluyen, se construyen simbólicamente como referentes sociales y culturales. En *El segundo sexo* Beauvoir, cuando decía que *no se es mujer sino que se llega a serlo*, alude a la diferencia que existe entre el sexo como elemento biológico y el género como constructo social y cultural, como lugar de llegada.

El debate feminista¹⁷ retomó y desarrolló esta perspectiva, para desplazar la explicación biológica como causa de opresión de las mujeres. Se refuta así toda posible “fatalidad” en los roles sociales de la mujer. Lo biológico no desaparece sino que se enlaza con lo social, lo cultural, lo psicológico. En realidad, lo biológico mismo resulta atravesado por lo cultural. Desde este punto de vista, no hay una “esencialidad femenina”. Lo que llamamos “esencia” es una opción cultural reforzada que se ha disfrazado de verdad natural. En particular, *el feminismo de la diferencia*¹⁸, por aparente

¹⁶ De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, Sudamericana —DeBosillo—, Buenos Aires, 2010.

¹⁷ Ver también, Jaramillo, Isabel C., “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”, en West, Robin, *Género...*, cit., ps. 27/66.

¹⁸ Para profundizar las distintas posiciones del feminismo puede consultarse: Jaramillo, Isabel C., “La crítica...”, cit.

oposición al *feminismo de la igualdad* (que reivindica los parámetros de humanidad y universalidad como “igualadores” entre hombres y mujeres) pone énfasis en la imposibilidad de establecer lo femenino como valor fijo.

Jacques Derrida¹⁹ observa que si optamos por el *feminismo igualitario*, si nos atenemos a él, reproduciremos una cultura que tiende a borrar las diferencias, a regular el progreso de la mujer sobre el progreso de la condición del hombre. Desembocaremos entonces en una especie de interiorización del modelo masculino. Si nos limitamos al *feminismo de la diferencia*, nos arriesgamos también a reproducir una jerarquía, a desconocer la lucha política, sindical, profesional, so pretexto de que la mujer, en la medida en que es diferente y para afirmar su diferencia sexual, no tiene por qué rivalizar con los hombres en todos estos planos.

Entonces, ambas miradas, resultan necesarias.

En las últimas décadas, frente a la crisis de paradigmas totalitarios en torno al sujeto, la razón, la ciencia, se presta atención a las identidades y prácticas periféricas, fragmentarias, heterogéneas y transdisciplinarias. El análisis de género no es ajeno a esta tendencia.

La negación de la esencialidad femenina remite al entrelazamiento de la identidad de género con el de otras adscripciones sociales, étnicas, regionales. Allí se conectan las identidades periféricas y fragmentarias, potenciándose y superponiéndose entre sí. Esto se da sobre todo en América Latina, donde lo económico, lo social, lo cultural corresponden a sucesivas hibridaciones y mestizajes. Confluyen distintos patrones cívicos e históricos, superponiéndose identidades diversas.

Esta proliferación de prácticas y representaciones puede llevar a un “relativismo escéptico”, es decir, la ingenua aceptación de lo diverso, sin cuestionar la asimetría que existe entre ellas. Todo resulta explicado por la “diversidad” y puede caerse en una posición indiferente.

La interconexión y el diálogo entre identidades parciales pueden implicar un descentramiento no autoritario, el reconocimiento de la alteridad y la reconexión no homogeneizada de prácticas móviles y periféricas, una de las cuales sería la identidad de género.

Calveiro continúa afirmando que, desde una visión marxista para explicar el poder masculino, se recurre al concepto de hegemonía de matriz gramsciana. Para Gramsci, el poder es, siempre e inseparablemente, coerción más consenso. Todo poder hegemónico conlleva ciertos niveles de aceptación y legitimación por parte de quien resulta sometido a él. Para este autor, la hegemonía siempre está en disputa, en un escenario que no reconoce espacios ganados o perdidos definitivamente. Nos remite esta idea a actores móviles y en pugna, concepto que resulta útil para el análisis del problema de la relación hombre-mujer.

Pero para Calveiro esta perspectiva presenta una limitación: si bien Gramsci reconoce multiplicidades, las organiza en bloques, finalmente dos que se enfrentan y disputan, refuerza una lógica binaria, que tiende a reducir las relaciones de poder a dos alternativas opuestas, dificultando el reconocimiento de posiciones o bien intermedias, o bien poli o ambivalentes.

¹⁹ Derrida, J., “Feminismo de(s)construcción”, *Revista de Crítica Cultural*, nro. 3, Santiago de Chile 1991; cit. por Calveiro, Pilar, *Familia y poder*, cit.

La autora rechaza los análisis que proponen nociones de hegemonía y contra hegemonía como lugares estables en donde el hombre ostentaría el poder, frente a un lugar del no poder que sería el de la mujer. Desde esta perspectiva, se enfatiza el aspecto abierto, frontal de la contradicción y desaparece o pierde relevancia la resistencia subterránea y lateral, desconociendo cómo los débiles construyen espacios de resistencia.

Esta politóloga argentina sostiene que no existe en la familia —tampoco en la sociedad— una gran y última confrontación, según la cual se alinean los actores, sino *redes de poder en la que el mismo sujeto juega de maneras diversas*. Como ejemplo, cita que la mujer puede ocupar a la vez una posición subordinada en relación a su pareja y una posición de poder en relación a los hijos, y también con las nueras y otras mujeres del mismo núcleo. *El mismo actor puede funcionar como sujeto de poder y como sujeto resistente, según la relación a la que se refiera*.

No hay, entonces, algunos que “tienen” poder y otros que carecen de éste, no hay dos campos, sino numerosos lugares intercambiables y móviles, pero también es necesario analizar la diferencia sustantiva entre estos lugares en cada relación —ya sea de ejercicio de poder o de subordinación a éste—. Recurre para ello a las expresiones “*rol subordinado, posición subordinada*”, o bien, “*posición de dominio, lugar del poder*”.

De esa forma indica que no se trata de dos campos estables sino de multiplicidad de asimetrías que se articulan, en cada una de las cuales se puede ocupar una u otra posición dentro del mismo grupo familiar, desempeñar simultáneamente funciones de dominio y de subordinación.

Si se considera a la *resistencia* como mecanismo que se utiliza desde la posición subordinada pero que tiende a ir configurando poder con cierta autonomía, aun en una relación de poder pueden coexistir acciones de poder y resistencia. Se forman así *redes y cadenas de poder y resistencia* y cada sujeto puede participar a la vez de más de una.

Esta perspectiva, sostiene, se inscribe en la línea de reflexión de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Michel Crozier, según los cuales el poder no se entiende como una posesión, ni se encuentra en un lugar ni centro determinado, sino que circula de manera desigual, constituyendo focos de concentración de poder y otras zonas de menor densidad. Se configuran así *relaciones asimétricas* que implican dos dimensiones: una negativa y otra positiva: *una represiva y otra generadora*. La primera se refiere a la capacidad de negar, prohibir, castigar. La segunda es del orden de la creación, de ella deriva la posibilidad de producir discurso, verdad y deseo.

Entonces, en cualquier relación de poder es imposible encontrar un lugar de acumulación infinita de potencia o bien una región que carezca de toda carga. Para este estudio, la relación hombre-mujer no se puede entender como un vínculo de poder-no poder, sino como una serie de relaciones de uno frente al otro que generan concentraciones diferentes de poder. En síntesis: *el poder no se despliega sin oposiciones*.

Frente a los poderes instituidos existen oposiciones abiertas, frontales, que designa la autora como *confrontación*. La confrontación obliga a un gran despliegue de energía cuya eficacia es dudosa, opera como desafío, como lucha abierta y tiende a la ocupación de espacios y prácticas vedadas o en los que existe desigualdad de participación. En el caso de la relación de hombres y mujeres, la confrontación se asocia

a la lucha abierta por el control de los ámbitos públicos, históricos masculinos, como el laboral-formal, el político, el científico. Podemos caracterizarla como resistencia violenta. Si bien se da dentro de una relación asimétrica, supone una reorganización de ésta, una atenuación, al menos temporal, del dominio.

La confrontación puede tener efectos perversos, como reproducir e incluso potenciar las relaciones de poder pre-existentes, o permitir la adaptación, incorporando procedimientos nuevos pero no más equitativos (p. ej., salida laboral de la mujer sumada a las tareas domésticas con marcada sobreexigencia para ésta).

La *resistencia* se da desde la posición subordinada. Se refiere a formas laterales o subterráneas de oposición. Se dirige hacia los lugares periféricos del poder para incidir desde allí al centro. Su acción no supone una racionalidad explícita. No es irracional, se mueve “naturalmente”. Puede que no exista la voluntad manifiesta o incluso la conciencia de socavar el poder instituido. Se despliega sobre todo desde los espacios asignados como lugares de control —la familia para la mujer, como ejemplo—, haciendo de ellos ámbitos resistentes con respecto al poder del otro. Opera en procesos de largo plazo y suele ocurrir en espacios de lo cotidiano y en espacios sociales y privados. Implica distintas prácticas, incluso simbólicas, y comprende miles de estrategias que tienden a incrementar la incertidumbre de quien ejerce el poder, ampliando la capacidad de movimiento de quien detenta la posición subordinada.

Su solo movimiento y su supervivencia desgastan al poder, obligándolo a detectarla primero y neutralizarla después. La “debilidad” que la hace imperceptible es la razón de su potencia, porque es difícilmente detectable. Su invisibilidad es requisito para su supervivencia (p. ej., la mujer sostiene a viva voz la autoridad del marido, mientras la trasgrede de diferentes maneras para ocultar su propio juego).

Tiempo, memoria y silencio son recursos privilegiados de la resistencia. La apuesta a largo plazo, mantenimiento de la memoria viva y la “retirada de la palabra, del sentimiento, del cuerpo” son algunas estrategias de los que resisten. Estas formas pueden aparecer como sumisión y confundirse con ella, aunque son una parte sustantiva de las estrategias resistentes.

La resistencia de las mujeres puede realizar recorridos imprevisibles, capaces de encontrar y crear líneas de *escape - fuga*, vectores que les permiten, en lugar de “sobrevivir” y encontrar resquicios dentro de las relaciones de poder masculinas, encontrar verdaderas fisuras y “salir” hacia otro lugar, inaccesible o difícilmente atrapable para el hombre. Una de las expresiones está dada por la salida hacia lo infinito, lo místico —lo religioso— (en relaciones donde la asimetría impide la confrontación y restringe otras formas de resistencia).

Confrontación, resistencia y fuga, concluye Calveiro, se combinan y articulan de maneras diferentes y cambiantes, logrando restringir el poder instituido.

Toda confrontación, toda acción resistente y todo escape son objeto inmediato de *mecanismos de reatrapamiento* en las redes del poder, que se reconstituyen incesantemente.

Los centros de poder y los centros de resistencia tejen y destejen simultáneamente unos sobre otros, intentando alternativamente el escape de la red y la reconstitución de ésta.

Confrontación, resistencia, escape y reatrapamiento son momentos inseparables en las relaciones de poder en general y entre hombres y mujeres en particular.

Todas estas formas de respuesta a las relaciones de poder, así como la sumisión lisa y llana, no aparecen separadas, sino que se combinan unas con otras, de manera cambiante.

La autora, sobre la base de la investigación empírica, encontró que 1) las *relaciones más simétricas* son aquellas en que todas las modalidades se reúnen, bajo equilibrios delicados y únicos. No se caracterizan por la ausencia de confrontación violenta, sino que ésta aparece, aunque siempre junto a las más variadas formas de resistencia, la negociación e incluso la sumisión. La presencia de ciertos niveles de confrontación no incrementa la violencia en estas relaciones sino que la restringe; y 2) por el contrario, en las circunstancias de *mayor asimetría* hay una masificación de la violencia que proviene de un solo centro de poder masculino, arbitrario, casi total, y que tiende a generar una suerte de parálisis incapaz de frenarlo.

3. Abordaje sistémico y comunicacional

Perrone y Nannini²⁰ efectúan el análisis desde la premisa de que todos somos capaces de actuar hasta con violencia extrema, según sean las circunstancias en las que creamos estar expuestos. Focalizan en los conocimientos que los operadores precisan poseer para poder intervenir cuando la violencia no constituye un hecho aislado sino que es la modalidad relacional que se privilegia.

Parten de la teoría de la comunicación humana de la escuela de Palo Alto, entendiendo su pertinencia para abordar los fenómenos de violencia.

Coincidiendo con estos autores, podemos afirmar que

— “La intervención de la ley es necesaria pero no es suficiente”. No basta con comprender sino que es preciso intervenir. La primera etapa consiste en describir la compleja dinámica relacional en las familias con transacción violenta. Arribar a un diagnóstico del estilo de configuración vincular que predomina en la familia en estudio conforme a ella, diseñar el modelo de intervención

— La violencia se presenta con las características de la urgencia y la crisis. Aunque sus razones y determinismo estén inscriptos en lo más profundo de las historias individuales, el aquí y ahora del sufrimiento parece no admitir ninguna demora en la intervención.

— Proponen no hacer la diferencia entre: “víctima - verdugo”, ya que crea una situación cerrada e inmóvil; el desafío es analizar la forma en que cada uno participa del acto violento. Prefiere hablar de “actores de la violencia” y diferenciar emisores de receptores.

— Toman como información la interacción y no las características individuales de cada individuo.

Perrone y Nannini enuncian como premisas:

1) La violencia no es un fenómeno individual sino la manifestación de un fenómeno interaccional; es el resultado de un proceso de comunicación entre dos o más personas.

²⁰ Perrone, Reynaldo - Nannini, Martine, *Violencia y abusos sexuales en la familia*, 2ª ed., 1ª reimp., Paidós Terapia Familiar, Buenos Aires, 2010.

2) Todos cuantos participan en una interacción se hallan implicados y son, por lo tanto, responsables (se refiere a una responsabilidad interaccional), si bien la ley sólo castiga a quien pasa al acto. Incluso puede observarse una actividad precoz y activa en muchos niños en la interacción violenta. Todos los actores de una secuencia de violencia se hallan involucrados.

3) Todo adulto con capacidad para vivir de modo autónomo es el garante de su propia seguridad. Si no asume esta responsabilidad, estimula los aspectos incontrolados y violentos de la otra persona.

4) Cualquier individuo puede llegar a ser violento con diferentes modalidades y manifestaciones. Violencia y no violencia corresponden a una situación de equilibrio inestable en un mismo individuo. En determinado contexto o determinada interacción se puede manifestar violencia.

Diferencian “agresión” de “violencia”. La primera tiende a definir el territorio de cada uno y para hacer valer “su derecho”. La violencia, en cambio, rompe los límites del propio territorio y los del otro, invade la relación y lo vuelve confusos. Es una fuerza destructora de sí mismo y del otro.

Definen *acto violento* como “*todo atentado a la integridad física y psíquica del individuo, acompañado por un sentimiento de coerción y de peligro*”.

a) Organizaciones relacionales sobre la base de su función interaccional

a.1) Violencia agresión

Se da entre dos o más personas vinculadas por una relación de tipo simétrico, igualitaria.

A y B se hallan en situación de rivalidad y actitud de escalada. Los partenaires reivindican el mismo estatus y se esfuerzan por establecer y mantener igualdad entre sí. Termina en una agresión mutua, recíproca y pública.

Entre un adulto y un niño, por ejemplo, el estallido de cólera seguido de golpes dirigidos a un niño que no se somete. Éste, a pesar de la paliza, mantiene su oposición y desafío. El nivel jerárquico se borra.

Suele darse tras la agresión una *pausa complementaria*, que es utilizada como “comodín” por los actores. El que agredió pide perdón, el otro abandona el enfrentamiento, se da la “reconciliación”, la reparación y ambos se olvidan del pasaje al acto y refuerzan su alianza. Durante ese período pueden buscar ayuda fuera del sistema (terapéutica o instancia social).

La pausa complementaria comprende dos etapas: 1) aparición del sentimiento de culpabilidad y movimiento de reparación; 2) comportamiento concreto reparatorio como mecanismo de olvido, banalización, desresponsabilización y desculpabilización. Sirven para mantener el mito de la armonía, la solidaridad y de la “buena familia”.

Señalan que esta etapa puede ser la puerta para una intervención terapéutica pero también puede bloquear esa posibilidad al trivializar la violencia por medio de reparaciones apresuradas.

En esta forma relacional, la identidad y la autoestima están preservadas y el otro es existencialmente reconocido. El pronóstico es positivo y las secuelas psicológicas limitadas. Los actores muestran preocupación y la intención de salir adelante.

a.2) *Violencia castigo*

A y B están de acuerdo sobre la definición del papel y lugar que le corresponde a cada uno. Hay una adaptación mutua. Los partenaires no tienen el mismo estatus. El modelo se basa en la aceptación y utilización de la diferencia existente entre ambos individuos. Parte, entonces, de una relación desigual, por lo que la violencia es unidireccional e íntima. Uno de los actores reivindica su superioridad y se arroga el derecho de infligir un sufrimiento al otro.

No hay pausa, el emisor considera que debe comportarse así y el receptor está convencido de que tiene que conformarse con la vida que le imponen. La persona que ocupa la posición baja pierde sentido de su integridad y puede tanto justificar la violencia como negarla.

Este tipo relacional se mantiene en la esfera privada, ninguno de los integrantes habla de ella.

Ambos integrantes tienen muy baja autoestima. El actor emisor es rígido, carente de empatía (capacidad de ponerse en el lugar del otro).

Esta modalidad relacional afecta severamente la identidad de la persona en posición baja, su autoestima está quebrantada. El pronóstico es reservado. La persona en posición alta tiene mínima conciencia de la violencia y confuso sentimiento de culpabilidad.

Estos autores enfatizan que simetría y complementariedad no son excluyentes en la interacción.

b) *Teoría del relais*²¹

En muchos casos, además de los “actores” de una interacción violenta, hay una *tercera instancia* —*relais*— formada por parientes cercanos o vecinos que intervienen en la dinámica. El tercero se propone detener la violencia, pero en general fracasa. Aunque pueda lograr que la violencia se detenga momentáneamente, de modo indirecto, impide que los actores encuentren el modo de pararla por sí mismos.

Se da en una *relación simétrica*, lo que resulta coherente con el *carácter público* de esta organización relacional.

Del relais al regulador

La instancia externa interiorizada se convierte en *regulador*. En el nivel social, esta instancia exterior está representada por la *ley* (p. ej., padre que insta al niño a tranquilizarse cuando observa que está nervioso. El niño no tiene la capacidad para ejercer la autoobservación y la autocorrección. Los padres son la tercera persona exterior que le envía imágenes capaces de inducir el aprendizaje de la autoobservación y autocorrección).

La autonomía está relacionada con la capacidad que tenga el sistema para incorporar instancias dirigentes de las que antes dependía. La complejidad y la madurez marchan a la par de la capacidad de regulación. *Los reguladores tienen la función de controlar los impulsos violentos, desarrollar la autonomía y permitir el proceso de so-*

21 Perrone, Reynaldo - Nannini, Martine, *Violencia...*, cit.

cialización. La *responsabilidad* es un ejemplo de reguladores adecuadamente incorporados.

En contextos de aprendizaje perturbados o contextos especiales, como el del alcohol o la droga, se ve obstaculizado o disminuye la capacidad de regulación.

La constelación familiar, los trabajadores sociales, la policía o la justicia pueden desempeñar el papel de relais (p. ej., de la niña que comienza a llorar y hace una crisis de asma cuando sus padres discuten y al escucharla dejan de pelear y se ocupan de ella). Con el correr del tiempo deja de funcionar, ya que los padres la ignoran y la niña recurre a los vecinos, quienes se convierten en relais, luego éstos, luego de repetidos incidentes se cansan de intervenir y la niña termina llamando a la policía, quien se lleva detenido al agresor.

En cualquier comunicación, los participantes saben de modo inconsciente la dosis de poder que cada uno necesita para que el problema de la relación no invada constantemente los intercambios. Sea simétrica o complementaria, circula una “corriente comunicacional” con un grado de tensión óptimo que tiende a la estabilidad. Durante un tiempo permite a los actores no preguntarse quién decide o quién controla.

El relais se activa cuando detecta una perturbación en lo que se ha denominado “estabilidad ideal de la relación”. La persona o la instancia que intervienen pueden parar la violencia, pero al mismo tiempo evitan a las partes el tener que hacerlo por sí mismas. El sistema soslaya el aprendizaje de los comportamientos de contención. El relais condiciona la duración del sistema y se convierte en parte integrante de él. Al evitar los aprendizajes, el relais puede intervenir y debe seguir haciéndolo. *La existencia del relais hace posible la repetición de secuencias que conducen al acto violento*. Al quedar restablecido el nivel óptimo después de cada crisis, el sistema tiene garantizada su continuidad. El relais existe siempre y cuando el sistema lo active, atribuyéndole esa función. Se distinguen tres niveles:

1er. nivel: familiares o red contigua a la familia (familia extensa, amigos).

2do. nivel: asistentes sociales, servicios de salud mental, terapeuta, grupos de asistencia, red perifamiliar.

3er. nivel: personas de diferentes instituciones: policía, justicia, hospital que intervienen sobre los individuos, no sobre la relación. Apuntan a separar, interrumpir la comunicación entre los dos polos. Ejercen más bien un tratamiento de reparación o sanción del individuo.

III. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

Podemos considerar la violencia familiar como una problemática social compleja²². Carballeda define de este modo a las nuevas expresiones de la cuestión social, caracterizadas por la complejidad tanto desde la perspectiva normativa como desde el impacto que tienen en la sociedad. Las problemáticas sociales complejas, afirma este trabajador social argentino, no son estáticas, se mueven en los laberintos de la heterogeneidad de la sociedad, en la crisis de deberes y derechos subjetivos, en el caso de los modelos clásicos de las instituciones y en la incertidumbre de las prácticas

²² Carballeda, Alfredo, *Los cuerpos fragmentados. La intervención en lo social en los escenarios de la exclusión y el desencanto*, Paidós, Buenos Aires, 2008.

que intentan darle respuestas. Asimismo, las describe como transversales y reclaman intervenciones desde diferentes ámbitos, lo que implica nuevos desafíos para las posibilidades de la interdisciplina. Enfatiza que “las problemáticas sociales complejas exceden las respuestas típicas de las instituciones, dado que éstas fueron construidas dentro de la lógica más ligada a la homogeneidad de las poblaciones que a su heterogeneidad, y reclaman respuestas singulares”.

La judicialización del problema puede tener diferentes objetivos y alcances, según la habilidad de los operadores para poder diagnosticar adecuadamente el tipo de violencia de la que se trate, seleccionar una estrategia de abordaje, elegir una herramienta técnico-procesal acorde y realizar una correcta derivación a un efector de salud para el acompañamiento y tratamiento de todos los involucrados.

De homologarse los análisis, los procedimientos y las respuestas, puede correrse el riesgo de que la instancia resulte no sólo ineficaz, sino iatrogénica, sumando daños al tejido familiar en general y a algunos de sus miembros en particular.

Debe considerarse el impacto que tiene en las familias su pasaje por el sistema judicial, al tiempo de mensurar en especial la repercusión que tienen las medidas que se toman y las formas en las que ellas son ejecutadas.

Probablemente en muchos casos sea necesaria la interrupción transitoria o definitiva de la convivencia; sin embargo, la forma en que ésta se implemente no resulta inocua a los fines de la reconstrucción de los escenarios futuros para la reorganización familiar.

En este marco, debe sopesarse adecuadamente la gravedad, la urgencia y el peligro. En algunos casos puede no resultar adecuada la exclusión violenta mediando intervención policial, incluso delante de los hijos. En otros, esa escena puede ser reparadora a efectos de visualizar el actuar de la ley, aleccionando acerca de los límites sociales respecto de las conductas privadas.

La judicialización de la vida familiar conlleva por lo menos dos limitaciones importantes para tener en cuenta.

La primera, como sostiene Graciela Nicolini²³, son los efectos del límite con el que la propia lógica jurídica recepciona las necesidades de la gente.

Afirma la autora que para arribar a las posibles soluciones que se barajan en el campo judicial, se atraviesa un proceso que también afecta y modifica la situación o problema original; en dicho espacio se reciben relatos de hechos e historias de vida que muchas veces son interpretados sobre la base de “estereotipos” y presunciones que contribuyen a generar “ficciones” organizativas; éstas son formas de organizar la realidad, haciéndola inteligible a nuestro entendimiento de darle significado. En este proceso de construcción que realizan los agentes judiciales a partir del conflicto o situación propuesta al campo jurídico, se configura una expropiación: “cambian los conflictos presentados por los particulares y, así cambiados dejan de pertenecer a su protagonistas”. Cuando los conflictos penetran en la esfera judicial, son apropiados por el sistema y las experiencias de las partes se tornan secundarias e irrelevantes, sólo importan en la medida en que pueden ser convertidas en algo que el sistema pueda procesar. En esto consiste la expropiación por la que los agentes judiciales extractan

²³ Nicolini, Graciela, *Judicialización de la vida familiar - Lectura desde el trabajo social*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2011.

de las historias de los justiciables lo que consideran relevante y lo traducen a un lenguaje extraño. Aun cuando la versión del problema sea ajena a los involucrados, pasa a ser la única versión válida. Esta redefinición de la experiencia ordinaria que implica la entrada en el campo jurídico da lugar a ciertas constricciones, entre las cuales pueden señalarse la conversión de los problemas a categorías limitadas y estereotipadas, así como también la necesidad de llegar a decisiones que polarizan (por ejemplo, culpable/inocente) y que, por ende, no reflejan la complejidad de la vida que pretenden ordenar.

Esto explica la razón por la cual puede ser aplicada indiscriminadamente una sola teoría explicativa del fenómeno de la violencia familiar incluido en una ley positiva. Puede resultar tranquilizador para los operadores jurídicos “llenar” la estructura que brinda una teoría sostenida por la ley como única variable de análisis. En general, no existe una interpelación respecto de los efectos de la práctica judicial; para muchos, si se cumple con lo que dice la ley es suficiente y “es justicia”.

La segunda limitación es la propia del derecho como práctica discursiva y por ello merece su permanente análisis para custodiar que la síntesis discursiva no genere exclusiones evitables.

En efecto, analizar el derecho desde la teoría crítica²⁴ presupone concebirlo dentro de la teoría del discurso²⁵, por cuanto en toda formulación existe una tensión de poder que define “lo que es”, al tiempo que excluye “lo que no es”. Quien formula el discurso lo hace con una legitimidad derivada de su hegemonía en detrimento de quienes se encuentran ausentes como actores del discurso por carecer de poder.

Cuando una norma jurídica designa, al mismo tiempo desplaza; cuando define, excluye.

El derecho instituye, crea sentidos. Hasta que el derecho no nombra el sujeto está ausente de su mundo, sus necesidades excluidas de reconocimiento.

La teoría crítica del derecho pretende deconstruir el discurso, verificar quién se encuentra ausente en su producción e incorporar a los excluidos de él para dotarlos del poder creador en los sentidos sociales.

La creación de sujetos especiales en el mundo jurídico brinda la posibilidad de realizar los reconocimientos a situaciones específicas que requieren un tratamiento particular: el trabajador en la legislación laboral, el consumidor, los pueblos originarios, las personas con capacidades diferentes, la niñez, entre otros.

En la lucha por las reivindicaciones de las mujeres, ellas, como sujetos de especial miramiento de acuerdo a sus necesidades específicas y como consecuencia de exclusiones y opresiones históricas, se encontraron ausentes de la formulación del discurso del derecho hasta hace relativamente poco tiempo. A partir de la positivización de sus derechos, merced en muchos casos a los consensos internacionales logrados, se ha posibilitado un marco normativo que permite el acceso a los tribunales y la visibilización de problemáticas silenciadas históricamente. Se logró incorporar al discurso del derecho a un sector largamente excluido.

²⁴ Mari, Enrique - Ruiz, Alicia - Carcova, Carlos - Entelman, Ricardo - Ost, Francois, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

²⁵ Foucault, M., *El orden del discurso*, Collège de France, 2 de diciembre de 1970, La Piqueta, Madrid, 1996.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el nuevo discurso puede encontrarse atravesado por los mismos defectos antes reseñados. Si todo discurso tiende a excluir, debemos reflexionar qué o quién puede quedar excluido de la conformación del nuevo discurso, pues, si así fuera, el nuevo desafío es re conformarlo con las inclusiones debidas.

Cuando hablamos de discursos no hablamos solamente de la utilización de la palabra en la enunciación de teorías explicativas de los fenómenos, sino que también conforman los discursos las prácticas discursivas que van a influir en la conformación de los textos —ya sean éstos normas, escritos judiciales, sentencias, pericias—.

Desde este punto de vista, la selección de los procedimientos, las formas de recabar datos, las preguntas que se realizan, la puntuación de las secuencias en un relato y las categorías en que se intenta hacer coincidir la información recolectada forman parte de las prácticas discursivas que integran el discurso.

IV. CONCLUSIÓN

La incorporación de la teoría del género en el derecho positivo brinda una herramienta importante para la defensa de un sector social vulnerable, vulnerado y largamente excluido.

Sin embargo, su aplicación en forma exclusiva y excluyente, como discurso hegemónico sobre la violencia familiar, deja por fuera el análisis de otros tipos de configuraciones vinculares. Estas otras modalidades relacionales, si bien dan lugar a intercambios violentos, no presentan las características de participación de los involucrados con la modalidad que la mencionada teoría arguye. Por tanto, su abordaje y tratamiento no resultan eficaces a la hora de comprender la complejidad del problema.

Desde la práctica profesional en el sistema de justicia entendemos necesario complementar la lectura de estas situaciones con la aplicación de otros enfoques teóricos. Asimismo, para que la ley, que es pensada como universal, sea una herramienta eficaz, deberá ser aplicada en cada caso particular ponderando el impacto que podrán tener las medidas que, en principio, se piensan como protección pero que, de no resultar adecuadas a ese escenario familiar específico, pueden resultar iatrogénicas.

Coincidiendo con Perrone y Nannini²⁶, “la ley es necesaria pero no suficiente” para abordar estas situaciones complejas. Consideramos imprescindible la mirada y la intervención de diferentes disciplinas y la articulación de la instancia judicial con instancias de tratamiento psicológico y social.

26 Perrone, Reynaldo - Nannini, Martine, *Violencia...*, cit.

REFLEXIONES ANTE LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

por JORGE O. AZPIRI*

I. INTRODUCCIÓN

Las noticias periodísticas informan que durante su tramitación legislativa se ha eliminado del Proyecto de Código Civil la gestación por subrogación que contemplaba el Anteproyecto elevado al Congreso de la Nación¹. Esa institución —la maternidad subrogada o también llamada el alquiler de vientres— ha merecido tanto opiniones doctrinarias favorables a su incorporación legislativa como cuestionamientos severos en contra de esa posibilidad, pero no es ésta la oportunidad para reflotar tales argumentos².

La cuestión que pretendo abordar es la solución jurisprudencial que deberá adoptarse frente a esta situación, que no es otra que la misma que se presenta en la actualidad; esto es, la posibilidad de que nazcan hijos mediante la técnica de subrogación de la maternidad sin que existan normas que contemplen de manera expresa las consecuencias que esa práctica tendrá respecto de la filiación del nacido con ese procedimiento.

Hasta el presente se ha dictado el 18/6/2013 un fallo de primera instancia que se encuentra firme, en el que se hizo lugar a la inscripción del nacimiento respecto de los aportantes del material genético del embrión implantado en la mujer que dio a luz ese hijo³. Esta sentencia ha sido ponderada por parte de la doctrina⁴, como también ha sido objeto de críticas por otra parte de ésta⁵.

* Profesor titular consulto de la materia Derecho de Familia y Sucesorio, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ Ver diario *La Nación* del 11/11/2013.

² Un pormenorizado análisis se encuentra en Famá, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, LL 2011-C-1204; Castellón, Ana I., “La voluntad procreacional como nuevo criterio de atribución de la maternidad”, JA 2013-III; AP/DOC/1689/2013.

³ Juzg. Nac. Primera Instancia Civ. nro. 86, 18/6/2013, “N. N. o D. G. M. B. M. s/Inscripción de nacimiento”, elDial Online del 27/6/2013, AA7FB3.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lamm, Eleonora - Herrera, Marisa, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LL 2013-D-195.

⁵ Sambrizzi, Eduardo, “Maternidad subrogada. Una sentencia que se aparta de la ley”, *Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2013, p. 39.

II. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN FRENTE AL HECHO CONSUMADO

Como se expresó, esta falta de regulación específica de las consecuencias filiatorias no impedirá que la técnica de la maternidad por subrogación se siga utilizando. Es por ello que me permito reflexionar sobre las posibles soluciones que se podrían adoptar por vía jurisprudencial respecto del hijo nacido como consecuencia de esta práctica. Una posible respuesta del juzgador frente al caso planteado es la que se ha seguido en la sentencia citada. Allí, ante a la imposibilidad de una mujer casada de llevar adelante su embarazo, decide junto con su marido recurrir a la maternidad por subrogación, aportando ellos el material genético y prestándose en forma gratuita a esa práctica otra mujer, casada y separada de hecho y con hijos mayores de edad.

Al momento del nacimiento se procede a inscribir en el Registro Civil ese hecho, pero sin que conste la maternidad de la mujer que alumbró al hijo, lo que posibilita el pleito tendiente a que se proceda a anotarlo directamente como hijo de los cónyuges que encomendaron la maternidad a la otra mujer.

Los argumentos que sustentan la sentencia favorable a esa pretensión son de diversa índole. Por una parte, luego de reseñar las normas que regulan la atribución de la maternidad a la mujer que alumbró el hijo y de hacer un *racconto* de las diversas variantes que puede tener la maternidad por subrogación, se concluye que debió inscribirse al hijo a nombre de la mujer que lo dio a luz, pero como no se concretó ese hecho, “no habrá de rechazarse la petición por la existencia de esta cuestión formal, no menor por cierto, ya que entiendo que no reporta beneficio a ninguno de los interesados”.

Tal fundamento merece algunas consideraciones. Por una parte, la atribución de la maternidad que impone el art. 242, CCiv., vigente no es una mera cuestión formal, sino que apunta a la esencia del régimen de determinación del vínculo materno en forma inmediata al nacimiento con independencia de la voluntad de los interesados.

Por ello, no podía el juzgador dejar de aplicar esa disposición. Sobre todo, porque no se encuentra abierta la posibilidad de determinar la conveniencia o no de su implementación. Dicho de otra manera, la norma es de orden público y no se encuentra en el ámbito de las facultades judiciales discernir si su aplicación reporta o no beneficio para los interesados. De lo contrario, el sentenciante se transforma en legislador so color de interpretar una disposición determinada, lo que atenta contra el sistema republicano de división de poderes y funciones.

Nótese que el juzgador tampoco cuestiona la constitucionalidad de dicha disposición, ya que en ningún momento de la sentencia se hace alusión a esa posibilidad. Si hubiera argumentado al respecto podría haber dejado de tenerla en cuenta bajo el manto de su supuesta inconstitucionalidad. Esto significa que, luego de reconocer que se trata de una norma vigente y que debe ser aplicada, no la ejecuta porque no aporta beneficios para los interesados, abriendo un campo a la discrecionalidad judicial que en nada contribuye a la certeza que debe existir en la determinación de la maternidad.

Resulta llamativo, como lo remarca Gitter, haciendo una apelación a la institucionalidad, la conformidad del agente fiscal y del Registro Civil con la no aplicación del derecho vigente en la sentencia que se comenta⁶.

⁶ Gitter, Andrés, “Gestación por sustitución”, *Derecho de Familia y de las Personas*, noviembre 2013, p. 105.

Es cierto que no se encuentran previstas en forma expresa las consecuencias de la maternidad por subrogación, pero no es menos cierto que el caso tiene una solución expresa en la ley vigente: atribuir la maternidad a la mujer que alumbró al hijo.

Otro de los argumentos centrales de dicha sentencia se refiere a la importancia que adquiere la voluntad procreacional a los efectos de determinar la filiación cuando se ha recurrido a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Esta fundamentación lleva a otras reflexiones. Una de ellas consiste en que al momento de dictarse la sentencia y, en la actualidad, la voluntad procreacional no ha tenido recepción legislativa como fuente de la filiación por naturaleza. Ello es así, porque el art. 240, CCiv., alude a esa especie de filiación, junto a la adoptiva, haciendo prevalecer en aquélla la existencia de vínculo biológico a los efectos de determinar la relación filial. Y esa determinación es independiente de la existencia o inexistencia de voluntad procreacional, ya que habrá atribución de maternidad a la mujer que dio a luz aunque el hijo haya sido engendrado como consecuencia de una violación y habrá posibilidad de determinar la paternidad respecto del hombre que aportó el semen aunque éste hubiera tenido el recaudo de utilizar un preservativo si la mujer, después de la relación sexual, se lo inyectó en su vagina. En ambos ejemplos es clara la falta de voluntad procreacional y, sin embargo, se impone el vínculo filial correspondiente. Por ese motivo, aunque se hubiera recurrido a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, no se encuentra reconocida la voluntad procreacional como fundamento de la filiación por naturaleza.

Es posible destacar que dicha voluntad procreacional encuentra su pleno desenvolvimiento en la legislación actual, a través de la adopción, con la consiguiente sentencia que establece ese vínculo filial. No existe mayor demostración de la decisión de tener un hijo que aquella que se manifiesta a través de la adopción. Pero esa admisión no posibilita, en modo alguno, que pueda servir de sustento a la filiación por naturaleza cuando se ha producido la disociación entre la mujer gestante, la mujer aportante del material genético y la que tiene la voluntad de asumir esa maternidad. Además, hay que tener en cuenta que, si se confirma la exclusión de la gestación por sustitución del Proyecto de Código Civil, no será posible utilizar ese argumento para sustentar la solución propuesta por la sentencia que se comenta, por cuanto de una manera deliberada se habrá excluido esa circunstancia de hecho de los efectos que puede tener la voluntad procreacional. Esto significa que, en caso de incorporarse la voluntad procreacional como fuente de la filiación cuando se utilizan técnicas de reproducción asistida, deberá aplicarse restrictivamente ese efecto a los casos expresamente contemplados en la ley pues, de lo contrario, se estaría admitiendo por vía interpretativa una situación que el legislador expresamente omitió regular.

También la sentencia se sustenta en que el Proyecto de Código Civil contempla la regulación de la gestación por subrogación y que se encuentran reunidos en el caso casi todos los requisitos que allí se exigen para permitir que la inscripción del hijo se haga a nombre de los comitentes.

Sin embargo, es posible sostener que una norma proyectada no puede servir de fundamento para una solución jurisprudencial porque, como se comprueba en el presente caso de una manera incontestable, dicho Proyecto puede no ser sancionado, restando, de ese modo, toda validez a esa argumentación.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que la propia sentencia reconoce que no se han cumplido con todos los recaudos que exigía la disposición proyectada, porque faltó la autorización judicial previa y la consiguiente evaluación por el magistrado del cumplimiento de los requisitos como para llevar a cabo esa práctica médica.

A ello cabe agregar que la decisión adoptada en la sentencia implica convalidar una técnica cuya legalidad ha sido negada y cuya moralidad ha sido cuestionada, sobre todo cuando ni siquiera se contempla el cumplimiento de los recaudos con los que el proyecto pretendió encuadrar ese proceder.

Queda, finalmente, como argumento de la sentencia, el interés superior del menor. Este fundamento tiene rango constitucional y resulta esencial para resolver todo conflicto en el que se encuentre involucrado un menor.

Pero no es menos cierto que se trata de una fórmula abierta que queda sujeta a la subjetividad del juzgador. Esto significa que, para un caso determinado, los magistrados pueden adoptar soluciones contradictorias, basándose en el interés superior del menor que el sentenciante considera salvaguardado en una situación particular.

Cabe preguntarse, siguiendo el razonamiento del magistrado en la sentencia que se comenta, si hubiera sido similar la solución en caso de no haber tenido hijos la mujer gestante o de haber cobrado por el servicio prestado, por citar tan sólo dos ejemplos de requisitos exigidos en la norma proyectada. Pareciera que la solución hubiera sido idéntica en ambos supuestos, porque no existiría justificación para que quedara el vínculo con la mujer que dio a luz al hijo⁷. Esto significaría también que bajo la cobertura del interés superior del hijo quedaría amparado cualquier caso de gestación por subrogación.

Por otra parte, es posible y, de hecho, sucede, que bajo la pátina del interés superior del menor se esté receptando el interés de los adultos involucrados en el caso, corriéndose de ese modo el eje de la evaluación que debe prevalecer en materia de filiación.

En suma, parece probable que se produzca en el futuro una sentencia similar a la que se comenta pero, como se puede apreciar a lo largo de estos pensamientos, su fundamentación distará de ser sólida y abrirá un amplio campo a la incertidumbre.

III. OTRA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTACIÓN

Sin embargo, frente a una situación de hecho como la relatada es viable encontrar una respuesta en la legislación de fondo que permita establecer un vínculo filial como el que se pretendió, sin hacer estallar por los aires la regulación de la filiación vigente.

Como se ha señalado, el hijo nacido mediante la gestación por sustitución debería ser inscripto a nombre de la mujer que lo dio a luz, con fundamento en el actual art. 242, CCiv., y, en el futuro, de sancionarse el Proyecto, en el artículo que recepte lo establecido en el art. 565 de aquél, que reproduce básicamente la norma vigente.

A pesar de estar, la mujer que dio a luz, casada, pero separada de hecho, no regiría la presunción de paternidad respecto de su marido que contempla el art. 243, CCiv.,

⁷ Berger, Sabrina, sostiene la conveniencia de admitir la maternidad subrogada onerosa en "Maternidad subrogada. Un fallo argentino a favor", *Derecho de Familia y de las Personas*, noviembre 2013, p. 86.

por cuanto el nacimiento ha tenido lugar después de los trescientos días de la separación.

Es cierto que, como señala Sambrizzi, existen opiniones doctrinarias que sostienen la vigencia de la presunción de paternidad en dichos casos⁸, pero la mayoría de la doctrina afirma el cese de la presunción cuando el nacimiento ha tenido lugar después de los trescientos días de producida la separación de hecho⁹.

En tal supuesto, al no haber emplazamiento contradictorio vigente, no existirá impedimento legal como para que el hombre aportante del material genético reconozca al hijo que dio a luz la mujer gestante, estableciéndose de ese modo el vínculo jurídico con su padre en plena coincidencia con la relación biológica.

La forma de determinar el vínculo materno con la mujer imposibilitada de llevar adelante el embarazo, pero que, como en el caso, aportó el óvulo, sería mediante la adopción de integración respecto del hijo reconocido por su marido¹⁰.

En la actualidad, la posible adopción plena encuentra un obstáculo en el art. 313, que impone la adopción simple del hijo del cónyuge, y esta solución resultaría inconveniente frente al adoptado en relación con su padre.

Sin embargo, tal norma ha sido declarada inconstitucional por la jurisprudencia, posibilitando la adopción plena del hijo del cónyuge: "El art. 313 del Código Civil, al no incluir como posibilidad específica la opción para el juez de disponer la adopción plena del hijo del cónyuge con un único vínculo familiar, manteniendo sin perjuicio de eso otros vínculos con la familia de origen, configura un sistema desproporcionado pues una fórmula de mayor apertura resultará más inclusiva sin por ello perjudicar los derechos que se pretenden resguardar"¹¹.

Aunque el caso resuelto en este precedente se refiere a la existencia de un solo vínculo, lo cierto es que nada obsta a que se utilicen los mismos argumentos del sentenciante y de los comentaristas de ese fallo, respecto de los supuestos en que haya doble vínculo como el que se presenta cuando ha habido gestación por subrogación. En tal supuesto, debería decretarse la adopción plena de la mujer que aportó el óvulo sin extinguirse el vínculo del adoptado con su padre biológico y resolver acerca de la relación jurídica con la madre que lo alumbró.

En el marco de la legislación proyectada ha sido reconocida en forma expresa la adopción de integración, conforme resulta de los hasta ahora arts. 630 al 633. En tal sentido, se permitirá esta adopción sin que sea necesaria la inscripción en el Regis-

⁸ Sambrizzi, Eduardo, "Maternidad subrogada...", cit.; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 4, p. 56.

⁹ Bossert, Gustavo - Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de la filiación*, p. 52; Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, 10a ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, p.742; Azpiri, Jorge O., *Juicios de filiación y patria potestad*, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 80.

¹⁰ Ales Uría, Mercedes, coincide con esta posibilidad, aunque encuentra reparo en el art. 315, inc. b), CCiv., en "Maternidad por acuerdo de partes. Derecho a la identidad e interés del menor", LL del 11/11/2013, p. 5. Según mi parecer, la norma mencionada no sería impedimento para la adopción por quien resulta ser la madre biológica, porque no hay emplazamiento legal que así lo determine.

¹¹ Juzg. Familia nro. 1 Esquel, 21/5/2013, "L. C. M.", con notas laudatorias de Mariana Rodríguez Iturburu, Jessica Kopyto y Florencia Feldman, RDF 2013-V, p. 151.

tro de Adoptantes, la declaración de la situación de adoptabilidad ni la guarda previa y sólo se requiere que sea escuchado el progenitor de origen.

En el caso que se comenta, la mujer que alumbró el hijo y que está emplazada como madre debería ser escuchada en el proceso de adopción.

Conforme al art. 631 proyectado, al existir en el caso el doble vínculo con la familia de origen, se remite a la solución del art. 621 y en él se faculta al juez a decidir si otorga la adopción plena o simple y, según las circunstancias, a atenuar las consecuencias jurídicas que derivan de cada una de ellas.

De acuerdo con la modalidad de la situación de hecho que se analiza, pareciera más conveniente otorgar la adopción plena y decidir si resulta conveniente mantener el vínculo con la mujer gestante.

Mediante esta breve fundamentación, cuya ampliación excede el alcance de este comentario, se posibilita que los progenitores que recurrieron a la maternidad por subrogación puedan lograr el emplazamiento filial con el nacido, en un caso, mediante el reconocimiento por parte del padre y, en el otro, con la adopción de integración, salvaguardando de ese modo el interés superior del menor.

Por otra parte, se aplican las normas vigentes en materia de filiación por naturaleza y se posibilita un encuadre adecuado de la adopción de integración sin que quede convalidado, por vía jurisprudencial, un efecto de la gestación por sustitución que no se encuentra legislado.

Finalmente, es posible sostener que con esta argumentación se satisface el interés superior del menor al quedar éste emplazado como hijo con filiación por naturaleza respecto de su padre y por filiación adoptiva en cuanto a su madre.

DONACIÓN POR ASCENDIENTE, LA ACCIÓN DE COLACIÓN Y LAS ACCIONES DE DEFENSA DE LA LEGÍTIMA

por LIDIA B. HERNÁNDEZ*

I. EL CASO

En las acciones de colación y reducción suelen advertirse confusiones y deficiencias que justifican una revisión del tema. Para mayor ilustración planteo un caso imaginario al que incorporé temas que he debido resolver en mi actividad judicial y lo he limitado a la partición por donación del ascendiente a sus descendientes.

Con posterioridad a la muerte de la madre, dos hermanos y su padre —cónyuge superviviente— efectuaron la partición de la comunidad poscomunitaria hereditaria y, en lo que resulta pertinente, correspondió a este último la finca de la calle Superí, el departamento de la calle Lavalle y dos cocheras de la finca de la calle Virrey Loreto, de esta ciudad de Buenos Aires.

Posteriormente, en 1996, Jorge otorgó poder especial a favor de su hermano Luis y de su padre Juan para que en forma indistinta realizaran los siguientes actos: aceptar escritura de donación que a su favor efectuará su señor padre sobre los bienes:

a) nuda propiedad con reserva de usufructo a favor del donante sobre bienes en Capital Federal, departamento de la calle Lavalle y dos cocheras de la finca de la calle Virrey Loreto;

b) nuda propiedad con reserva de usufructo a favor del donante sobre la finca sita en Partido de la Costa, que también era propiedad del padre;

c) dar su conformidad para la escritura de donación que a título gratuito efectuará su padre Juan a favor de su hermano Luis del inmueble sito en la Capital Federal, calle Superí, con reserva de usufructo y cláusula de reversión. Al efecto los facultó para que suscribieran las escrituras traslativas de dominio y aceptaran cláusulas y condiciones que juzgaran convenientes; tomaran posesión de los bienes de que se trata; firmaran planillas, abonaran facturas e impuestos y practicaran cuantos actos, gestiones y diligencias convengan para el mejor desempeño del mandato.

Como consecuencia, al poco tiempo, Juan efectuó donación a título gratuito de la nuda propiedad con reserva de usufructo de por vida de la finca sita en la calle Su-

* Jueza, integrante de la sala K de la Cámara Nacional en lo Civil. Titular de la materia Derecho de Familia y Sucesorio, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

perí de Capital Federal. Asimismo, el donatario Luis concurre en nombre y representación de su hermano Jorge, en mérito a aquél poder especial, y presta conformidad con la donación.

En la misma fecha, Juan efectuó donación a título gratuito de la nuda propiedad, con reserva de usufructo de por vida, a favor de su hijo Jorge bajo el régimen de la ley 13.512 de Propiedad Horizontal de los siguientes inmuebles: a) el departmento de la calle Lavalle y b) las dos cocheras de la calle Virrey Loreto, otorgando el donatario el consentimiento expreso a los términos de la escritura y reservándose el donante la reversión del bien donado en caso de muerte o invalidez del donatario. Asimismo, Luis otorga su consentimiento con la donación efectuada por su padre.

Debo advertir que no se efectuó la donación del bien sito en el Partido de la Costa, por lo que éste todavía se encuentra en el acervo hereditario.

Fallecido Juan en 2008, Jorge notificó a su hermano la revocación del poder especial que otorgara oportunamente y supeditó su conformidad a las donaciones, a la integración de su porción legítima que por derecho le corresponda. No obstante este condicionamiento, inició demanda que denominó de colación respecto de la donación que su padre le efectuó a su hermano del inmueble de la calle Superí, de esta ciudad de Buenos Aires.

Tal como surge de las circunstancias que detallé, el padre efectuó donaciones de la mayoría de los bienes inmuebles a sus hijos, en la misma fecha, y, además, obtuvo la conformidad a esas donaciones de ambos descendientes, únicos herederos que se han presentado en la sucesión del donante. Además, aun cuando lo hiciera en actos separados, celebró sendas escrituras públicas y en ambas comparecieron los dos hijos, únicos herederos del causante.

II. ACLARACIONES PREVIAS

Si bien se ha denominado como colación a la acción promovida de acuerdo con el caso planteado, debe destacarse que los fundamentos de los escritos de demanda y su contestación, el contenido de las cartas intercambiadas entre las partes y los alegatos muestran confusión sobre el verdadero alcance de esa acción, pues si bien en algunos párrafos se pretende la igualdad entre los herederos, en otros las pretensiones del actor se dirigen a la integridad de su porción legítima.

De la misma manera, en la contestación de demanda, Luis efectuó el cálculo de la legítima para obtener una diferencia a favor del actor, aunque no en la proporción que éste pretendió, lo que implica no sólo un reconocimiento de la afectación de la porción legítima individual de su hermano, sino también que el contenido de la acción excede la colación.

Es sabido que la colación no tutela la legítima, aunque los legitimados activa y pasivamente sean los legitimarios, sino que se dirige a restablecer la igualdad de los herederos. De tal manera, cualquiera sea el valor colacionable, aun cuando no violenta la legítima, debe ser computado en la masa hereditaria e imputado como recibido por el heredero beneficiario. De allí que el art. 3476, CCiv., considere que toda donación entre vivos, hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria, salvo —agrego— que el causante lo hubiera dispensado de colacionar.

Tanto es así, se ha sostenido, que las operaciones destinadas a imputar el valor colacionable no tienen nada que ver con el cálculo de la porción disponible: ésta sólo interesa cuando el causante ha dispuesto en vida de bienes a título gratuito en favor de terceros no herederos (y, agregado, cuando se efectúan donaciones a favor de los legitimarios que excedan la porción disponible), cuando ha legado o mejorado a uno o varios herederos legitimarios¹.

La reducción, en cambio, protege a la legítima frente a las disposiciones testamentarias y las donaciones inoficiosas efectuadas por el causante, otorgando a los legitimarios la posibilidad de reducir, primero, los legados, dejándolos sin efecto y, después, las donaciones.

Ambas acciones, entonces, pueden dirigirse contra las donaciones, pero para que funcione la colación no es necesario que la donación supere la porción disponible afectando la legítima, como requiere la reducción. De todas maneras, como lo destaca Borda, tanto la colación como la reducción defienden la integridad de las porciones hereditarias².

En la colación, los sujetos pasivos son los herederos forzosos. La reducción, en cambio, puede intentarse contra los herederos forzosos y contra terceros³. Si bien coincido con esta última afirmación, debo aclarar que esa postura se encuentra controvertida.

Se dice que la reducción no comprende las donaciones efectuadas por el causante al legitimario, por cuanto están sujetas a colación y se imputarán a la cuota de legítima del heredero como valor ya recibido⁴. En el caso de donaciones que el causante haya efectuado a los legitimarios, si no se dispensó de colación, el heredero forzoso que concurre con otros herederos deberá colacionar, computando en la masa partible el valor de la donación e imputándolo en su propia porción.

Asimismo, el causante puede efectuar donaciones a sus legitimarios dispensando de colacionar en los límites de su porción disponible, ya sea mediante testamento (art. 3484, CCiv.) o tratándose de donaciones de ascendientes a sus descendientes en el mismo instrumento de la donación (art. 1805, CCiv.). Debe tenerse presente que la posición que sigo respecto del art. 1805 no es pacífica, pues se sostiene que el testamento es la única forma prevista por el Código Civil para dispensar de colación, pues la dispensa es una disposición de última voluntad revocable hasta la muerte del causante⁵.

¹ Lacruz, José Luis - Albaladejo, Manuel, Derecho de sucesiones. Parte general, Bosch, Barcelona, 1961, p. 567, nro. 424.

² Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Sucesiones, t. I, 5a ed. actual., p. 486, nro. 641.

³ Ugarte, Luis, "Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción. Requisitos, sujetos, funcionamiento y prescripción", LL 1987-E-620.

⁴ Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, t. II, 2a ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 573, nro. 632.

⁵ Ver en tal sentido Fornieles, t. I, p. 386; Zannoni, t. I, p. 768; Borda, Guillermo A., Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 517, nro. 684; contrariamente la siguen, entre otros, Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias futuras, p. 364; Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, cit., t. II, p. 208, nro. 637; Lafaille, Héctor, Curso de derecho civil. Sucesiones, t. I, nro. 505 También debe recordarse que, además de nuestro

De manera excepcional, el art. 3604 del Código presume que el causante ha querido mejorar a su heredero cuando ha entregado por contrato algunos bienes al legítimo reservándose el usufructo o con cargo de renta vitalicia, enajenaciones que también presume cubren una liberalidad, sin admitir prueba en contrario.

En los dos últimos casos, el valor de la donación se imputará a la porción disponible, pues se ha dispensado de manera expresa o por presunción legal al legítimo y el exceso se imputará a la porción legítima del heredero.

Cuando la donación colacionable tiene un valor inferior o igual a la participación del donatario en la herencia no existe inconveniente, ya que éste debe tomar de menos, colación que la doctrina francesa caracteriza como en moins prenant, o no tomar nada si la donación cubre su cuota.

La dificultad se produce cuando el valor de la donación excede la cuota del beneficiario, presentándose divergencias sobre si el donatario debe colacionar el exceso.

En nuestra doctrina, Pérez Lasala considera que, por el mecanismo de la colación, aceptado por nuestro derecho, el legítimo no debe restituir el exceso. Sostiene que la imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante implica traer el valor de la donación a la masa y redistribuir las cuotas “con los bienes que hay en la herencia”. Tal mecanismo, propio del sistema de la colación por imputación o colación de valor, implica una simple operación de contabilidad o reunión ficticia de valores que nada tiene que ver con la restitución del exceso. Para este autor, restituir el exceso es propio de las instituciones que protegen la legítima y no de la colación⁶.

Para otra posición, en cambio, mediante la acción de colación puede también imponerse al legítimo una obligación de dar cuando el valor de lo donado excede su porción en la herencia.

Se sostiene que, de admitir la posición contraria, queda desvirtuado el principio expuesto en el art. 3477 y, entonces, no toda donación importaría un adelanto de herencia. Por otra parte, se dice, no se ataca la validez de la donación, sino que solamente el donatario deberá compensar a sus coherederos forzosos el exceso. Como afirma Maffía, partidario de esta postura, tomar de menos, no tomar nada o restituir el exceso aparecen, entonces, como los diferentes mecanismos que aseguran el fin de la igualdad⁷.

Como consecuencia, se diferencian las donaciones hechas a terceros, sujetas a la acción de reducción cuando afectan la legítima, y las donaciones efectuadas a los legítimos, sujetas a la acción de colación. Esta diferenciación tiene importancia en el derecho actual, pues si se trata de colación, el heredero resultará deudor de una suma de dinero por el excedente sin afectar el dominio del donatario, mientras que si se considera que se trata de una reducción, deberán aplicarse los efectos propios de esta acción que importan la resolución de la donación en la medida del exceso y la

derecho, permiten la dispensa en el mismo acto de la donación el Código francés (art. 919), el Código español (art. 1036), el Código alemán (art. 2050), el Código italiano (arts. 552 y 737), el Código suizo (art. 626), el Código brasileño (art. 2006) y el Código chileno (art. 1198).

⁶ Pérez Lasala, José Luis, en *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 139, nro. 119 y *Derecho de sucesiones*, t. I, Buenos Aires, 1981, p. 726, nro. 618. Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, t. II, p. 236, nro. 1000.

⁷ Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), *Tratado de las sucesiones*, cit. t. II, p. 573, nro. 632.

restitución en especie del bien donado en esa proporción. Con esta última posición se protege a los herederos en el caso de insolvencia del heredero donatario⁸.

La doctrina francesa distingue el mecanismo de la colación con fines de igualdad, que puede identificarse como la colación propiamente dicha y la colación con fines de reducción, llamada colación impropia.

En principio, es cierto que las donaciones hechas a un legitimario están sujetas a colación, imputables a la porción hereditaria del heredero como valor ya recibido o a la porción disponible, primero, y a la legítima del heredero después, cuando se lo ha dispensado de colación. Obsérvese que si, en el primer caso, la donación excede de la cuota de legítima del donatario, la restitución del exceso a la masa tendrá lugar mediante la reducción de esos valores. De la misma manera, si mejorado el heredero, esa mejora excede la porción disponible, el exceso está sujeto a colación, imputándosele a la porción legítima del heredero como adelanto de herencia. Si esa mejora excede además la porción legítima del beneficiado, debe reducirse el exceso y traerlo a la masa⁹.

Como se advierte, aun cuando se hable de la acción de colación, el mecanismo es el propio de la reducción. Se trata de la llamada colación del excedente que corresponde a lo que la doctrina francesa llama colación con fines de reducción, diferenciándola de la colación propiamente dicha o con fines de igualdad. Es también el supuesto previsto en el art. 3604, donde se presume la mejora, ordenando la imputación a la porción disponible y la colación del exceso¹⁰.

Como observan Ripert y Boulanger —refiriéndose al art. 918, Código francés, fuente de nuestro art. 3604—, la idea de una reducción por medio de una colación es sumamente simple en sí misma, pero se refiere a dos instituciones distintas. Cuando se habla de colación se piensa habitualmente en el procedimiento técnico destinado a restablecer la igualdad entre los coherederos. Pero aquí se trata de otra colación: la que opera la reducción de las liberalidades en favor de un sucesor que no se identifica con fines de igualdad¹¹.

No debe olvidarse que el art. 3604 protege la legítima —no la igualdad de los herederos—, por lo que se aplicará sólo si aquella se encuentra lesionada.

Con referencia al art. 3604, citado por el actor entre el derecho a aplicar, recuérdese que el padre se reservó el usufructo; debo también aclarar que la doctrina todavía difiere sobre los supuestos comprendidos en la norma.

La controversia principal se centra actualmente en si la disposición incluye sólo a los contratos onerosos con reserva de usufructo o cargo de renta vitalicia o también a los supuestos de donaciones francas.

⁸ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho...*, cit., t. II, nro. 996; Goyena Copello, Héctor, *Tratado de derecho de sucesión. La ley 2007*; Pérez Lasala, José Luis -Medina, Graciela, *Acciones judiciales en el proceso sucesorio*, nro. 119; Hernández, Lidia B., "Relación entre la colación y la reducción y el art. 3604", *LLLitoral* 1997-22; Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 204, nro. 988.

⁹ Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, cit., t. II, p. 237, nro. 1000.

¹⁰ Hernández, Lidia B., "Relación entre la colación...", cit.

¹¹ Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil*, t. X: "Sucesiones", vol. 2, *La Ley*, Buenos Aires, 1965, p. 393.

Las donaciones de bienes en plena propiedad con cargo de renta vitalicia se rigen por las reglas relativas a los actos a título oneroso en cuanto a la porción de los bienes dados cuyo valor sea representado o absorbido por los cargos, según lo dispone el art. 1827, CCiv. En esa medida, entonces, se encuentran contempladas por la disposición.

Como dice Zannoni, si se tratara de la venta de un bien al legitimario y éste, en el mismo contrato, ha asumido, además del precio, pagar una renta vitalicia en favor del vendedor, no se aplicaría la solución del art. 3604. No se tipifica en ese caso la entrega de un bien con cargo de renta vitalicia. Si la venta encubriese una donación, se podrá ejercer la acción de simulación y el valor del bien se imputará como adelanto de herencia¹².

Los supuestos referidos a las enajenaciones con reserva de usufructo dan lugar a mayores dificultades. Cuando el contrato es oneroso, por ejemplo compraventa, mediante el cual el causante transmitió la nuda propiedad, reservándose el usufructo, no cabe duda de que la ley presume la simulación y los considera donaciones con dispensa de colación.

Si, en cambio, el causante donó la nuda propiedad de un bien, reservándose el usufructo, una posición doctrinaria considera que estos contratos, aunque gratuitos, también están incluidos porque, de lo contrario, la maniobra del causante habría logrado prácticamente total eficacia, pues el dominio útil se consolidaría a la muerte del donante sin pasar a integrar el acervo hereditario. Al haberse donado la nuda propiedad, se dice, el valor colacionable se limitaría solamente al valor de la nuda propiedad¹³.

Para otros autores, con esa interpretación, la norma resultaría incongruente, ya que la donación franca se imputará a la porción disponible, contrariando la regla del art. 1805. Además, la imputación no podría ser demandada por los que hubieran consentido la enajenación violando el art. 3599¹⁴.

Comparto esta última posición. Además, teniendo en cuenta la fuente del art. 3604, la discusión de la doctrina francesa sobre la misma cuestión, seguramente conocida por el codificador, y su referencia en la nota del artículo a los contratos onerosos que encubren donaciones, no me quedan dudas de que la norma se refiere a enajenaciones onerosas con reserva de usufructo (o con cargo de renta vitalicia) a los que la ley presume donaciones disimuladas, sin admitir prueba en contrario. De allí que las donaciones francas, efectuadas por el padre a sus hijos en el caso planteado, no se encuentran comprendidas en los supuestos resueltos por el art. 3604, CCiv.

¹² Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, cit., t. II, p. 252, nro. 1016.

¹³ Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, cit., t. II, p. 253; Tejerina, Wenceslao - Moreno Dubois, Eduardo - Morello, Augusto - Portas, Néstor L. (coords.), Examen y crítica de la reforma del Código Civil, vol. II: "Sucesiones", p. 253; Erdozain, Martín L., "El artículo 3604 del Código Civil: sus antecedentes y su reforma", JA 1970-II-486, Doctrina.

¹⁴ López de Zavalía, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte especial, t. I, p. 540; Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, cit., t. II, p. 851, nro. 937; Ovsejevich, Luis, voz "Legítima", Enciclopedia jurídica Omeba, ps. 104 y ss. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho..., cit., t. II, p. 124, nro. 953. Pérez Lasala, José Luis - Medina, Graciela, Acciones judiciales..., cit., p. 71, nro. 46; Belluscio, Augusto C., Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 117.

Por otra parte, también debo destacar que las citadas donaciones se hallan dentro de un contexto —la partición donación— que debe ser tenido en cuenta y que las aleja del contenido de la acción de colación, como luego analizaré.

III. LA PARTICIÓN POR DONACIÓN

Como primera aproximación a la solución del caso puede afirmarse que el causante realizó una partición de parte de sus bienes por donación a sus hijos. A esta altura, cabe destacar que la partición por ascendiente tiene sus antecedentes en los textos bíblicos, en el Deuteronomio, cap. 21, apartados 16 y 17. En su forma testamentaria se vincula con la *divisio parentum inter liberos* del derecho romano y en su forma de acto entre vivos con la *démision de biens* del antiguo derecho francés¹⁵.

La partición-donación constituye el acto por el cual el ascendiente impide, total o parcialmente, que ciertos bienes integren la comunidad hereditaria, mediante su transferencia a los descendientes¹⁶. Se caracteriza porque debe comprender a todos los descendientes, conforme lo establece el art. 3528. En este sentido, todos ellos deben aceptar la partición mediante la donación que su ascendiente les hace; la falta de aceptación de cualquiera provocará la nulidad del acto en tanto partición, aun cuando valgan la o las donaciones que otros descendientes hubiesen aceptado, aunque en tal caso estas donaciones separadas estarán sujetas a colación.

Por otra parte, no se exige que comprenda todos los bienes del ascendiente, pues puede hacer la partición respecto de alguno de ellos entre sus descendientes, pero no de otros. Los bienes no comprendidos en la partición se dividirán al momento de la muerte, como está dispuesto para las particiones.

También es requisito necesario que los bienes objeto de la partición sean de propiedad exclusiva del ascendiente. Por ende, no pueden estar subordinados a la división con otras personas. Además, no puede comprender bienes futuros, de acuerdo con el art. 3418, en virtud de que la disponibilidad de los bienes debe ser plena, pues se transmite en forma irrevocable la propiedad.

Debe respetarse la legítima de los descendientes, de acuerdo con el art. 3536, CCiv., en cuanto prevé la rescisión de la partición que “no salva la legítima de alguno de los herederos”.

El ascendiente debe colacionar las donaciones que hubiera hecho a sus descendientes, dispone el art. 3530; se observa respecto de la colación lo dispuesto en los arts. 3476 y ss. Esta norma no puede entenderse para fundar la procedencia de la colación intentada por el actor de nuestro caso. No cabe duda de que, cuando se trata de una partición por donación, el ascendiente podrá dividir sus bienes entre sus descendientes sin necesidad de expresar su voluntad de mejorar. Solamente el acto será susceptible de ser impugnado por los otros herederos cuando por éste se haya viola-

¹⁵ Guastavino, Elías P., *Pactos sobre herencias...*, cit., p. 304, nro. 252.

¹⁶ Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 722; Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuales.), *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 625, nro. 690; Azpiri, Jorge O., *Derecho sucesorio*, ps. 472 y ss.

do la porción legítima, es decir, la mejora efectuada a uno de los herederos debe haber afectado la porción legítima, en cuyo caso el acto podrá ser atacado¹⁷.

La partición transmite irrevocablemente la propiedad de los bienes a los donatarios. El causante no puede imponer condiciones que afecten la legítima, conforme lo prescribe el art. 3598, CCiv.

Asimismo, el art. 3523 dispone que “la partición por donación debe hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esa clase”, por lo que si la partición comprende bienes inmuebles, se impone la escritura pública (conf. art. 1810, inc. 1°). De todas maneras, si bien en otros casos la donación podría no exigir la escritura pública, no debe olvidarse que como acto particional está sujeto a la forma prevista en el art. 1184, inc. 2°.

Algunas legislaciones, a pesar de las ventajas que se reconocen a la institucional, la han eliminado teniendo en cuenta sus inconvenientes, como la dificultad en la interpretación de los textos legales, el excesivo favoritismo que a veces se advierte o los inconvenientes derivados de la anulación o rescisión de la partición por ascendiente. Así, el Código italiano de 1942 no la ha incorporado. Por el contrario, el Código Civil francés ha optado por reformas a fin de perfeccionar la institución.

No cabe duda de que Juan realizó la partición de la mayor parte de sus bienes, efectuando donaciones simultáneas de sus inmuebles; lo hizo por escritura pública, incluyó a todos sus hijos y, además, obtuvo la comparecencia y conformidad de todos sus descendientes a las donaciones que efectuara.

La donación por ascendiente es considerada un verdadero pacto sobre herencia futura permitido por la legislación. En efecto, reúne todos los requisitos para así considerarlo. Se celebra en previsión de una sucesión todavía no abierta; el objeto del acto forma parte de esa sucesión futura y éste se realiza en virtud de un derecho hereditario presuntivo. De allí que la mayoría de la doctrina lo considera una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura¹⁸.

Se ha sostenido que cabe diferenciar la situación de los donatarios en vida del causante y la de estos herederos después del fallecimiento de aquél; este último aspecto es el que me interesa.

Fallecido el causante y aceptada la herencia por ambos hermanos, de acuerdo con los arts. 3536 y 3537, CCiv., nacen dos acciones, ambas tendientes al resguardo de la legítima, las acciones de reducción y de rescisión.

IV. LA ACCIÓN DE COLACIÓN

En cuanto a la acción de colación, si bien no desconozco la opinión de Borda en cuanto a la procedencia de la colación en caso de desigualdad de la partición, debo señalar que la acción que reconoce ese autor difiere de la simple colación, pues con-

¹⁷ Solari, Néstor, en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. VI-A, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, com. art. 3530, p. 630.

¹⁸ Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias..., cit., p. 308, nro. 257.

sidera que el obligado a colacionar debe devolver bienes, alejándose de la colación de valores¹⁹.

Empero, entiendo que los bienes partidos escapan a la colación. La donación-partición opera por sí misma una liquidación sucesoria y, como debe comprenderse a pena de nulidad a todos los descendientes, los bienes donados no podrían dar lugar a la acción de colación²⁰.

Además, encontrándose permitida la partición por donación y requiriéndose la conformidad de los descendientes, en la cual todos ellos reciben bienes por donación, el ejercicio de la colación implicaría ir contra los propios actos anteriores. El Código, en tal caso, sólo resguarda la integridad de la legítima de los herederos, aun cuando éstos renunciaran a las acciones respectivas, de acuerdo con el art. 3538, CCiv.

En este sentido, se ha resuelto, siguiendo a la doctrina citada, que a partir del silencio acerca de la admisibilidad de la acción de colación en el caso de partición por el ascendiente, dicha acción es improcedente, ya que la partición-donación opera por sí misma una liquidación sucesoria y, como debe comprenderse a todos los descendientes bajo sanción de nulidad, los bienes donados no podrían dar lugar a una acción de colación²¹.

De todas maneras, como lo he aclarado en el párrafo anterior, aun cuando la acción haya sido denominada en el caso como colación, los fundamentos de la demanda, así como la contestación del demandado, exceden la igualdad de las porciones hereditarias y se dirigen a la integridad de la legítima.

Por ello, de acuerdo con los términos en los cuales ha quedado integrada la litis en el caso imaginado, entiendo que no obstante la designación que se le dio a la acción intentada, en virtud del principio *iura novit curia* puede interpretarse que se ha demandado por reducción, acción que protege la legítima en los términos del art. 3537, CCiv., entendiéndola como aquella con la que se busca la integración de la legítima sin que ello altere las hijuelas de la partición-donación.

Como se ha dicho, el juez debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es consustancial a la función decisoria la libertad de elección de la norma o normas que conceptualizan el caso. No es, por lo tanto, la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un efecto jurídico determinado²².

Desde esa perspectiva, corresponde al juez calificar la relación sustancial o confusa invocación del derecho y determinar la norma jurídica que rige el caso, pues la acción se individualiza por el hecho y no por la norma²³. De allí que la aplicación del principio *iura novit curia* no importa violación de la defensa en juicio ni afecta el prin-

¹⁹ Borda, Guillermo A., Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 557, nro. 755.

²⁰ Josserand, Louis, Derecho civil, t. III, vol. III, nro. 1941, p. 457; Ripert, Georges - Boulanger, Jean, Tratado de derecho..., cit., t. XI, nro. 3972, p. 402; Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, cit., t. I, p. 637.

²¹ C. Nac. Civ., sala G, 4/111986, "Zavalía H. v. Zavalía E. D. y otros", LL 1987-C-206.

²² Palacio, Lino, Derecho procesal civil, t. I, p. 389, nro. 76.

²³ C. Nac. Civ., sala D, LL 99-185.

cipio de congruencia, siempre que no se alteren las circunstancias de hecho, se introduzcan cuestiones no debatidas o se modifiquen los términos en que quedó trabada la litis²⁴.

Por último, debe señalarse que la aceptación de la partición por donación manifestada por los descendientes no les impide, después de la muerte del causante, repudiar la herencia o aceptarla y ejercer las acciones de rescisión o reducción.

Si bien en nuestro caso no se ha planteado la defensa de prescripción, debe acotarse que la acción especial de reducción contemplada en el art. 3537 prescribe en el plazo de cuatro años de conformidad con el art. 4028, y la acción rescisoria del art. 3536 no tiene un plazo especial de prescripción, por lo que para algunos autores se aplica el plazo decenal ordinario del art. 4023²⁵, mientras que para otros dicho plazo es el de veinte años del art. 4020²⁶. Cualquiera sea el plazo, comienza a contarse desde la apertura de la sucesión.

V. LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN LA PARTICIÓN POR ASCENDIENTE

En primer lugar, cabe destacar que el art. 3524 establece que “sea la partición por donación entre vivos o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o alguno de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora”.

En este sentido y en concordancia con lo que vengo sosteniendo respecto de la colación, se ha dicho, siguiendo a Machado, que cualquiera fuera la desigualdad que el ascendiente hubiera establecido en los distintos lotes, no habría en ese acto una donación entre vivos, ni un legado por mejora, si en efecto el ascendiente no hubiera declarado donar o legar la diferencia y sólo habría partición. Por lo tanto, la necesidad de una dispensa de colación o de una cláusula de mejora que se concibe en una donación o legado ordinario parece difícil de justificar en una partición por ascendiente²⁷.

Para Fornieles surge del art. 3524 una contradicción expresa, por lo que es forzoso elegir entre alguna de las dos partes del precepto, lo que debe hacerse a favor de la última, porque ella se concilia mejor con el art. 3484, que no permite mejorar sino en testamento²⁸.

²⁴ Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 7/10/1999, LLC 2000-926.

²⁵ Laje, Eduardo, “Las acciones de rescisión y reducción en la partición por ascendiente”, Revista de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, octubre-diciembre 1947, p. 589, Borda, Guillermo A., Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 555, nro. 753.

²⁶ De Gásperi, Luis, Tratado de derecho hereditario, t. II, nro. 312, p. 458.

²⁷ Machado, José O., Exposición y comentario, t. IX, ps. 222 y ss. y su nota, siguiendo la posición de Demolombe; Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, cit., t. I, p. 643, nro. 712. Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias..., cit., ps. 336 y ss., nro. 285.

²⁸ Fornieles, Salvador, Tratado de las sucesiones, t. I, nro. 351.

Entiendo con Machado que, por sus características y funciones, la partición-donación no puede contener una cláusula de mejora, típica de las donaciones ordinarias y de legados. Aunque se hayan establecido desigualdades entre los descendientes es innecesaria la cláusula de mejora, pues el acto es una operación divisoria y definitiva realizada por el ascendiente antes de su muerte, que debe respetarse mientras no vulnere la legítima²⁹.

Cabe concluir que si el donante forma lotes desiguales, que no agravan la legítima del descendiente, esa desigualdad es igualmente válida. En definitiva, el ascendiente puede utilizar la porción disponible en la partición-donación para favorecer a uno de los descendientes donatarios.

Como sabemos, la regla del art. 3484, que requiere forma testamentaria para la dispensa de colación, no es una regla absoluta. Encontramos en el Código la dispensa tácita de colación del art. 3604; la disposición del art. 1805, mediante la cual si los padres, al hacer donaciones a sus hijos, no expresasen a qué cuenta debe imputarse la liberalidad, entiéndese que es hecha como un adelanto de legítima y en los casos de utilizar el ascendiente su porción disponible en la partición-donación.

Como dice Guastavino, cabe advertir que los distintos casos de superación de la regla del art. 3484 constituyen supuestos de pactos sobre herencias futuras, válidos por excepción en nuestro derecho, por haber considerado el legislador más valiosa su licitud que la intangibilidad del derecho a testar³⁰.

Distinta es la situación en caso de agravarse la legítima en la desigualdad de los lotes.

El Código trae dos acciones para ser ejercidas después de la muerte del causante, la primera en el art. 3536, con el fin de rescindir la partición por donación o por testamento cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La segunda en el art. 3537, que prevé la acción de reducción de la porción asignada a alguno de los partícipes cuando agrava la legítima.

La imposibilidad de ejercer estas acciones antes de la muerte del ascendiente se debe a dos razones fundamentales: la primera, en que sólo con la apertura de la sucesión se adquiere la calidad de heredero y, la segunda, que para calcular la porción disponible y, por consiguiente, conocer si está afectada la legítima, debe computarse el patrimonio del causante en ese momento.

No cabe duda de que los arts. 3526 y 3537 han dado lugar a distintas interpretaciones en virtud de la confusión de sus textos y del apartamiento de la fuente francesa, por la cual la acción de rescisión se otorgaba cuando la lesión superaba la cuarta parte; de lo contrario, sólo podía ejercer la acción de reducción.

De acuerdo con lo sostenido por Aubry y Rau, fuente de nuestro codificador, la acción de rescisión comprende el supuesto de lesión en más del cuarto que sufre el heredero respecto de la parte que le debió corresponder. La acción de reducción se acuerda con la formación de las hijuelas, más las liberalidades hechas a título de mejora a uno de los copartícipes; resulta que este último ha recibido un beneficio que excede de la porción disponible. En el primer caso, la lesión conlleva a la nu-

²⁹ Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias..., cit., p. 337, nro. 285.

³⁰ Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias..., cit., p. 248, nro. 213.

lidad de la partición, como efecto de la rescisión; en el segundo, sólo a la reducción del exceso³¹.

La diferencia con el texto del art. 1079, Código francés, dificulta la interpretación de nuestra ley, pues hay autores que no advierten diferencias entre ambas acciones. Pero entiendo con Guastavino, como interpretación correctora, que la acción de rescisión del art. 3536 procede si la partición por donación o por testamento no salva la legítima de alguno de los herederos forzosos, cuando el favorecido con el excedente de la porción disponible sea un extraño. En estos casos, la legítima no se salva recurriendo a la reducción. La rescisión dejará sin efecto la partición y exigirá una nueva partición una vez incluidos los bienes o valores que salvan la porción legítima³².

El art. 3537 dispone que los herederos puedan pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido.

Se trata, entonces, de una acción de protección de la legítima, que se acuerda para reducir los valores incluidos en la partición del ascendiente, hasta dejar salvada la legítima. En definitiva, con el ejercicio de la acción que persigue la reducción, el legitimario quedará satisfecho al obtener del favorecido indebidamente la integración de su legítima, sin que ello altere las hijuelas restantes. Como se advierte, éste es precisamente el objeto perseguido en el caso propuesto, según ya lo he explicitado en párrafos anteriores.

Como se ha señalado, es una reducción especial, pues se acuerda para reducir los valores incluidos en la partición-donación del ascendiente hasta dejar salvada la legítima del descendiente, sin afectar por ello a la partición misma³³.

En definitiva, para la admisión de ambas acciones —en nuestro caso, la de reducción— es necesario determinar el monto de la legítima de Jorge. A tal fin deben considerarse no sólo los bienes integrantes de la partición del ascendiente, sino también los que éste dejó en su patrimonio al momento de su muerte.

Corresponde, por consiguiente, analizar si en el supuesto planteado se encuentra afectada la porción legítima del actor, en virtud de las adjudicaciones de bienes que por donación hizo el padre a ambos hermanos.

VI. LA PORCIÓN LEGÍTIMA DE JORGE

De acuerdo con el art. 3602, CCiv., para calcular la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477.

En general y sin efectuar el desarrollo del tema, por no requerirlo la solución del caso planteado, cabe señalar que la formación de la masa para el cálculo de legítima deberá efectuarse atendiendo a la determinación de los bienes del acusante a su fallecimiento, la deducción de las deudas y la determinación de los bienes donados por

³¹ Aubry - Rau, Cours de droit civil francais, t. VIII, nro. 734.

³² Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias..., cit., p. 351, nro. 311. Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, cit., t. I, p. 734, nro. 739.

³³ Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, cit., t. I, p. 735, nro. 739.

actos entre vivos. Se trata de una masa ideal integrada por los bienes que quedaron en el patrimonio del difunto al tiempo de su fallecimiento y que sean transmisibles por vía sucesoria, incluyendo los créditos que posea el causante que tuvieran valor actual a ese momento. También se computarán los frutos civiles vencidos y los naturales percibidos al tiempo del fallecimiento, excluyendo los frutos o rentas de bienes del acervo que se devenguen luego del deceso hasta la partición.

En cuanto a los bienes comprendidos en la partición por ascendiente, las donaciones, según los actuales arts. 3477 y 3602, deben tasarse a la muerte del causante. La reforma de la ley 17.711, que así lo establece, ha sido criticada por carecer de precedentes y desconocer la distinción entre el valor intrínseco y el extrínseco del bien y sin solucionar el problema de la variación de la unidad de medida de los valores³⁴.

En el caso, ambas partes acordaron la valuación de todos los bienes al momento de la muerte del causante en dólares estadounidenses y así lo acreditaron por perito tasador. No existió controversia respecto de la integración de la masa de cálculo, esto es, los bienes dejados a la muerte del causante más los entregados en la partición-donación.

El art. 3602 se refiere al “valor líquido de los bienes hereditarios”, por lo que deben deducirse las deudas de la sucesión de los bienes que integran el patrimonio del causante y no sobre las donaciones.

En cambio, no deben incluirse las cargas para el cálculo de la legítima, dado que éstas nacen luego del fallecimiento y solamente tienen incidencia en orden al trámite de la partición (art. 3473, CCiv., y su nota). Como es sabido, se incluyen en este concepto de cargas, obligaciones que nacen después del fallecimiento del causante como gastos de inventario, protocolización del testamento, honorarios de abogados, entre otras. Los gastos de sepelio, que constituyen cargas, como se deben computar de la porción disponible (art. 3795), tampoco deben ser considerados para el cálculo de la legítima³⁵.

No desconozco que algunos autores como Zannoni y Natale consideran que también deben deducirse las cargas, criterio que no comparto³⁶.

Debo destacar que las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Buenos Aires en septiembre de 2013, aconsejaron que la legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición. Por ello, por activo líqui-

³⁴ Belluscio, Augusto C., “El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711”, LL 135-1241, secc. Doctr.

³⁵ Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, cit., t. II, p. 831, nro. 913; Orlandi, Olga, La legítima y sus modos de protección, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 125; Perrino, Jorge O., Tratado de las sucesiones, t. 2, p. 1859; Pérez Lasala, Fernando, Defensa del tráfico jurídico inmobiliario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 146; Hernández, Lidia B. - Arianna, Carlos - Ocampo, Guillermo - Ugarte, Luis A., ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil, septiembre 2013; Ugarte, Luis A., “Cálculo de la legítima hereditaria e incidencia de un fallo plenario”, LL 2007-B-1082.

³⁶ Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, cit., t. II, p. 162, nro. 943; Natale, Roberto, “Para determinar la legítima deben deducirse también las cargas de la sucesión de la masa hereditaria”, Derecho de Familia y de las Personas 2009-1, La Ley, Buenos Aires, p. 121, y La acción de reducción, Academia de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 159.

do se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas, pero no las cargas.

Además, el art. 3602 dispone que “al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando el art. 3477”. Así, al valor obtenido se adicionará el valor de los bienes donados, sea a herederos forzosos o a extraños para determinar la porción legítima.

Como ya lo señalara al contestar la demanda, Luis ha reconocido que se encuentra afectada la legítima de su hermano. Luego volveré sobre este reconocimiento, pero debo agregar que se ha determinado el valor de los bienes al momento de la muerte del causante. También cabe destacar que ninguna de las partes ha hecho referencia a deudas a deducirse y los bienes donados fueron valuados también a la época de la muerte del donante, con aceptación de ambas partes.

En este aspecto tomaré los siguientes valores: 1. Inmueble de la calle Superí de la ciudad de Buenos Aires, habiéndose acreditado que dicho inmueble fue vendido por el demandado en U\$S 200.000, conforme informe del Registro de la Propiedad Inmueble, por ser esta valuación la más cercana a la muerte del causante de acuerdo con el estado del inmueble. En el resto de los valores seguiré al perito tasador. Así, 2. Inmueble de la calle Lavalle, ciudad de Buenos Aires, U\$S 22.500.

3. Finca en Partido de la Costa, provincia de Buenos Aires, U\$S 25.566,51.

4. Dos cocheras en la calle Virrey Loreto, ciudad de Buenos Aires, U\$S 40.000.

5. Dinero en efectivo depositado en los autos sucesorios de Juan, U\$S 2636,54.

6. Depósito en bancos, caja de ahorro, U\$S 1,60.

7. Depósito en bancos, caja de ahorro, U\$S 3487.

8. Muebles, U\$S 20.000.

El total del acervo asciende a U\$S 314.191,65.

De acuerdo con la legítima global aplicable a los hijos del causante —4/5—, conforme el art. 3593, CCiv., y teniendo presente que son dos los legitimarios, la legítima individual de cada hijo asciende a U\$S 125.676,66. Por ello, se advierte que habiéndose adjudicado por partición por donación al actor la suma de U\$S 62.500, se encuentra afectada su legítima. De allí que debe compensarse la diferencia hasta cubrir la parte de legítima del actor, que asciende a U\$S 125.676,66, teniendo en cuenta que por partición-donación recibió U\$S 62.500. En este sentido, también deberán tenerse en cuenta los bienes que se encuentran indivisos en la sucesión del causante, aunque de acuerdo con la tasación no resultan suficientes para cubrir la legítima de Jorge.

VII. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO CON MEDIA SANCIÓN DEL SENADO

El Proyecto mantiene la partición por ascendiente en los arts. 2411 y ss. Expresamente, soluciona algunos problemas de interpretación que se presentaban en la doctrina, siguiendo los textos del Proyecto de 1998. Abordaré alguno de ellos:

1. Partición por donación de una persona casada

El primer problema es el referido a la persona casada, proponiéndose expresamente que la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su

vocación hereditaria y estableciendo que la partición de gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges.

En este sentido, decía la exposición de motivos del Proyecto de 1998 que “se clarifica la situación de las personas casadas bajo el régimen de comunidad, proponiendo que la partición sólo puede tener por objeto los bienes propios, ya que la de los gananciales significaría una partición anticipada de la comunidad. Pero nada obsta a que puedan ser donados los gananciales requiriéndose el concurso de la voluntad de los dos esposos. No sería aceptable la partición de los gananciales por testamento al encontrarse prohibido el testamento conjunto”.

Actualmente, el Código Civil, en el art. 3526, establece que “la partición por el ascendiente entre sus descendientes no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos”. Cuando la norma menciona a la continuación de hecho de la comunidad de gananciales se está refiriendo a la sociedad conyugal que no se encuentra disuelta o, aun disuelta, no se halle liquidada.

Para una parte de la doctrina, a pesar de lo dispuesto por el artículo citado, tampoco el ascendiente podría efectuar donación de sus bienes propios, aun cuando lo hiciera juntamente con su cónyuge. En este sentido, el art. 3527 dispone que, en este caso, la partición sólo podría hacerse por testamento y no por donación y comprendiendo al cónyuge. Ello es así porque, si se le permitiera partir sus bienes propios durante la vigencia de la sociedad conyugal entre sus descendientes, estaría excluyendo al otro cónyuge que tiene derechos de herencia sobre esos bienes en concurrencia con los descendientes³⁷.

Como dice Guastavino, también se estaría violando la prohibición del art. 1175 in fine, ya que el cónyuge del donante estaría abdicando de una sucesión futura, que no puede salvarse comprendiendo en la donación al cónyuge, pues la donación está prohibida entre esposos.

Por el contrario, Bibiloni, en el art. 3082 del Anteproyecto, permitió la partición-donación por ambos esposos entre sus descendientes de los bienes propios y los gananciales.

Parte de la doctrina ha sostenido que, si subsiste la sociedad conyugal, la partición-donación conjunta se encuentra prohibida tanto respecto de bienes propios como de los gananciales³⁸. Comparte esta posición Zannoni, para quien durante la sociedad conyugal, siendo único titular de los bienes gananciales el cónyuge que los adquirió, sólo él podría efectuar la partición de esos bienes gananciales. El otro, a lo sumo, podría prestar el asentimiento, pero no el consentimiento, pues no tiene la disponibilidad de esos bienes, su derecho se actualiza recién a la disolución de la sociedad conyugal. Pero, aun cuando se admitiese la partición de los bienes gananciales por el ascendiente con asentimiento del cónyuge, agrega este autor, estaríamos en

³⁷ Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencias..., cit., p. 321, nro. 269 y “Partición-donación conjunta”, JA 1960-V-35 y ss., secc. Doctr.; Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, cit., t. I, p. 727, nro. 733, Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), Tratado de las sucesiones, cit., t. I, p. 633, nro. 698. Algunos autores sólo tratan la partición por donación conjunta de gananciales sin aludir a los propios, como Fornieles, Salvador, Tratado de las sucesiones, cit., t. I, p. 426, nro. 347.

³⁸ Molinas, Alberto J., “De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes”, JA 1953-I-3, secc. Doctrina.

presencia de una renuncia típica durante el matrimonio a los gananciales y a los derechos sobre ellos que invalida el art. 1218, CCiv.³⁹.

Otros autores sostienen la posibilidad de que ambos cónyuges conjuntamente puedan realizar la partición de gananciales por donación. Así lo afirma Guastavino, quien interpretando los borradores de Vélez y la fuente francesa concluye que el codificador sólo prohibió la partición de gananciales a uno solo de los esposos, por lo que nunca se cuestionó la validez de la partición-donación conjunta de los bienes de la comunidad.

Aduce este autor que la validez de la partición-donación de gananciales conjunta es perfectamente compatible con las normas generales, pues de acuerdo con el actual art. 3576, el cónyuge, si concurre con descendientes, no tendrá parte alguna en los gananciales del premuerto y no tiene legítima que salvar en la partición de gananciales que efectúe el consorte. Por ello, no existe renuncia a herencia futura prohibida por los arts. 3311 y 1175. Además, no se trata de una donación de un cónyuge a otro, por lo que tampoco tiene aplicación el inc. 1º, art. 1897, que prohíbe las donaciones entre esposos durante el matrimonio. De todas maneras, Guastavino consideraba, antes de la ley 23.264, que como el cónyuge concurría con los descendientes extramatrimoniales, debería exceptuarse de la validez de la partición-donación conjunta de gananciales al supuesto de existencia de descendientes de esa clase⁴⁰. Siguen también esta posición Méndez Costa, Fornieles y Borda⁴¹.

Maffía, si bien acepta la validez de la partición-donación conjunta de ambos cónyuges de los bienes gananciales, realiza precisiones y, así, en primer lugar, dice que sólo se puede hablar de partición-donación conjunta cuando se trata de gananciales adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges, pues en los otros casos, se requiera o no el asentimiento, los bienes gananciales son de titularidad exclusiva del cónyuge que los adquirió. Además, sólo resulta procedente en los casos de concurrencia de descendientes que excluyan la vocación sucesoria del cónyuge del donante sobre los bienes gananciales. De no ser así, carecería de eficacia el consentimiento al estar alcanzado por la prohibición contenida en el art. 3311⁴².

Como se observa, el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial permite la partición por ascendiente de bienes propios, pero incluyendo al cónyuge que conserva la vocación hereditaria. En cuanto a los gananciales, se permite expresamente la donación por acto conjunto de los cónyuges.

2. La mejora en la partición por donación

El segundo problema que presenta la interpretación del Código vigente lo resuelve el art. 2414 del Proyecto permitiendo que en la partición el ascendiente pueda mejo-

³⁹ Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 728, nro. 734.

⁴⁰ Guastavino, Elías P., *Pactos sobre herencias...*, cit., p. 325, nro. 270.

⁴¹ Méndez Costa, María Josefa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, p. 199, nro. 185 (véase la objeción que efectúa Zannoni a esta autora en *Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, p. 729, nota 113). Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho...*, cit., t. I, nro. 714; Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 426, nro. 347.

⁴² Maffía, Jorge O. - Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A. (actuals.), *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 633, nro. 698.

rar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente.

Cabe recordar que, siguiendo a Machado, sostengo —en el régimen vigente— que, por sus características y funciones, la partición-donación no puede contener una cláusula de mejora, típica de las donaciones ordinarias y de legados. Aunque se hayan establecido desigualdades entre los descendientes es innecesaria la cláusula de mejora, pues el acto es una operación divisoria y definitiva realizada por el ascendiente antes de su muerte, que debe respetarse mientras no vulnere la legítima.

3. Transmisión de la nuda propiedad

En lo que respecta a la partición por donación, ahora expresamente se permite transmitir la plena propiedad de los bienes donados o bien únicamente la nuda propiedad, reservándose el usufructo, o puede pactarse entre el donante y los donatarios una renta vitalicia a favor del primero. En este aspecto, la doctrina en general acepta esta posibilidad con la ley vigente.

4. Acción de reducción

También siguiendo a la mayoría de los autores se aclara el alcance de la acción de reducción otorgada al descendiente que ha sido omitido en la partición por donación o ha nacido después de realizada ésta y al que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima, siempre que no existan bienes del causante suficientes para cubrirla.

No se ha reproducido el art. 3536 que, como se ha visto, dio lugar a dificultades de interpretación y que había quedado vacío de fundamento al apartarse Vélez del art. 1079, Código francés, que permitía ejercer la acción de rescisión cuando la lesión superara la cuarta parte y, mientras ella no alcanzara esa magnitud, el heredero sólo podría ejercer la acción de reducción.

5. Cálculo del valor de las donaciones

Se propone en el art. 2418 que, en todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes.

Cabe recordar que en el art. 2445, referido al cálculo de la porción legítima, el Proyecto dispone calcularla tomando el valor líquido de los bienes al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

Como he sostenido en las últimas Jornadas de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 2013: 1. La legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición. 2. Debe distinguirse la masa de cálculo de la legítima de la masa de partición. 3. El criterio que adopta para el cálculo de legítima el valor líquido de la herencia, al tiempo de la muerte del causante, más el valor de los bienes donados de cada legitimario a

la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación, presenta una discordancia que reconoce dos momentos distintos para valuar bienes, que deben ser unificados empleando valores al momento de la muerte del causante. 4. La colación —como operación de partición y dado su fundamento de igualar hijuelas de donatarios legitimarios y de sus coherederos forzosos al momento de partir la sucesión— justifica determinar los valores a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385)⁴³.

De allí que, si bien coincide que debe modificarse el art. 3602 en lo que respecta al valor de las donaciones, lo cierto es que los valores deben actualizarse al momento de la muerte para el cálculo de la legítima, distinguiendo esta masa de cálculo de la masa partible.

6. Revocación

Se prevé, reproduciendo al Proyecto de 1998, la revocación de la partición por donación con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad.

⁴³ Hernández, Lidia B. - Arianna, Carlos - Ocampo, Guillermo - Ugarte, Luis A., ponencia presentada en las Jornadas de Derecho..., cit.

LA MUJER QUE ABORTA SE PERFILA COMO “DIVERSA”

por SOLEDAD DEZA*

I. INTRODUCCIÓN

Una mujer “diversa”, siguiendo las definiciones de la Real Academia Española¹, es una mujer de “distinta naturaleza”, una mujer “desemejante”.

Para desentrañar esa diversidad aplicada al caso de la mujer que decide abortar por cuanto rechaza la maternidad para sí, es necesario identificar cuáles son las representaciones que construyen lo femenino en el imaginario social, para que sea posible identificar qué es aquello que se considera diferente en términos de identidad o que transita por fuera de lo que se ha impuesto como “naturaleza” para la mujer.

Los Principios de Yogyakarta establecen que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género² son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso”.

Este trabajo tiene como objeto evidenciar que la decisión de terminar un embarazo pone en dudas la identidad de una mujer, por cuanto implica la subversión de la naturaleza reproductora que la define y, por lo mismo, la perfila como una mujer “diversa” respecto de los consensos sociales que rodean su género.

* Abogada egresada de la UNT (Universidad Nacional de Tucumán). Directora del Centro de Estudios de Género de la Universidad San Pablo T de Tucumán. Maestranda de la Maestría “Género, Sociedad y Estado” (FLACSO). Correo electrónico soldeza@hotmail.co.

¹ “Diverso, sa. (Del lat. *diversus*, part. pas. de *divertere*). 1. adj. De distinta naturaleza, especie, número, forma, etc. 2. adj. desemejante. 3. adj. pl. Varios, muchos”. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=DIVERSA> (consultado por última vez el 15/8/2013).

² La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ella sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. “Principios de Yogyakarta”, disponible en www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf (consultado por última vez el 15/8/2013).

II. IMAGINARIO SOCIAL Y NATURALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD

Imaginario social, en la visión de Castoriadis³, sirve para referenciar la forma en la que es incidida la realidad a partir de las percepciones de las personas de una sociedad determinada, en un momento determinado de la historia. El imaginario social dependerá de las subjetividades que se pre-figuren y proyecten las personas y, a su vez, de las diferentes lecturas que hagan de las significaciones sociales.

El magma⁴ de significaciones sociales donde se apoyan las construcciones que efectúan las personas acerca de sí mismas y de sus pares está a traviesa a su vez por instituciones que formatean a la sociedad de tal o cual manera, como ocurre con la religión, los mitos, el lenguaje y también el rol que se espera debe cada uno/a desempeñar: hombre, mujer, madre, padre, hijo/a, hermano, hermana, trabajador/a, desocupado/a, delincuente, alumno/a, profesor, ladrón/a, etcétera.

Cuando una persona interactúa en un orden social, lo hace a partir de su visión particular, mirando al imaginario establecido y produciendo al mismo tiempo con su interpretación otro imaginario. Esta lógica del imaginario se basa en esas apreciaciones de la imaginación que se asientan de forma tal que son capaces de crear otras realidades, ante lo cual Erreguerena Albateiro⁵ concluye que es la imaginación el origen de las significaciones sociales.

El binomio mujer-madre tiene vigencia histórica en el imaginario social y, aunque con matices, el rol reproductor identifica lo femenino en todas las culturas como rasgo que define y condiciona la existencia de una mujer.

Desde la teoría política feminista se alerta sobre cómo la reproducción es un proceso social que organiza y a través del cual se expresan y dirigen las relaciones sociales de género, creando los seres a los que llamamos mujeres y hombres.

La sexualidad se construye socialmente y ha construido a su vez a la mujer como ser sexuado, con los parámetros encarnados por la ley, el orden y el Estado. Pero antes que ello, con los parámetros del padre y luego con los del esposo. Los parámetros del hombre. Los parámetros del poder.

A lo largo de la historia, la mujer ha sido relegada de la arena pública por su naturaleza reproductora y al mismo tiempo excluida de los espacios de poder, confinándola la organización social al espacio privado. También en el interior del hogar fue privada de poder y marcada con violencia, al menos simbólica, primero por la ley del padre y luego del esposo.

El surgimiento del Estado secular o laico constituirá el marco legal y político para establecer delimitaciones claras en torno a la autonomía. De ahí que el liberalismo se haya presentado en sus comienzos como un marco filosófico, legal y político ideal

³ Castoriadis, Cornelius, "La institución imaginaria de la sociedad", en Colombo (coord.), *El imaginario social*, Altamira y Nordan Comunidad, Montevideo, 1993, p. 63.

⁴ Castoriadis, Cornelius, *Los dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 73. Este autor señala que la institución está hecha de múltiples instituciones particulares que forman un todo coherente. Es una unidad total, es la cohesión de una red casi infinita de significaciones que tienen una dirección de sentido para los diversos sujetos e instituciones que componen la sociedad.

⁵ Erreguerena Albateiro, María J., "El concepto de imaginario social", en *Anuario 2000*, UAM-X, México, 2001, ps. 15/27.

para la eventual liberación de quienes, como las mujeres, estaban condenadas a una “minoría de edad en materia de conciencias y autonomía”⁶. Pero la historia también demostraría que para el Estado liberal los conceptos de individualidad, identidad e igualdad estaban reservados para otros, para los humanos, para los hombres y, por sobre todo, para hombres blancos, heterosexuales, propietarios, clase media e ins-truidos.

Actualmente, en una sociedad donde no se logra instalar el debate público sobre la despenalización del aborto, la mayoría de los actores políticos estratégicos pugnan por mantener un statu quo que legitima un consenso social de criminalización penal hacia la mujer que rechaza la maternidad y decide poner fin a un embarazo.

Sin embargo, así como la sanción penal ha sido desechada como herramienta destinada a disciplinar elecciones sexuales o formas de vida diversas, el camino de las mujeres que repudian el mandato cultural de femineidad dominante anclado en la maternidad como destino sigue siendo transitado entre clandestinidad, crimen y castigo.

III. LA MATERNIDAD COMO “CAUTIVERIO”⁷ Y COMO DESTINO

La identidad casi equivalente de lo femenino con la maternidad entraña la reproducción un estereotipo sexista capaz de cifrar en las subjetividades de las mujeres planes de vida pre-determinados como si fueran acuñados por la naturaleza o inscriptos en sus cuerpos.

La biopolítica⁸ de acotar esferas personales negando a las mujeres el control sobre su propio cuerpo favorece la subyugación en el deseo de un “otro” —un Estado, una sociedad y una familia que las quiere y las prefiere “madres” — y abona la representación simbólica del binomio mujer-madre con base en dos fundamentos. Por un lado, mostrando el maternaje como aquello que es esperado de una mujer, aquello que se condice con su naturaleza; y, por otro lado, sobre todo en el caso de niñas y adolescentes en estado de vulnerabilidad, la maternidad se presenta erróneamente como una posibilidad de empoderarse frente a la invisibilidad familiar y la falta de perspectivas sociales.

La reafirmación constante del binomio mujer-madre está perfilando a la mujer que rechaza ese mandato cultural como una mujer diversa. Una mujer cuya identidad parecería no encajar en la de su género.

Desde la antropología, Lagarde aborda el cautiverio de las mujeres como una relación específica de éstas con el poder, que se caracteriza por la privación de libertad y la opresión que implica el deber ser femenino de su grupo de adscripción según es-

⁶ Rochefort, Florence, *Laicismo, feminismos y globalización*, El Colegio de México-UNAM, México, 2010.

⁷ Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres*, Horas y Horas, Madrid, 2011.

⁸ Tomando la idea de biopolítica de Foucault en *La historia de la sexualidad*, que refiere a la política de administrar y gobernar la vida mediante procesos que la sociedad da por sentados, que permite entender a los cuerpos como lugares donde fluctúa el poder y no como sujetos estáticos.

tereotipos dominantes. Denomina “madresposa”⁹ a una categoría global que encasilla conyugalidad y maternidad como estereotipos de reproducción social que precede a las mujeres y que las “especializa” para ciertas tareas.

Las madres tienen a su cargo la reproducción de la sociedad (sujetos, identidades, relaciones sociales, instituciones) y de la cultura (la lengua, las cosmovisiones de la vida, la religión, el pensamiento simbólico, los afectos). Pero, a la vez, estas madres tienen dentro de esa esfera vital otra variable inescindible, la de la conyugalidad, que impone otras tareas también de cuidado y reproducción, las tareas de esposa. La construcción de este rol, indica la autora, es simbólica y por ello puede ser madre quien no ha parido y ser esposa quien no tiene esposo, dado que el rol de cuidado se reproduce y recicla al interior de la esfera privada, sin importar la exactitud del parentesco.

La percepción social de la tarea de maternaje, que implica ser para otros/as, promueve veladamente atributos de bondad, abnegación, sacrificio, resignación y subyugación que terminan siendo feminizados y atribuidos pacíficamente a la identidad de las mujeres. Este halo de incondicionalidad para otros/as que rodea a la idea de “madre” naturaliza ciertas cualidades como exclusivas del género femenino y ciertas elecciones como constitutivas del ser, lo cual anuda destino y maternaje de forma casi inevitable.

En la construcción social de la idea de “madre” se implica también la falta de control sobre el propio cuerpo para la mujer. El poder de gestar, como una función biológica posible en el cuerpo de las mujeres, termina por convertirse en una puerta de acceso para volver de interés público un territorio privado y para volver políticas decisiones íntimas.

Los adelantos tecnológicos han facilitado la medicalización de un proceso que históricamente había acontecido al interior de la mujer y ha visibilizado el feto con tanta autonomía que el embarazo acaba por ser antes una preocupación externa que una sensación interna de la mujer.

Sin embargo, un dato fáctico, fisiológico, orgánico o una función biológica de un cuerpo no debiera tener la entidad suficiente para definir a una persona más allá de su deseo. El hecho de tener un cuerpo capaz de llevar a cabo una gestación no debiera implicar una obligación legal, social o moral sin que se haya aceptado como posible la instrumentalización de ese cuerpo.

El hecho de que un ser humano pueda vivir con un solo riñón no genera en el imaginario social la obligación para todos/as de donar un riñón. Tampoco la posibilidad física de donar sangre nos convierte en donantes obligados.

Pero el cuerpo de la mujer no es algo que le pertenezca totalmente, una vez embarazada. El derecho de la mujer sobre su cuerpo muta desde el señorío hasta el hasta el condominio forzoso con un feto (en términos biomédicos), forzoso con la sociedad (en términos morales) y forzado por el Estado (en términos legales).

La definición social del cuerpo de las mujeres es producto de un trabajo social de construcción con visión androcéntrica, impuesta como neutra y universal, pero que no

⁹ Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Los cautiverios...*, cit., cap. IX.

es más que cultura patriarcal plasmada con la ayuda de “una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya”¹⁰.

La expropiación del vientre de las mujeres a manos de una sociedad que las reclama madres y de un Estado que amenaza con su castigo más duro —el de la cárcel— a toda aquélla que no desea su embarazo y busca terminarlo, son formas políticas de intervenir los cuerpos y las vidas de las mujeres. Y a la vez son formas de definir políticamente una identidad apelando a funciones corporales o biológicas.

IV. TRASTOCAR EL ORDEN NATURAL

Las mujeres, como consecuencia de largos años de disciplinamiento político a manos de un sistema patriarcal, también hemos colaborado en forjar el estereotipo de la “mujer-madre” como un todo inescindible. Bourdieu¹¹ refiere con acierto que “el poder simbólico no puede ejercerse sin la contribución de los que lo soportan, porque éstos también lo construyen como tal”.

El poder patriarcal que subyace a las relaciones de género y asigna contenido a las ideas de lo femenino y lo masculino habrá de incidir con matices en las mujeres y en su género según su raza, su edad, su posición social, su disponibilidad de recursos, su educación y demás variables que contextualizan una existencia humana. Sin embargo, un denominador común que ha conjurado la hegemonía patriarcal sobre las mujeres en diferentes épocas y contextos ha sido su confinamiento en la esfera y la naturalización de sus dotes de cuidadora y madre privada o pública¹², según el caso.

La criminalización del aborto cristaliza el poder del Estado para castigar a quien rechaza ser madre. La clandestinización de los abortos legales muestra que existe una condena social fuerte que va más allá de lo tipificado como delito y que censura a quien se resiste a encuadrar en las representaciones simbólicas del imaginario social dominante. En consecuencia, el deseo aparece deslegitimado y huérfano de adscripciones identitarias. En el ínterin queda desafortunadamente la identidad de una mujer “que se hace”, al decir de Simone de Beauvoir, al parecer sólo cuando elige gestar.

La idea del aborto como elección que se opone a mantener disponible el cuerpo para otro/a visibiliza que no es verdad que las mujeres son madres naturales en potencia y equivale a aceptar que la maternidad no es un instinto.

Pensar el aborto como deseo de no poner el cuerpo implica afirmar que la maternidad es tan pasible de ser elegida como descartada y contribuye a restarle todo lo “natural” que se le ha ido endilgando a lo largo de la historia.

Una mujer que decide poner fin a su embarazo trastoca el orden natural normado que asocia sexualidad a reproducción, reproducción a maternidad y maternidad a lo femenino. Una mujer que decide abortar trasciende la “naturaleza”, puesto que para el imaginario social dominante la mujer adquiere “estatuto humano cuando se hace

¹⁰ Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 22.

¹¹ Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, cit., p. 56.

¹² Marcela Lagarde señala a la “maternidad pública” como la tarea de cuidado que realizan las mujeres sobre otros que no son hijos y que se proyecta incluso fuera del ámbito del propio hogar para hacer de ese rasgo un trabajo.

madre”¹³, ante lo cual el aborto refiere algo que no es lo esperado y entraña un comportamiento que se sale de los cánones de “normalidad”.

Abortando, la mujer pone en jaque la construcción social de lo femenino. Subvierte su propia identidad.

El concepto de diversidad ha estado exclusivamente reservado para poner en crisis el paradigma de heteronormatividad que asociaba sexualidad con reproducción y ambos con género. El colectivo LGBTTIQ supo cuestionar el statu quo, poner de relieve la discriminación y dismantelar un binomio que asociaba orientación sexual con enfermedad, rescatando lo cultural que existe en la sexualidad y el disciplinamiento que interpelaba la identidad de un gran sector de la comunidad.

Tomando el concepto de identidad de los Principios de Yogyakarta, es válido sostener que a toda mujer que quiere abortar estaría al margen de “la vivencia interna e individual” que el imaginario social ha predispuesto para el género femenino. Y, por lo mismo, una mujer que decide voluntariamente terminar con una gestación no encuadra en los parámetros culturales normados para el sexo asignado en su nacimiento —sexo femenino como sexo que gesta—. Es más, el hecho del aborto en sí, como acto médico que puede precisarse de un procedimiento quirúrgico para concretarlo, involucra en cierta forma “la modificación de la función corporal” biológica de gestar, que podrá ser aislada (aborto) o bien definitiva y permanente (si incluye una histerectomía o ligadura tubaria).

Como se vislumbra, la categoría diversidad acuñada para la defensa de la libertad, identidad y dignidad LGBTTIQ ya no aparece como exclusiva y mucho menos excluyente de otro sector cuya identidad está en jaque por las directrices dominantes que forman su subjetividad.

El deseo manifiesto de no ser madre perfila a la mujer como “desemejante” o “de distinta naturaleza” de la idea que de ella se ha figurado la mayoría. No encajar en patrones culturales valorados positivamente por la mayoría descubre el uso de la presión social y el castigo penal para moldear madres y muchas mujeres auto-percibirse féminas, más allá de un vientre ocupado o de una función orgánica.

Estas nociones de identidad “diversa” de la formateada culturalmente para el género femenino imponen de-construir, también desde lo cultural, lo que se afinca bajo el ropaje de “natural”.

Lo femenino tiene que poder desmaternizarse para que la noción de cuerpo no se acote exclusivamente al útero en la etapa fértil de la vida y también para que la mujer sea capaz de obtener una identidad de género, en tanto que mujer.

La mujer precisa con urgencia el reconocimiento de su identidad auto-percibida, elegida y valorada desde su interior y no impuesta, disciplinada y dirigida desde afuera.

¹³ Rostagnol, Susana, “Lugares y sentidos voluntarios del aborto voluntario: un diálogo con la bioética”, *Perspectivas Bioéticas*, año 11, nro. 21, 2006, segundo semestre, p. 55.

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES EN LA ADOPCIÓN. A PROPÓSITO DEL ART. 596, PROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por SEBASTIÁN I. FORTUNA*

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

El 23/2/2011, el Poder Ejecutivo de la Nación, mediante decreto 191/2011, creó la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Proyecto de reforma). La aludida comisión, conformada por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti, ha remitido al Poder Ejecutivo, en marzo de 2012, el Proyecto encargado que, actualmente, cuenta con media sanción otorgada por la Cámara de Diputados del Congreso nacional.

La reforma proyectada importa una modificación sustancial en el derecho privado y, especialmente, en el derecho de familia. La llamada *constitucionalización* del derecho de familia y las exigencias sociales tendientes a una democratización de los vínculos familiares se han plasmado en un cuerpo normativo que representa los ideales de una sociedad moderna observada por un prisma en el que se proyectan igualdad y libertad como valores definitorios de la vida de las personas.

En materia adoptiva, el Proyecto de reforma sienta las bases en que se construye el instituto en la propia redacción del art. 595, el que señala que los principios básicos, o edificantes, son: “a) El interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años”.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la materia Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Maestrando de la maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, UBA. Secretario privado del Juzgado Nacional Civil n. 88, con competencia exclusiva en asuntos de familia.

La participación activa del adoptado en este proceso resulta ser, sin duda, un elemento tangencial, ya que atraviesa todo el instituto de distintas formas: haciéndose oír, exigiendo su participación procesal y que su opinión sea tenida en cuenta en las decisiones que se adopten.

A su vez, la valorización de los orígenes, como punto de partida estructurante para la edificación de vínculos familiares sostenidos en la verdad, se presenta como una línea de análisis que exige concebir la adopción como un proceso de compromiso psicológico y emocional por parte de los adultos respecto de los niños. Un proceso donde existe una amalgama de dos historias —*la del adoptado y la de los adoptantes*— que se cruzan y se resignifican, sin pretender eliminarse recíprocamente.

Así, entonces, el Proyecto de reforma adopta una postura clara, concreta y sin vueltas acerca de cómo se quiere regular el reconocimiento de los orígenes del adoptado. Como observan sus redactores en los fundamentos que acompañaron al texto normativo, “el desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía de otro que de él deriva: el derecho a conocer los orígenes”. Bajo esa premisa, reconociendo las necesidades constitucionales argentinas y aquellas discusiones sobre las que ha dado su puntapié la buena doctrina y la jurisprudencia, el proyecto de Código mejora y amplía la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, construyendo un marco regulatorio que va más allá de la realidad biológica que proclama la actual normativa civil, poniéndose a disposición del propio adoptado todos los documentos judiciales y administrativos sobre los que se cimentó su vida.

Así, entonces, el art. 596 que se analizará, aparte de reconocer la existencia de un derecho a conocer los datos relativos a su origen, habilita al adoptado a “acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en los registros judiciales y administrativos”. A tales fines, no se establece una edad determinada a partir de la cual se pueda ejercer el derecho, sino que se deja abierta al adoptado la posibilidad de hacerlo en forma directa, siempre que, tratándose de un menor de edad, aquél tenga la “madurez suficiente” para ello, para ejercer el derecho que le es reconocido. En tal caso, el juez, señala la norma, podrá dar intervención a un equipo especializado compuesto por profesionales de diferentes disciplinas a fin de asesorar al grupo familia y asistir a la niña, niño y/o adolescente en sus necesidades.

Por otro lado, otra novedad que introduce la norma es el reconocimiento expreso de una acción autónoma destinada a conocer los orígenes del adoptado, sin que ello implique una afectación a los vínculos derivados de aquella adopción. Aquella acción se pone en cabeza del mismo adoptado, aun siendo menor de edad y contando con la representación procesal necesaria.

En ese orden de ideas, me propongo en primer término analizar por qué es importante reconocer en la normativa el derecho en cuestión y su trascendencia en la vida del adoptado. Luego, referiré concretamente a cómo se ha materializado el derecho a conocer los orígenes en la norma comentada. Es decir, analizaré cuáles son las críticas que se formulan al régimen actual y que demuestran su insuficiencia y cómo la doctrina y la jurisprudencia han consagrado la vía que hoy se intenta materializar en la normativa: la acción autónoma destinada a conocer los orígenes. Finalmente, examinaré la posibilidad de ejercer el derecho —*tanto en lo relativo al acceso al expedien-*

te judicial o administrativo, como al ejercicio de la acción autónoma— por parte de aquellos niños o jóvenes que no han adquirido la edad adulta. En ese orden de ideas, se analizarán los argumentos teóricos en los que considero se encuentra estructurada aquella capacidad de ejercicio.

II. ASPECTOS TEÓRICOS NORMATIVOS DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES EN LA ADOPCIÓN

1. El derecho a conocer los orígenes fuera de los márgenes del derecho. A propósito de dos investigaciones que demuestran la necesidad de su regulación

En el marco de dos publicaciones relativas a la apropiación de bebés durante el terrorismo de Estado, la psicoanalista Fabiana Rousseaux afirmaba que “el derecho a la identidad emana de una necesidad básica del hombre, la de tener un nombre, una historia y una lengua. La lengua es esa voz de la familia que, al transmitirse, nos humaniza como sujetos y nos da un lugar en un linaje. Estos/as niños/as fueron inscriptos/as con un falso nombre que oculta el verdadero, y, aunque el aparato jurídico haya estado al servicio de utilizar la letra de la ley para imponer una falsa identidad que arrase la historia, no ha logrado garantizar el olvido. Hay un saber sobre esa historia que estos/as niños/as han tenido, un secreto que produjo efectos en sus subjetividades. Existen modos de inscripción que ninguna ley puede borrar”¹.

Si bien de lo que me propongo hablar en este trabajo dista mucho de la realidad sobre la que construye su discurso la pensadora indicada, lo cierto es que, desde el aspecto normativo, la adopción ha sido en sus inicios concebida legislativamente como la forma de otorgar legalidad a la supresión de la identidad de una persona. Como destaca Eva Giberti: “La... filiación de los niños adoptivos sustituye el nombre elegido por la madre de origen por otro, así como el apellido merced a la fundamentación legal que afirma que se ha sustituido la familia biológica por la adoptiva. La primera prueba de dicha sustitución está dada por el cambio de la identidad formal que reside en el documento que el registro civil otorga y que rebautiza —simbólicamente— al niño con el nombre que los adoptantes prefieren”².

La adopción era pensada como un signo de fracaso o, bien, como una forma de patologización al adoptado³ y por eso no sólo no se imponía una obligación destinada a transparentar las relaciones familiares, sino que los vínculos adoptivos eran escondidos bajo el ropaje de la legalidad.

¹ Rousseaux, Fabiana, “Filiación del apropiado”, www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-151988-2010-08-26.html (13/3/2014). De la misma autora, véase también: “Identidad. ¿Una justa medida?”, en Lo Giúdice, Alicia (comp.), *Centro de Atención por el Derecho a la Identidad de las Abuelas de Plaza de Mayo. Psicoanálisis: identidad y transmisión*, www.abuelas.org.ar/material/libros/libro_psico_08.pdf (13/3/2014).

² Giberti, Eva, “Filiación adoptiva”, www.evagiberti.com/adopcion/filiacion-adoptiva-prologo/ (13/3/2014). También, véase de la misma autora: “El nombre de la madre de origen”, *Actualidad Psicológica, La adopción II*, nro. 340, Buenos Aires, abril 2006.

³ Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, t. II, Universidad, Buenos Aires, 2008, ps. 116.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, como también la fuerza del derecho internacional y su impacto en el derecho interno, pusieron en crisis aquella realidad y fueron las que construyeron el argumento antecedente de la reforma legislativa en materia de adopción mediante la ley 24.779, dictada en 1997, que hoy, Proyecto del Código Civil y Comercial mediante, se pretende modificar.

Antes de observar cuáles son los problemas que se presentan al confrontar el derecho a la identidad con la normativa vigente en materia de adopción, me interesa observar, al menos sintéticamente, los fundamentos que se esgrimen para la defensa del reconocimiento del derecho a la identidad en la adopción en los márgenes donde el estudio del derecho se entrecruza con otras disciplinas. Es que han sido históricamente especialistas de otras materias los que han advertido la necesidad de construir una ética que exija la transparencia de las relaciones familiares y que se corresponda con la verdad en el campo de la filiación adoptiva.

Los argumentos a los que refiero han sido desarrollados por Eva Giberti en una famosa obra titulada *La adopción*. Entonces, la destacada psicoanalista observó la necesidad de construir un relato que dé cuenta de la historia que antecedió a la adopción del niño y develar a aquél la verdad acerca de su origen. El por qué de aquel proceso radica en reconocer que el niño sabe de su origen, por más que no sea incluido en aquel relato, y en que todo ser humano necesita conocer la historia acerca de cómo llegó a la vida y se insertó en la familia que asume su crianza. A su vez, se origina también en evitar que aquél acceda a la información sobre sus orígenes por fuera del núcleo familiar donde es criado y, principalmente, por la verdad como una ética para construcción de los vínculos familiares que asegura vínculos sanos⁴.

Diversas investigaciones relativas a la necesidad de búsqueda de su identidad por parte de los adoptados han reflejado no sólo los argumentos teóricos anunciados, sino también han puesto en primer plano la necesidad de adecuar la normativa para asegurar los medios y/o recursos destinados a tales fines. Al respecto, interesa destacar dos investigaciones analizadas en una publicación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España⁵. La primera de ellas, propiciada por el Departamento de Estudios Educativos de la Universidad de Utrecht, con la colaboración del Servicio Social Internacional, se avocó a examinar los motivos y las expectativas de las personas que habían sido adoptadas. Se señaló que “los principales motivos apuntados por los adoptados para iniciar la búsqueda eran los siguientes: sentían como si su identidad estuviese incompleta (72%), querían saber de dónde venían, quiénes son sus parientes, y por qué fueron abandonados, tenían una sensación de pérdida de origen (61%); otros, experimentaban un vacío en su imagen corporal al carecer de ‘espejo biológico’ (61%). La mayoría de los adoptados tenían varios motivos para empezar la búsqueda, siendo mayor el impacto en su vida personal en aquellos que tenían un mayor número de razones para iniciar el proceso”.

⁴ Giberti, Eva, *La adopción*, 3a ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1998, ps. 228 y ss.

⁵ Investigación a cargo de García Villaluenga, Leticia (prof. titular UCM) - Linacero de la Fuente, María (prof. titular UCM), *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2006, www.msc.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf (13/3/2014).

La segunda de aquellas investigaciones anunciadas se trató de la llevada a cabo por la *Children's Society* de Gran Bretaña. Entonces, el objeto estaba direccionado a observar el impacto a largo plazo de la reunión entre el adoptado y su familia biológica y qué efectos había producido en aquél. Igualmente, les preocupaba conocer por qué unos adoptados desean saber más sobre sus orígenes y buscaban información e intentaban encontrar a sus parientes de nacimiento, mientras otros no. El trabajo indicado concluyó que "1. El 81% de los adoptados manifestaron que la experiencia de recibir nueva información había sido positiva, y un 71% señaló que la información le había ayudado a responder importantes preguntas acerca de su origen y de sus antecedentes. 2. El 85% de los adoptados, tras haber recibido la información tuvieron contacto con uno o más de sus familiares de origen, un 33%, dentro de un mes, un 53% dentro de tres meses. 3. Un 58% de los que contactaron con su madre, lo hicieron también con sus hermanos. 4. La mayoría de los adoptados (91%), hicieron los primeros contactos por carta o por teléfono y sólo el 9% lo hicieron 'cara a cara'. 5. Un 78% utilizaron un intermediario para el encuentro en su primera reunión, mientras que un 22% hicieron el contacto entre ellos directamente. 6. Sobre la satisfacción de dicho contacto, un 36% afirmaban sentirse 'con amigos', un 29% señalaban que 'inmediatamente se sintieron como familia', un 14% se sintieron extraños o no se habían sentido bien, y un 11% tenían sentimientos confusos. Un 7% renegaban de su familia biológica, y un 3% decía sentirse 'liberado' tras la reunión. 7. Respecto a los contactos posteriores al primer encuentro, destacan los siguientes datos: la mayoría de los adoptados mantuvieron algún tipo de relación con su familia biológica. Un 76% con la madre, durante los tres años o más, siguientes al encuentro, y después de tres o más años, un 85% de los que buscaron mantienen aún contacto con uno o más de sus familiares, y un 70%, se comunican o ven a su padre biológico. 8. La valoración de la experiencia de la reunión es positiva (85%), y un 61% de los que buscaron afirmaron que 'se sentían personas más completas desde la reunión'"⁶.

En conclusión, observan los investigadores españoles que en los dos trabajos comentados los motivos que llevaban a los adoptados a buscar sus orígenes eran comunes, independientemente del lugar donde procedan. "Los adoptados comienzan el proceso de búsqueda una vez que han superado una interpretación errónea del sentimiento de lealtad hacia los adoptantes de origen, así como el miedo que les produce el rechazo de la persona buscada, y que supondría un 'segundo abandono'... Las etapas de la vida en que el adoptado inicia esta acción suelen coincidir con hechos como: contraer matrimonio, el nacimiento de un hijo... alguna enfermedad que provoca la preocupación por la propia salud o la muerte de un padre adoptivo, por los sentimientos de pérdida y vacío que originan"; momentos del ciclo vital de cada uno de ellos que los conecta con su propio nacimiento y la construcción de su identidad... "Las razones que determinan ese 'deseo de saber', no han de buscarse en sentimientos de insatisfacción del adoptado por su relación con los padres adoptivos, o con el resto de su familia: hijos, marido... aunque, a veces, ése sea el temor de éstos, sino

⁶ Howe, D. - Feast, J. *Adoption, Search & Reunion. The Long Term Experience of Adopted Adults*, The Children Society, London, 2000, "preface", cit. en García Villaluenga, Leticia - Linacero de la Fuente, María, *El derecho...*, cit.

que responden, más bien, a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto”⁷.

La construcción de la identidad y la posibilidad de que el adoptado acceda a aquella, sin restricciones de ningún tipo, resulta ser una preocupación que en nuestros tiempos tienen tanto los operadores del derecho como los profesionales de la salud. Como se ha observado, “la efectividad del derecho a conocer los orígenes, el acceso a las distintas fuentes de información, la vía más conveniente para ello, la edad para alcanzar tal conocimiento, el compromiso —¿u obligación?— asumido por los padres adoptivos para hacer conocer a su hijo adoptivo sus orígenes integran el cúmulo de cuestiones que despierta el derecho a conocer los orígenes y que... deben ser analizados desde una mirada crítica”⁸.

Hablar de identidad en el marco de la adopción nos exige un análisis que estructure y se integre tanto con el niño adoptivo como con los padres de origen y los adoptivos⁹. Es que el derecho del que hablamos involucra a los tres “sujetos” de aquella relación de orden legal/biológico. Es decir: importa viabilizar los medios para garantizar el derecho a conocer los orígenes y a que dicha búsqueda se encuentre resguardada por el ordenamiento legal. Implica a los padres adoptivos desde la existencia de una imposición legal, y la necesaria construcción de una conciencia destinada a hacer saber al niño la realidad acerca de sus orígenes desde el primer momento de vida; y, finalmente, incluye a los progenitores biológicos en el sentido de reconocer que el eventual derecho a su intimidad, en que pudiesen ampararse a fin de impedir la búsqueda por parte del hijo dado en adopción, pierde virtualidad en la ponderación de derechos que pudieren ponerse en práctica cuando una persona desea acceder a su historia de vida¹⁰.

Es que, reitero, la existencia en reconocer que la adopción integra necesariamente un “triángulo personal”¹¹, sobre que el que se construye la identidad del adoptado y se determinan los roles que deberán jugar los adoptantes y los padres biológicos, define integralmente la estructura sobre la que se cimienta el derecho a la identidad en la adopción.

2. El derecho a conocer los orígenes en el marco de derecho actual. O acerca de la oportunidad de la reforma legal

Como recuerdan los autores del Proyecto de reforma, el derecho a conocer los orígenes, regulado en la norma comentada, encuentra su continente en derecho a la identidad.

⁷ Es interesante observar cómo los entrevistados en aquellas investigaciones manifestaron “la necesidad de saber más sobre su origen y las causas de su ‘abandono’, o tener un espejo biológico: ‘necesitamos mirarnos en los ojos de la persona que nos dio la vida’... ‘construir un sentido de la identidad más completo’“.

⁸ Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., t. II, ps. 122.

⁹ Ver al respecto: Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 785.

¹⁰ Véase también Muñiz, Javier, “Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos”, RDPyC 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, ps. 105.

¹¹ Muñiz, Javier, “Autonomía progresiva...” , cit.

Si bien el concepto de la identidad ha sido producto de extensos análisis, debe recordarse, conforme a la conceptualización que importa para el derecho y para el desarrollo del presente trabajo, que la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de atributos y cualidades que definen la personalidad de cada sujeto. Nora Lloveras observa que el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes constituye un aspecto de la identidad primaria, que “responde al interés superior de todo hombre de saber lo que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, qué le precedió generacionalmente —tanto en lo biológico como en lo social—, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible”. Concordantemente se ha expedido Aída Kemelmajer de Carlucci, quien al criticar la solución que adoptó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Odièvre v. Francia”, destacó que el tribunal “hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente... sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer”. El derecho a la identidad, “como condición esencial del derecho a la autonomía y al desarrollo, constituye el núcleo duro del derecho a la intimidad, importancia que ha sido dejada de lado por la mayoría”. La autora citada, además, consideró que la pretensión de la requirente “era sensiblemente menos exigente”, ya que “no reclamaba establecer vínculos que generasen obligaciones de terceros hacia ella; sólo quería conocer, saber, detectar sus orígenes biológicos, poder situar espacialmente a su familia de sangre, aunque jurídicamente no se establecieran lazos”.

De manera concordante, Zannoni señala que la identidad estaría conformada por tres dimensiones diferentes: a) la identidad personal, en referencia a la identidad biológica, la que incluye, a su vez, la identidad genética, y la filiatoria b) la identidad personal, en referencia a los caracteres físicos, y c) la identidad personal, en referencia a la realidad existencial.

Así, entonces, puede resumirse que el concepto de identidad, como derecho tutelado, se encuentra integrado por una mixtura de elementos que se articulan a cada persona de forma única e irrepetible. Entre ellos, es innegable que ocupan un lugar relevante los datos identificatorios, el nombre y la filiación, pero la identidad no se agota en ellos, sino que los trasciende. En esta idea de trascendencia es que se ubica a un concepto en un “permanente fluir”: no se hereda ni se impone, sino que se construye a lo largo de la vida y a través del juego de todos los elementos que lo componen y que acompañan a la persona durante todo su existir.

Como expresa Fernández Sessarego, la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto. No se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona. Comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad. Es decir, la identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política. Y estos elementos, es obvio, no se obtienen o heredan genéticamente, sino que se van formando a lo largo de la vida a raíz de distintas

circunstancias, una de las cuales —diría, fundamentales— es la familia que se integra, y ello pese a que no exista con todos o algunos de sus miembros vínculo biológico alguno¹².

Entonces, la construcción del derecho a la identidad en la adopción presupone la confluencia de aquellos elementos estáticos y dinámicos que, en el marco de la mentada institución legal, se entrecruzan a fin de definir la identidad de la persona adoptada y, además, la construcción de una historia y/o identidad familiar. En ese orden ideas, si se asume la existencia de aquella confluencia de subjetividades, debe reconocerse la necesidad de estructurar una normativa que las recepte y les otorgue la debida protección y garantía.

Vemos, así, cómo se estructura esta normativa que hoy pretende alcanzar su vigencia. El reconocimiento del derecho en el marco de una regulación general construye bases que hacen indubitable su existencia, proclamación, respeto y, consecuentemente, obliga a todos quienes actúan en el proceso de adopción a garantizar su eficacia; ello, además de adecuar la norma a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos sobre la materia.

La ley escrita, sin duda, tiene un efecto simbólico. Muchas veces necesitamos que la norma proclame un derecho para evitar que corramos la vista de su existencia, para obligarnos a alzarlos en su defensa y contra aquellos que pretenden su negación. La reforma tiene este objetivo: poner en la letra de la ley aquello que se ha defendido fervientemente, aunque no muchas veces efectivizado en la práctica.

A su vez, y como anunciamos, la reforma comentada responde a estándares internacionales vigentes, que exigen la adecuación del derecho interno. Veamos.

En términos normativos, el derecho a la identidad ha sido previsto en forma explícita en numerosos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucional federal, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN, arts. 7° y 8°).

Así, en lo que respecta al derecho a conocer los orígenes, la última de las convenciones internacionales indicadas, en su art. 7°, punto 1, observa que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”. A su turno, el art. 8° señala que “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

En el derecho comparado puede observarse cómo el derecho a conocer los orígenes ha sido ampliamente reconocido. Así, por ejemplo, la Constitución suiza garantiza, en el art. 119.2 g), el acceso de todas las personas a la información sobre su origen. La Constitución de Venezuela dispone en el primer párrafo de su art. 56 que “toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y el de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad”. Por su parte, la Constitución de Colombia esta-

¹² Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

blece en su art. 15 que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. Sin embargo, se recepta la siguiente limitación: “En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”. El Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay establece en su art. 18 que “el niño y el adolescente tienen derecho... a conocer y permanecer con sus padres, y a promover ante la justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias”¹³. El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador concretamente consagra en su art. 153, inc. 6°, que “las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última”.

Resulta también interesante observar cómo se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al reconocer en forma expresa el derecho a conocer los orígenes en cuatro casos jurisprudenciales dictados, entre otros. Refiero a “Gaskin v. Reino Unido”, del 7/7/1989; “Mikulic v. Croacia”, del 7/2/2002; “Ebru et Tayfun Engin Çolak v. Turquía”, del 30/5/2006, y “Godelli v. Italia”, del 25/9/2012.

En el primero se trataba de una huérfana de 17 años que solicitó al Ayuntamiento que le hiciera entrega de la documentación que obraba en su expediente, necesaria para entablar acciones judiciales contra las familias de acogida que la habían maltratado durante su infancia. El tribunal consideró la existencia de un derecho a recibir la información necesaria para comprender la infancia y los años de formación, subrayando que “un sistema como el inglés que hace depender el acceso a los registros del consentimiento del registrante, puede ser considerado, en principio, compatible con las obligaciones emergentes del art. 8°, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, el Tribunal considera que bajo un sistema de este tipo los intereses del individuo que pretende acceder a los archivos referentes a su vida privada y familiar deben ser garantizados cuando alguno de los que hubiese contribuido a los expedientes no pudiese ser localizado o rehusase de manera impropia su consentimiento. Tal sistema es conforme al principio de proporcionalidad si establece una autoridad independiente que finalmente decida si el acceso ha de ser garantizado en casos en los que el contribuyente al registro no responda o deniegue el consentimiento”. En esos términos, se concluyó que “el respeto por la vida privada requiere que toda persona pueda ser capaz de establecer detalles sobre su propia identidad como seres humanos, y que en principio aquéllos no pueden ser obstruidos por las autoridades para obtener esa información básica sin causa justificada”¹⁴.

En los precedentes “Mikulic v. Croacia” y “Ebru et Tayfun Engin Çolak v. Turquía” se reclamó un proceso rápido y eficaz para establecer una paternidad extramatrimonial que era denegada. En ambos, los demandantes se quejaban de la lentitud del procedimiento de búsqueda de paternidad y de la inexistencia en los derechos croata y tur-

¹³ En el mismo sentido, y entre otras legislaciones, se ha regulado también en el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (conf. art. 78) y el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay (conf. art. 239).

¹⁴ La traducción me pertenece.

co, respectivamente, de medidas procesales que permitieran a los tribunales obligar al padre alegado a someterse a las pruebas biológicas ordenadas por los jueces. El tribunal apreció el interés de los individuos en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal, y el interés de terceras partes en negarse a someterse a un examen médico. Así, se consideró que el Estado estaba obligado a establecer medios alternativos que permitieran a una autoridad independiente resolver la cuestión de la paternidad en breve plazo. En los casos citados, “no se había respetado el principio de la proporcionalidad en relación a los intereses de la demandante, a la que se había abandonado en un estado de incertidumbre en cuanto a su identidad personal”. En consecuencia, se entendió que las legislaciones croata y turca era violatorias del derecho a la vida privada previsto en el art. 8º, Convención Europea sobre Derechos Humanos, tras subrayarse el derecho al “establecimiento de los detalles de su identidad de ser humano y el interés vital, protegido por el Convenio, en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el de la identidad de sus progenitores”.

El cuarto de aquellos precedentes jurisprudenciales, “Godelli, Anita v. Italia”, trató de una ciudadana que demandó al Estado italiano en razón de negarle aquél la posibilidad de rastrear datos relativos a su origen. El nacimiento de Anita Godelli ocurrió vigente la ley 184/1983, disposición que hacía primar el derecho de la progenitora a conservar el anonimato por sobre el interés del adoptado a conocer su identidad. Así, entonces, la partida de nacimiento de Godelli no indicaba información alguna relativa a su progenitora. En ese marco fáctico, la recurrente solicitó a las autoridades italianas la rectificación de su partida de nacimiento. La Corte local rechazó el pedido argumentando que, de acuerdo con la ley vigente en el momento del nacimiento, se encuentra vedado para Godelli el acceso a datos relativos a su madre biológica, en razón a que aquélla solicitó no sea deleva su identidad. La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que el Estado italiano, al negar la posibilidad a Godelli a conocer sus orígenes, violentaba el art. 8º, Convención Europea de Derecho Humanos. Para ello, señaló, en primer orden, que en el caso se encontraba en juego la determinación de un justo balance entre el derecho a conocer los orígenes de la peticionante frente al derecho de la madre a mantener oculta su identidad. Así, sostuvo el tribunal que “el interés de un individuo en conocer sus orígenes no desaparece con el paso del tiempo, sino que ocurre lo opuesto. Contrariamente al sistema francés examinado en el juicio ‘Odièvre v. France’, la legislación italiana no ha demostrado empeño en lograr un equilibrio entre los derechos e intereses en juego... Frente [a] la ausencia de un mecanismo destinado a efectuar un balance entre el derecho de la peticionante a conocer sus orígenes contra la voluntad de la madre en preservar su anonimato, la ley da preferencia automática a esta última. Frente a la opción dada a la progenitora de no revelar su identidad, la legislación italiana no provee de ningún mecanismo para que una persona adoptada, que no fue formalmente reconocida en oportunidad de su nacimiento, acceda a información no identificatoria relativa a sus orígenes, en base a la confidencialidad exigida por su progenitora”.

Pasando al derecho argentino, en el plano de los derechos y garantías escritos en la Constitución Nacional, se observa que no hay previsión normativa alguna que haya adoptado el “derecho a conocer los orígenes en la adopción”. Eso no quita que no se

lo entienda incluido entre los denominados “derechos y garantías implícitas” a los que alude el art. 33, CN. Al respecto, en un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sostuvo que “debe —sin duda— incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”¹⁵.

En cuanto a la legislación nacional, si bien el derecho analizado ha estado presente en las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales¹⁶ desde el momento de la sanción de la primera Ley de Adopción, su introducción en el ordenamiento legal ocurrió recién mediante la reforma al régimen de la adopción por ley 24.779, ley vigente desde 1997.

En aquel marco, la introducción del derecho en el ordenamiento civil respondió, entre otras cuestiones, a la necesidad de adecuar el régimen adoptivo entonces vigente a los instrumentos internacionales que reconocían el derecho estudiado; instrumentos que habían adquirido jerarquía constitucional en 1994 en razón de la reforma sufrida por la Carta Magna.

Así, pese a las intenciones de aquella reforma, la doctrina autoral ha afirmado contundentemente que aquélla no trajo una verdadera adecuación a la normativa constitucional. Veamos por qué.

La reforma adoptó, en el sistema de la filiación adoptiva, el reconocimiento del derecho de los niños a la llamada “realidad biológica”. El actual art. 321, inc. h, CCiv., reconoce el derecho, mas no recepta deber legal alguno ni establece un procedimiento para efectivizar el derecho y/o controlar el cumplimiento de aquél¹⁷.

Así, entonces, la ley 24.779 sembró mayores dudas al no especificar en forma concreta cómo se desenvuelve el art. 327, CCiv., con relación al derecho analizado. El artículo indicado concretamente refiere a que “después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del art. 323”. Conforme a una interpretación literal de la norma en cuestión, numerosos autores han cuestionado su constitucionalidad al entender que contradice el derecho de acceder a la identidad biológica que tendría el adoptado en forma plena, pudiéndolo hacer sí el adoptado de manera simple¹⁸.

¹⁵ Voto disidente de Enrique Petracchi, como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/11/1990, en *in re* “Muller, Jorge s/denuncia”, ED 141-268. Ver el análisis de aquel precedente efectuado en Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., t. II, p. 138.

¹⁶ Al respecto, véase el minucioso análisis realizado por la Dra. Marisa Herrera en *El derecho...*, cit., t. II.

¹⁷ Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. II, ps. 787 y ss.

¹⁸ Mizrahi, Mauricio L., “Objeciones constitucionales a la nueva Ley de Adopción”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 11, AbeledoPerrot,

Astutamente, Gil Domínguez, Famá y Herrera han defendido la propuesta seguida por numerosos precedentes jurisprudenciales. Los autores, si bien defienden la derogación de la prohibición que establece el art. 327, CCiv., consideran que, a fin de resguardar el derecho a la identidad, y “que las previsiones de los arts. 321 inc. h) y 328 no sean letra muerta”, debe admitirse una acción de filiación posterior por vía de la declaración de certeza que prevé el art. 322 del ordenamiento procesal; o bien, por medio de una acción meramente declarativa, no constitutiva del vínculo jurídico y que no afecte la adopción plena previamente otorgada¹⁹.

La acción declarativa prevista en el ordenamiento procesal resulta viable “cuando el actor se encuentra en un estado de incertidumbre perjudicial que puede ser removido mediante una decisión judicial de certeza, a tal punto que sin ésta sufriría un daño. Así nuestro más Alto Tribunal ha dicho que existe un interés legítimo que autoriza la vía de que se trata si la ‘falta de certidumbre’ en la declaración solicitada determina la real posibilidad de que surja una controversia judicial...”²⁰.

La acción declarativa de certeza es un medio de obtener directa y únicamente la declaración por el Poder Judicial de que existe un derecho del actor o de que no existe un derecho del demandado. Los requisitos de admisibilidad exigidos por el art. 322 de nuestro ordenamiento procesal para su procedencia son: a) el estado de incertidumbre sobre la existencia, el alcance o las modalidades de una relación jurídica; b) que esa falta de certeza sea susceptible de producir un perjuicio o lesión actual al actor y c) que éste no disponga de otro medio legal para remediar de inmediato ese perjuicio²¹.

La procedencia de esta acción parece entonces el recurso adecuado en el marco de la normativa actual. Aquélla permite el acceso a los datos necesarios para la determinación de la identidad de origen, distinguiéndose de las acciones de desplazamiento o emplazamiento, en tanto que no se deja sin efecto la filiación o vínculo jurídico, ni se busca su reemplazo, sino meramente construir la identidad de una persona.

Es que, si existe un derecho constitucional a conocer los orígenes, escindible del derecho al emplazamiento filial, debe procurarse la vía procesal para tornarlo efectivo, so pena de agotar el tema en meras abstracciones teóricas que nos sumergen en la paradoja del reconocimiento en los papeles de un catálogo de derechos que en la práctica no gozan de concreción alguna.

Es por ello que, en términos genéricos, algunos autores se han inclinado por la procedencia de una vía autónoma cuando no se pretende más que conocer los orígenes, sin buscar el emplazamiento filial. En este sentido, Victoria Pellegrini ha propues-

Buenos Aires, ps. 44; Zannoni, Eduardo, “Adopción plena y el derecho a la identidad personal. La verdad biológica. ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?”, LL 1998-C-1179.

¹⁹ Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. II, ps. 790 y ss. Véase también la continuación al análisis efectuado en Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., t. II, ps. 188 y ss.

²⁰ C. Nac. Civ., sala K, 23/9/2003, “G., C. R. v. C., P. E.”, LL 2004-B-970, con nota de Picasso, Sebastián, “La preeminencia del derecho a la identidad y de la realidad biológica en un interesante precedente”.

²¹ Castiglione, Antonio V., “Acción meramente declarativa”, LL 1991-C-733; Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999, www.abeledoperrot.com.

to la necesidad de “otorgar —tanto en los supuestos de adopción plena o en aquellos casos en que la filiación asignada sea la más conveniente al interés del niño— una acción meramente declarativa a los efectos de constatar el origen biológico. Dicha acción carece de efectos de emplazamiento de estado filial y requiere, en caso de ser necesario, la toma compulsiva de muestra del padre alegado”²².

En nuestra jurisprudencia, el tema ha merecido resolución por parte del Juzgado de Familia de Cuarta Nominación de Córdoba, el 7/9/2005, a raíz de un pedido de declaración de certeza acerca de la verdad biológica —sin emplazamiento filial— formulado por una mujer con filiación paterna acreditada contra una ex pareja de su madre, pues tenía sospechas razonables de que aquél era su progenitor biológico. Tras analizar los contenidos estáticos y dinámicos del derecho a la identidad, el tribunal resaltó que el “derecho a la identidad en su faz estática, lleva ínsito el derecho inalienable a saber, a conocer y a investigar nuestra verdad biológica, y consecuentemente a perseguir mediante una manifestación jurisdiccional la declaración de certeza sobre ella, cuando existen dudas razonables sobre la concordancia entre el estado de familia que se ostenta y el origen biológico de nuestra existencia. Que en el *sub lite*, el interés legítimo de la accionante se encuentra plenamente justificado, ya que la acción meramente declarativa resulta ser el medio idóneo para superar el estado de incertidumbre respecto de su verdad biológica que es un componente ineludible de su derecho a la identidad. El hecho que existan acciones de estado expresamente previstas en la ley para esclarecer la verdad biológica, no obsta a la procedencia de la acción intentada, pues como ya se refirió precedentemente nuestra ley ritual no estableció la subsidiariedad de esta vía, sino que la regula como principal; y por otro lado el derecho a conocer nuestra verdad biológica se puede ejercer mediante una acción autónoma, independientemente del estado de familia que se ostente, es decir que el ordenamiento jurídico permite la investigación y declaración de nuestra realidad genética, sin que ello implique ni el emplazamiento en un determinado estado de familia ni la impugnación de un estado de familia ya establecido...”²³.

Esta misma tendencia fue seguida en un fallo del Tribunal de Familia n. 2 de Morón, del 12/12/2005, pero esta vez a través de la vía de las medidas autosatisfactivas. En el caso, se presenta una mujer con serias sospechas de haber sido sustituida en su identidad, solicitando que el Estado le facilitara la producción de ciertos elementos probatorios (documental, informativa y testimonial) a fin de poder acceder al conocimiento de su verdadero origen, pero sin entrar a indagar sobre el delito de sustitución de estado ni requerir la creación de vínculo jurídico alguno (cuestión que, por otro lado, resultaba imposible, dada la indeterminación de los legitimados pasivos en el caso). Teniendo en cuenta que “el interés tutelable es el derecho de identidad respecto al vínculo biológico” y que “el derecho a la identidad no es sola consecuencia

²² “Filiación y origen biológico”, ponencia presentada en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur: Los derechos humanos en la familia. Hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur, Buenos Aires, UBA, julio 2005.

²³ Juzg. Familia n. 4 Córdoba, 7/9/2005, “F. C.”, RDF 2006-III, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 159, con nota aprobatoria de Chechile, Ana María, “El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin generar vínculos jurídicos”, y LNC 2006-2, p. 216, con nota aprobatoria de Orlandi, Olga, “Declaración de certeza sobre la ‘verdad biológica’ sin modificación del emplazamiento filial”.

de la persecución de una omisión o acción delictiva, sino que precede a aquello y de manera autónoma, no va detrás del *jus persequendi*”, el tribunal consideró que “la persona presentante tiene derecho a buscar su identidad y el Estado la responsabilidad de facilitárselo... Imponer a la persona la realización de una demanda o una denuncia determinada para conocer su identidad biológica importa convertir el derecho en obligación a favor del Estado”. Sobre esta base, se dispuso acoger gradualmente a las medidas solicitadas y se resolvió: a) ordenar la prueba informativa ofrecida por la requirente a la obra social Mutual de Empleados Bancarios de la Provincia de Buenos Aires, a las Municipalidades de Morón e Ituzaingó, al Instituto Médico Central (ex Clínica Dávila) y a la Clínica Modelo de Morón y ampliarla, oficiándose a entidades gubernamentales y no gubernamentales que gestionan sobre personas desaparecidas; b) fijar audiencias testimoniales con las personas del núcleo familiar de la peticionante, así como aquellas que pudieran tener conocimiento de sus orígenes y c) instar, conforme surgiera de entrevistas y declaraciones testimoniales, a la realización de exámenes de histocompatibilidad entre la presentante y sus hermanos²⁴.

Se observa, entonces, cómo la reforma comentada ha tomado las fundadas críticas al sistema vigente y propone perfeccionarlo sancionando en forma directa la existencia de una acción autónoma destinada a conocer los orígenes, no haciendo depender la procedencia de ésta de la astucia o buena voluntad de algunos operadores del derecho.

Viabiliza en forma directa la posibilidad de que el adoptado pueda acceder a aquellos datos y, a su vez, refuerza aquel recurso imponiendo al Estado la obligación de “recopilar”, en los diferentes expedientes relativos a aquel niño o niña, los datos relativos a su origen. Se verá ahora desde cuándo la reforma propone ejercer el derecho en cuestión.

III. ACERCA DE LOS TIEMPOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES EN LA ADOPCIÓN

Como he anunciado, otra de las novedades que trae la normativa es reconocer al adoptado la posibilidad de ejercer derecho a conocer a sus orígenes en todo tiempo o, mejor dicho, sin limitar el ejercicio a una edad determinada.

La legislación actualmente vigente concede el ejercicio del derecho recién en oportunidad en que el adoptado alcance los 18 años. Es decir, se enmarca en una estructura legislativa que parte de reconocer la existencia de derechos, mas no la posibilidad de ejercerlos en razón de aplicar automáticamente del rígido régimen etario que establece el ordenamiento civil para las capacidades.

Como observa Marisa Herrera, la norma proyectada recepta el conocido principio de “autonomía progresiva consagrado en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva nro. 17 sobre la ‘Condición Jurídica del Niño’ dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la observación general nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño que el anteproyecto reconoce y defiende de ma-

²⁴ Trib. Familia n. 2 Morón, 12/12/2005, “A., V. E.”, RDF 2006-III, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 97, con nota aprobatoria de Milano, María Isabel - Jáuregui, Rodolfo G., “Medida auto-satisfactiva y derecho a la identidad ‘cuando el silencio no es salud’”.

nera expresa al regular varias instituciones del derecho de familia y del derecho civil, en general, en lo relativo, por ejemplo, al ejercicio de ciertos derechos”²⁵. En ese marco descriptivo, y en lo que respecta al presente trabajo, sostiene la autora citada que si una persona adoptada, cualquiera que sea su edad, se acerca a la justicia, o a alguna de las instituciones que señala el Proyecto, para conocer sus orígenes, ya está demostrando una inquietud que debe ser escuchada por quienes están especializados o al menos interiorizados en temáticas relacionadas con infancia y adolescencia.

Ante esta afirmación, conviene que aquellos que operamos en el derecho de familia nos preguntemos si aquel interés justifica que quien es menor de edad acceda a información sobre sus orígenes de forma autónoma; es decir, planteado en términos generales, si un menor de edad puede ejercer un derecho que le reconoce el ordenamiento civil o, bien, debe hacerlo por medio de sus representantes.

La disquisición no es menor y, en determinada forma, sienta una posición ideológica relativa a la capacidad de ejercicio de niños y adolescentes. La propuesta del Proyecto de Código Civil, que recepta aquello que la doctrina ha dado en llamar capacidad progresiva, pretende entonces que el quiebre del paradigma de la capacidad que se viene discutiendo desde hace muchos años se introduzca en el ordenamiento civil sentando las pautas para el ejercicio de los derechos de los que todos somos titulares.

Me propongo a continuación sentar las bases teóricas que justifiquen el ejercicio de los derechos del que son titulares niños, niñas y adolescentes y, por ello, que justifiquen también la buena política legislativa que ha adoptado el Código Civil en la norma comentada.

1. La perspectiva histórica

Si se tuviera que realizar una esquematización explicativa acerca del devenir histórico que ha tejido el rol social de los/as niños/as, puede, sintéticamente, demarcarse la existencia de tres etapas que, correlativas las unas con las otras, desembocan en cómo hoy se define la niñez. Me estoy refiriendo claramente a la Antigüedad, la modernidad y a la Posmodernidad.

La concepción de la niñez durante la Edad Media distaba mucho de lo que entendemos por ella hoy en día. La carencia de un sentimiento de infancia, acompañada por la inexistencia de la función afectiva y de contención emocional de la familia, son datos característicos para entender las unidades domésticas de la época, que tampoco entendían la existencia de divisiones entre espacios públicos y privados determinantes de la vida familiar²⁶.

Aquellas unidades domésticas, que muchas veces se superponían con los espacios de producción económica, se caracterizaban por carecer de espacios privados

²⁵ Herrera, Marisa, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía ‘Blanc’”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa (coords.), JA 2012-II, del 20/6/2012, supl. esp. El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, AbeledoPerrot, Buenos Aires, ps. 84-98.

²⁶ Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo régimen*, Taurus, Madrid, 1987; Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 111.

familiares; la única finalidad de aquella unión se encontraba en la transmisión de la vida, los bienes y el apellido²⁷.

En lo que hace al entorno social, aquellos/las niños/as se encontraban integrados en la vida del adulto, compartían sus trabajos, juegos y preocupaciones; se mantenían insertos en una sociedad que no hacía distinción entre unos y otros, quedando relegados a una indiferencia absoluta²⁸.

La indiferencia de la que hablo resultaba evidente desde que la vida del niño se desarrollaba en el anonimato; éste nacía y moría sin registro ni inscripción, engendrándose muchos para conservar sólo algunos, debido a que su muerte en la temprana edad era moneda corriente²⁹.

Los movimientos económicos y sociales de los siglos XVII y XVIII, que dieron origen al nacimiento de la sociedad moderna, trajeron consigo una transformación en las costumbres familiares, donde el niño y la familia ocupan lugares prefijados. A su vez, aquel proceso es acompañado por el nacimiento de disciplinas, como la pediatría y la psicología, que estudian los problemas físicos, morales y sexuales de la infancia y de su marco, la familia³⁰.

Aquel desinterés respecto de la condición de niñez que se había evidenciado por parte de la sociedad comienza por revertirse principalmente debido a dos factores: uno, relacionado con el potencial humano que significaba la procreación. Para ello, se dirigió el foco al rediseño de políticas de salud destinadas a reducir la mortalidad infantil. El otro de los factores se encontró relacionado con la creación de un modelo familiar donde las madres tuviesen la función principal de crianza y moralización de los hijos³¹.

La familia moderna se reorganizó en torno a esta infancia, instaurándose un sistema de educación, de primera socialización y el establecimiento de cuidados especiales y enseñanzas encargadas a la madre, quien tenía a su cargo la organización de aquel espacio privado familiar. En contraposición se encontraba el espacio público, característico de lo masculino y propio al mundo del “mercado”³².

En consecuencia, los siglos XVI y XVII dieron inicio a la conformación de un nuevo “sentimiento”: el de “familia conyugal”. Aquél no se trata más que de un sentimiento enlazado a los valores del hogar, la cohabitación de la intimidad, la vida dentro de la vivienda; en definitiva, la conformación de la familia nuclear que se difunde a todas las categorías sociales hacia finales del siglo XVIII y principios del XIX³³.

²⁷ Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit.

²⁸ Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 530.

²⁹ Salce, *De cuando el niño no tenía nombre*, Entrelíneas, abril 1997, en Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., p. 110.

³⁰ Ariès, Philippe, *El niño...*, cit., ps. 534 y ss.

³¹ Morello, Augusto M., *Las edades de la persona en el cambiante mundo del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003 p. 57, en Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 532.

³² Maynes, Mary Jo, “Cultura de clase e imágenes en Europa...”, en Kertzer, David - Bargi, Marzio, *Historia de la familia europea*, vol. 2: “La vida familiar desde la Revolución francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913)”, Paidós, Barcelona, 2003, ps. 297-337.

³³ Ariès, Philippe, *El niño...*, cit.; Mizrahi, Mauricio L., *Familia, matrimonio...*, cit., p. 111; Burguiere, André, “Las mil y una familias en Europa. Una geografía de las formas familiares”,

Asimismo, aquellas transformaciones también tuvieron su origen en la contracción del régimen de autoridad patriarcal absoluto sobre los hijos, y el quiebre económico producido al dejar de ser la propiedad de la tierra la base material de subsistencia, para pasar a cobrar preeminencia la venta de la fuerza de trabajo individual en el mercado³⁴.

El “niño moderno” se presenta como un objeto “precioso” que requiere de protección y cuidado especial, aparece como alguien indefenso, “incapaz” de pensar y decidir por sí mismo y a quien, entonces, resulta necesario proteger y cuidar. En definitiva, aquella estructura jerárquica es la que da el marco a la intervención del niño en la vida social; los padres, los “mayores”, serán los que ejercerán discrecionalmente la patria potestad sobre las actividades y las conductas de sus hijos³⁵.

Aquel discurso jurídico recién tendrá su reformulación a partir del siglo XIX y, principalmente, con la declaración de Ginebra de 1924 que, tímidamente, empieza por esbozar la preocupación por la infancia desde el discurso de los derechos humanos.

Es entonces que la posmodernidad comienza a hacer notar los lineamientos que la determinarán. Como se afirma, la Declaración de Ginebra es el primer instrumento internacional que se ocupa, y se preocupa, acerca de la situación de la infancia en el mundo. Su redacción, y la forma en que se interpela al niño, distan mucho de los instrumentos internacionales posteriormente dictados. Veamos, sintéticamente, por qué.

Así, entonces, la Declaración de referencia configura el último resabio de la modernidad y, también, el antecedente al quiebre definitivo que produce la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, al interpelar a estos últimos como sujetos de derecho. No obstante, se ha señalado que la Declaración tuvo la virtualidad de servir de bisagra entre el pasado y el presente, “puesto que, por un lado, sintetizó formidablemente el trabajo en defensa de los niños de muchas personas y colectivos en las décadas anteriores, al mismo tiempo que impulsó la actividad posterior en relación a esa importante tarea”³⁶.

La Declaración de 1924, que constaba de cinco apartados, establecía, entre otras cosas, que “los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe a los niños lo mejor que pueda darles, declara y acepta como su deber, que más allá, y sobre toda consideración de raza, nacionalidad o credo: I. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo... II. El niño hambriento debe ser alimentado... III. El niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempos del peligro...”. En definitiva, lo que hacía no era más que tomar al niño como un objeto de protección; reclamaba, sin duda, la preocupación y la necesidad de protección, pero no lo interpelaba como sujeto de derecho sino, meramente, como objeto de protección.

en Burguiere, André, *Historia de la familia*, Alianza, Madrid, 1988, ps. 27-61. Véase también, Donzelot, Jacques, *La policía de las familias*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2008, ps. 79 ss.

³⁴ Jelin, Elizabeth, “Pan y afectos”, en Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., p. 532.

³⁵ Ver al respecto Roudinesco, Elizabeth, “La familia en desorden”, cit. en Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 532.

³⁶ Garibó Pereyro, Ana-Paz, “Los derechos del niño. Una fundamentación”, cit. en Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 534.

Antes de adentrarme en el análisis de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y a la explicación de cómo ésta ha culminado con el proceso de ruptura —al menos teórica— de la concepción del niño como objeto de derecho, haré referencia a cómo, desde determinadas teorías de la filosofía jurídica, se puede entender la construcción de la persona como sujeto de derechos humanos.

2. Derecho subjetivo. Líneas teórico-argumentales de su construcción

Determinadas líneas de la filosofía jurídica proponen entender la noción de derechos humanos partiendo de la construcción de la “persona moral”. Así, explican que comúnmente se suelen relacionar los derechos humanos con aquella normativa que se encuentra estipulada en disposiciones de derecho positivo, sea nacional o internacional. Ahora bien, se entiende también que aquellos derechos no se identifican con los que surgen de la norma positiva, sino que constituyen la consagración o reconocimiento de derechos que no tienen ni deben corresponder su existencia a la recepción jurídica y que tienen su origen en lo que se ha denominado “derecho natural”. El estatus normativo de estos derechos derivará, entonces, de principios morales o, bien, de un “sistema de principios morales”³⁷.

Partiendo de ello, “decir los sujetos de los derechos humanos son todos los hombres y nada más que ellos es equivalente a sostener que los principios que establecen estos derechos tienen como única condición de aplicación referida a los sujetos normativos la propiedad de constituir un individuo humano”³⁸. En tal sentido, la pertenencia a la especie humana será el rasgo característico y necesario para gozar de los derechos en cuestión; otras propiedades —raza, sexo, inteligencia, etc.— son irrelevantes. Así, “si la única propiedad relevante para gozar de aquellos derechos es la del hombre y si esta propiedad no es gradual, esto quiere decir que no puede haber diferencias de grado en el goce de los derechos en cuestión; es decir que todos los hombres deben gozar de ellos en el mismo grado”³⁹.

Desde esta perspectiva⁴⁰, se ha entendido que la constitución de la persona moral conlleva la idea de una “autoconciencia”, de una capacidad para adoptar fines y

³⁷ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a ed. ampl. y rev., Astrea, Buenos Aires, 2007.

³⁸ Nino, Carlos S., *Ética y derechos...*, cit., p. 41.

³⁹ Nino, Carlos S., “El hombre, sus derechos y el derecho”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1985, ps. 129 y ss.

⁴⁰ Desde una postura menos estricta, se dirá que “los seres humanos, por su calidad de tales, son titulares de derechos. Éstos son inherentes a su condición humana y se consideran fundamentales de la persona, por lo que se denominan derechos fundamentales o humanos. La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de las personas frente al Estado, cuyo poder debe ejercerse al servicio de éstas y ser el medio para que vivan en sociedad en condiciones dignas”. Huenchuan, Sandra - Morlachetti, Alejandro, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, *Notas de Población*, nro. 81, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/27108/lcg2300-P_3.pdf (13/3/2014).

formular deseos⁴¹. En suma, parecería ser que la concesión del derecho subjetivo, propio de la persona moral, estaría determinada por la existencia de una capacidad volitiva⁴². Así es que el modelo propuesto por las teorías de la voluntad apuntarán a afirmar que los derechos se definen como “poderes normativos para determinar las obligaciones de otros sujetos mediante el ejercicio de la voluntad de su titular”⁴³, quedando configurado el derecho subjetivo por la voluntad o discreción del titular en relación con el contenido del derecho⁴⁴.

Ahora bien, el problema que se suscita ante esta construcción teórica es que aquellos que no fuesen reputados capaces para el ejercicio del derecho, y que por ello se los considere carentes de capacidad volitiva, serán excluidos de la categoría “sujetos de derechos”, pasando a ser simples “objetos de derechos”, meros entes de imputación que por sí son incapaces de reclamar aquello que se les reconoce.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta la importancia que tiene esta categorización, ya que de ésta derivan un sinnúmero de posibilidades para aquel que se encuentra incluido en el marco normativo. Se crea una realidad jurídica independiente de la existencia fáctica del sujeto; esa realidad, que opera desde el discurso jurídico, es la de ser sujeto de derecho.

En tal sentido, desde la institución jurídica los hombres toman conciencia de sí mismos en función de la determinación que la ley hace sobre ellos. Sobre esta estructura de constitución del sujeto reside la estructura “ficcional” que mantiene la integridad del discurso que legitima el derecho positivo, “es como si hubiese en el origen un sujeto al cual dirigirse, al cual calificar, permitir o prohibir ciertas conductas, y porque él está primero es que, en un segundo momento La Ley lo alude; le habla; lo autoriza; lo interdicta; lo establece en algún lugar del campo de la legitimidad o lo excluye de él; le otorga la palabra o lo priva de ella”⁴⁵.

La ley, mediante su discurso, cumplirá entonces la función de determinar quiénes son personas, tipos, extensión de su capacidad, cualidades y atributos, “el derecho dota de identidad a todo aquel que instituye como sujeto. Identidad y legitimidad están ligadas”⁴⁶.

41 Ver al respecto el análisis realizado respecto de Sandel, “Liberalism and the Limits of Justice”, en Nino, Carlos S., *Ética y derechos...*, cit., p. 172, y en Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, Buenos Aires, 2001, ps. 50 y ss.

42 Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado...*, cit., ps. 50 y ss.

43 Fanlo Cortés, Isabel, “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate”, *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 9, Unicef, 2007, ps. 167 y ss.

44 Esta construcción conformó una clave del desarrollo del derecho moderno en el pensamiento jurídico continental, donde el concepto de derecho subjetivo, como capacidad o poder de actuar del individuo, dio forma al derecho positivo sobre la que se estructuraron los derechos del hombre, conceptos que entraron en crisis con el “resurgimiento” del derecho natural como “estructurante” del hombre. Derechos que, luego, con motivo de asegurarlos y darles una dimensión permanente y segura, se plasmaron en los procesos de positivización de las declaraciones internacionales de derecho. Ver al respecto: Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1994, ps. 135 y ss.

45 Ruiz, Alicia, “Aspectos ideológicos del discurso jurídico. La categoría del sujeto de derecho”, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 194 y ss.

46 Ruiz, Alicia, “Aspectos ideológicos...”, cit.

De forma similar, Goffman⁴⁷ explica que la construcción de la identidad particular en la sociedad depende de la adecuación a roles prefijados que deberán interpretar cada uno de los sujetos al momento de la interacción social. En este marco, es un principio fundamental la adecuación al rol prefijado y la construcción de la identidad particular funcional a ese rol. Pudiendo el sujeto mantener el control sobre todos estos aspectos que hacen a su identidad en función de la sociedad de la que es parte y no habiendo lugar a mayores problemas que hagan a su integración social. Ahora, un desbarajuste en la identidad, “creada en función”, ocasiona un trastorno social que requiere del rápido aprendizaje del individuo en la adecuación a su rol; caso contrario, su estigmatización mediante la ley deviene como mecanismo sea de sanción social o de exclusión social en sus casos extremos.

3. La ruptura del paradigma

La construcción del sujeto de derecho, como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, queda ligada a la noción jurídica del ejercicio, o sea, a la posibilidad o imposibilidad de contraer aquellos derechos u obligaciones por sí o, bien, por intermedio de un tercero que “supla” aquella capacidad “inexistente” del sujeto.

Se explica así que cuando la *persona natural*⁴⁸, con personalidad jurídica reconocida por la ley, actúa en el marco de una relación jurídica, se convierte técnicamente en un sujeto de derecho, o sea, “la propia persona inmersa en una concreta relación jurídica, bien como titular de un derecho o sujeto activo, o como titular de un deber, obligación o sujeto pasivo”⁴⁹.

La forma en que los ordenamientos jurídicos interpelan al sujeto se encuentra, entonces, basada en la capacidad de hecho —como la aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos— y la capacidad de derecho —como la aptitud para la titularidad de deberes y derechos—.

Si bien nadie discute la existencia de la capacidad de derecho, ya que ésta hace a la mera existencia de la persona jurídica así reconocida, la capacidad de hecho presentará una variable particular. Construida ésta como regla, abre lugar a la excepción, que se encuentra presente cuando la ley la presupone entendiendo que hay quienes no pueden actuar por sí mismos, sino que deberán hacerlo mediante la intervención de terceros.

De tal forma, la ficción jurídica se implementa obstruyendo la autonomía personal en resguardo de la seguridad del “incapaz” de hecho. Se estructura, así, un régimen

⁴⁷ Goffman, Erving, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Amorrortu, Buenos Aires, 2004.

⁴⁸ Valdez Díaz entiende que “es persona natural el ser humano, el hombre jurídicamente considerado, al que se reconoce capacidad para ser sujeto de derecho y obligaciones y, especialmente, poseedor de atributos y cualidades que han de ser reconocidas por el derecho, puesto que tipifican si dignidad humana”. Ver al respecto: Valdez Díaz, Caridad del Carmen, “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Pérez Gallardo, Leonardo B. (coords.), *Nuevos perfiles del derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 563.

⁴⁹ Valdez Díaz, Caridad del Carmen, “Acerca del ejercicio...”, cit., p. 566.

que tiene fundamento en la existencia de una “persona dependiente, en riesgo y necesitada de un régimen de protección jurídica”⁵⁰.

Desde el plano de la construcción de los derechos humanos, los instrumentos internacionales específicos en la materia construyen la noción de sujeto de derecho ligada a la noción de “persona”, sin hacer distinción alguna, sea por motivos de sexo, raza, idioma o religión. Se trata, a su vez, de una noción que “supone proteger la libertad y la dignidad en todas las personas. ...implica que sólo el hecho de ser persona física otorga titularidad de derechos humanos”⁵¹.

Aquella universalidad que se predica es múltiple: se trata de todos los seres humanos, hombres, mujeres y niños; en todos lados y de todos los derechos humanos sin distinciones⁵².

En este sentido, la CDN parte de aquellos principios de igualdad y universalidad, constituye el hito fundamental en el reconocimiento de derechos de la niñez, ello debido a que el valor radica en inaugurar una nueva relación entre derecho y los niños, relación que se ha denominado como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”⁵³.

Como he adelantado, este nuevo modelo, ratificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en, al menos, dos oportunidades⁵⁴, produce el quiebre del paradigma con la concepción del niño como “sujeto” titular de derecho. De la titularidad

⁵⁰ Llorens, Luis, “La falta o disminución del discernimiento. ¿Constituye una incapacidad?”, LL 2007-E-1106.

⁵¹ Pinto, Mónica, “Los derechos humanos del niño”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Herrera, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 115 y ss.; de la misma autoría, véase: “Sistemas de protección internacional de los derechos humanos”, *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 2, Unicef, www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos2.pdf (13/3/2014).

⁵² Pinto, Mónica, “Los derechos...”, cit. “Sistemas de protección...”, cit.

⁵³ Ver al respecto: Beloff, Mary, “Un modelo para armar y otro para desarmar”, en Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2008, ps. 1 y ss.; Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., p. 532.

⁵⁴ Me estoy refiriendo a las dos oportunidades en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de expedirse sobre el tema. La primera de aquéllas, en el caso contencioso conocido como “Los Niños de la Calle” o “Villagrán Morales”, ha significado, en palabras de Mary Beloff, un paso importante en el proceso de ampliación de la ciudadanía plena hacia aquellos que desde siempre se concentraron al margen de su condición de sujetos de derecho (ver al respecto: Beloff, Mary, “Cuando un caso no es ‘el caso’”, en Beloff, Mary, *Los derechos...*, cit., ps. 57 y ss.). Por otro lado, la segunda oportunidad en que se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue en la opinión consultiva 17, dictada en agosto de 2002. En aquella oportunidad, la Corte, expidiéndose más allá de lo que era el objeto de la consulta, interpeló al niño como *sujeto de derecho*, debiendo el Estado implementar aquellas políticas necesarias para garantizar los derechos de los que son titulares conforme a la CDN. Asimismo, afirmó que, sin perjuicio de aquella subjetividad, la menor edad supone la existencia de un trato diferencial que facilita la mayor satisfacción de los derechos de los niños (ver al respecto: Beloff, Mary, “Luces y sombras de la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: condición jurídica y derechos humanos del niño”, en Beloff, Mary, *Los derechos...*, cit., ps. 105 y ss.).

de los mismos derechos de los que son titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos que se otorgan por su condición de persona en desarrollo; se rompe de esta forma con la doctrina de la “situación irregular” que los consideraba como menores, incapaces y, en consecuencia, objetos de protección y representación por sus progenitores⁵⁵.

Desde este marco, entonces, es imposible plantear la “minoridad” como una causa de *incapacidad*, “sino como una circunstancia que modifica la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de la personalidad”⁵⁶.

Se afirma, en consecuencia, que la CDN, mediante el reconocimiento de la subjetividad jurídica a los niños, “propicia una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos”⁵⁷; acercando, a su vez, aquella noción de ciudadanía, asociada con la participación de la persona en la democracia, a la niñez⁵⁸.

La niñez así definida se deberá entender, no como un proyecto o ciudadano futuro, sino como un ciudadano en sentido pleno, partiendo para ello de una interpretación sistemática y dinámica de la CDN que reconoce las capacidades del niño en cualquier etapa de su desarrollo, gozando de la ciudadanía comprensiva de las relaciones políticas de autonomía y de autogobierno, como también en lo que hace a sus relaciones sociales y familiares⁵⁹.

Sin duda, el reconocimiento de aquella subjetividad viene a provocar un vuelque en la forma en que los derechos son ejercidos. No puede seguirse sosteniendo la existencia de una infancia alienada y basada en la representación adulta para el ejercicio de la titularidad de derechos, ya que no valdría de mucho gozar de titularidad si el mismo sistema no asegura el ejercicio de aquellos derechos.

En defensa de aquella postura se ha esbozado el principio de capacidad progresiva. Al efecto, se ha señalado que el paradigma de protección integral de derechos parte de la concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, reformulada a partir del principio democrático entre el adulto y el niño; interacción que tiene sustento en valorar la personalidad y las necesidades del niño en cada período de su vida y la participación activa en el proceso formativo, reconociéndose la auto-

⁵⁵ *Ibidem*; véase también: Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 1, Unicef, www.unicef.cl/centrodoc/ficha.php?id=202 (13/3/2014), ps. 45 y ss.; García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en García Méndez, Emilio - Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América latina*, Themis - De Palma, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, 1998.

⁵⁶ Ansenio Sánchez, Miguel, *La patria potestad y la libertad de conciencia*, cit. en Famá, María Victoria, “La ‘competencia’ de los adolescentes para reconocer hijos”, en Grosman, Cecilia P. (dir.), RDF 2009-I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, ps. 105 y ss.

⁵⁷ García Méndez, Emilio, “Infancia, ley...”, cit., p. 25.

⁵⁸ Cillero Bruñol, Miguel, “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 3, Unicef, www.unicef.cl/centrodoc/ficha.php?id=70 (13/3/2014).

⁵⁹ Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., p. 543 y bibliografía allí indicada; véase también: Famá, María Victoria, “La ‘competencia’...”, cit., ps. 105 y ss.

nomía en el ejercicio de sus derechos y en función de la evolución gradual de sus capacidades⁶⁰.

En tal sentido, el niño, como sujeto de derecho, a medida que crece y es poseedor de pensamiento *abstracto* adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, de modo que aquella valoración como sujeto de derecho implicará poder conocer su opinión acerca de todos aquellos asuntos que le conciernen, intervenir en los procesos judiciales, tener un patrocinio jurídico, entre otras cosas⁶¹.

Así, bajo aquellos argumentos, es necesario tomar en cuenta no sólo la igualdad, sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes. Aquella libertad y autonomía no implican negar la vulnerabilidad de los niños por su condición de tales, requiriéndose entonces que aquella voluntad sea acompañada por la implementación de políticas sociales que hagan presentes las condiciones necesarias para que el niño sea capaz de desarrollar sus propias capacidades⁶².

Entonces, bajo los preceptos esbozados, ¿resulta justificado mantener una norma que se enmarca en un modelo que no reconoce a quien no ha alcanzado la mayoría de edad como un sujeto de derecho? Claro, la problemática no es nueva. Numerosos proyectos de ley en materia de adopción preveían una edad menor a la existente en la legislación actual para acceder a los orígenes. En cierta forma, la redacción final del art. 328 se debió a los fundamentos del senador Cafiero, que defendió la elevación de la edad a los 18 años⁶³. Sancionada, la mayoría de la doctrina autoral se alzó en su contra de la franja etaria incluida en aquélla. Una gran cantidad de autores sostuvo la necesidad en disminuir la edad a los 14 años, siguiendo así las pautas establecidas en el ordenamiento civil con relación a la clasificación entre menores im-

⁶⁰ Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional...*, cit., p. 520; Grosman, Cecilia P., "Los derechos del niño en la familia...", en Wainerman, Catalina (comp.), *Vivir en familia*, Unicef - Losada, Buenos Aires, 1994, ps. 84 y ss.; Pellegrini, María Victoria, "Contratos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", en Grosman, Cecilia P. (dir.), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 42, Contratos y el Derecho de Familia, AbeledoPerrot, Buenos Aires, ps. 85 y ss.; Famá, María Victoria, "La 'competencia'...", cit., ps. 105 y ss.; Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", Unicef - IIN, *Derecho a tener derechos*, t. IV, Montevideo, 1999.

⁶¹ Piaget, Jean, *El desarrollo mental del niño*, en Famá, María Victoria, "La 'competencia'...", cit.; Mizrahi, Mauricio L., "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores Del Puerto - Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, p. 82; Moreno, Gustavo, "La participación de los niños en el proceso a través de un abogado", en Grosman, Cecilia P. (dir.), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 35, Derecho de Familia, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2007.

⁶² Pérez Manrique, Ricardo, "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 8, Unicef, www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf (13/3/2014); Fanlo Cortés, Isabel, "Los derechos...", cit., ps. 159 y ss.; Beloff, Mary, *Los derechos...*, cit., cap. IV, p. 107.

⁶³ Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., t. II, ps. 225-226.

púberes y púberes y la edad de los 14 años, que prevé el art. 921, referida al discernimiento para los actos lícitos⁶⁴.

Ahora bien, en el marco de los presupuestos normativos que hemos analizado en el presente apartado, y partiendo de la existencia de un quiebre paradigmático, relacionado a cómo debemos entender hoy la niñez y la adolescencia, las propuestas relacionadas a disminuir las edades terminan resultando coherentes con un sistema normativo que construye, u obstruye, capacidades en razón a criterios automáticos que en nada registran la individualidad de las personas y de sus derechos⁶⁵.

Es que, si partimos que del bloque de constitucionalidad federal emana un principio de capacidad progresiva, tenemos que ser coherentes y pretender una reforma legislativa que se enmarque en aquellas exigencias constitucionales.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño recoge el principio de autonomía o capacidad progresiva en todo su articulado. Desde su preámbulo se sostiene que el niño “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad” y en el art. 12 se garantiza al niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” el derecho “de expresar su opinión libremente” en todos los asuntos que lo afectan, “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”. Otras disposiciones aluden al deber del Estado, de los progenitores y de otros responsables del niño de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 6.1, 18.1, 27.1, 32.1, etcétera).

A su vez, el art. 5° del referido instrumento internacional se configura como la piedra angular de lo que me encuentro afirmando. Los niños aparecen como titulares de

⁶⁴ Al respecto, véase: Mizrahi, Mauricio L., “Objeciones constitucionales...”, cit., p. 25; Levy, Lea, *Régimen de adopción. Ley 24.779*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 132; Belluscio, Augusto C., “Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, LL 1995-A-936.

⁶⁵ Aun hoy, algunos autores siguen sosteniendo la necesidad de establecer una pauta etaria para el ejercicio del derecho en cuestión. Así, de Úrsula Basset observa que “hubiéramos preferido que al menos se aplique la regla de capacidad progresiva analizada en cada caso singular, y no reglas abstractas sin límite de edad, y autonomía de la voluntad sin el suficiente cuidado responsable de los adultos por el bienestar de ese joven que puede sufrir un duro golpe sin adecuada contención y sin madurez. Siempre consideramos preferible que el límite legal se postergue hasta la mayoría de edad. Consultar un expediente judicial es materia de suyo compleja para un niño”. Véase: Basset, Úrsula C., “La adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Derecho de Familia y de las Personas* del 1/7/2012, p. 149. De la misma autora, “La adopción y sus problemas en la reforma”, en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 441. No concibo cómo pretende la autora aplicar una regla de autonomía progresiva en cada caso concreto y, además, establecer pautas etarias para el ejercicio del derecho. La segunda opción sería, sin dudas, desconocer la existencia de la capacidad progresiva y de comprender aquélla como en proceso evolutivo que difiere en cada niño, niña o adolescente. Entiendo que la norma proyectada pretende la evaluación de cada caso concreto por parte del juez que actúe. Si aquél entiende que el niño no se encuentra en condiciones de acceder al expediente, deberá requerir la colaboración de los equipos técnicos a los que se alude a fin de coadyuvar en el proceso que, sin duda, culmine con el acceso a la información requerida. Cuando la norma en su segundo párrafo dice que el juez “puede”, no parte de entender la existencia de una pauta automática, sino que obliga a observar la particularidad de la situación y, si correspondiere, ordenar la asistencia técnica respectiva para el efectivo ejercicio del derecho.

derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos. Por su parte, los padres o adultos responsables de su cuidado tendrán la facultad, el derecho y el deber de “impartir al niño dirección y orientación adecuadas para el ejercicio de derechos”; depende aquella dirección y orientación de las facultades del niño/adolescente en cuestión, ya que no será igual si se toma en consideración un niño de 5 que un adolescente de 16⁶⁶.

En el orden de la legislación infraconstitucional, pese a los defectos ya observados que evidencia el Código Civil, la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes se ha incluido en la agenda legislativa del siglo XXI. Es que la propia ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes lo reconoce en tres de sus artículos: el art. 3º, cuando se refiere al interés superior del niño, destaca en su inc. d que se debe respetar “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”; el art. 19 —relativo al derecho a la libertad—, cuando en su inc. a dispone que este derecho comprende “tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades...”, y el art. 24, que al reconocer el derecho del niño a ser oído subraya que sus opiniones serán “tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (inc. b).

Todas estas previsiones nos obligan, entonces, a exigir el abandono de la rígida dicotomía binaria entre “capacidad/incapacidad” propuesta por nuestro Código Civil y basada exclusivamente en el dato objetivo de la edad⁶⁷. Repito, ya no basta con reconocer a los niños como sujetos titulares de derechos, es necesario consentir que ellos ejerzan con autonomía estos derechos en cada etapa madurativa y sin sujetarse a una edad cronológica determinada.

Como se ha afirmado, “si la titularidad de los derechos fundamentales depende de la capacidad jurídica, su ejercicio depende de la de obrar”, que puede ser definida como “la aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces”, “la capacidad de obrar depende de las efectivas condiciones de madurez, que, siendo diferentes en cada individuo, se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la edad de mayoría, la cual en sí misma lleva implícita una presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar”. Y se ha advertido en este sentido que la minoría de edad “no es una causa de incapacidad, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de las personas. El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada...”⁶⁸.

A medida que los niños crecen y adquieren discernimiento para comprender el sentido de sus actos, alcanzan competencias para asumir responsabilidades que

⁶⁶ Famá, María Victoria, “La ‘competencia’...”, cit.; Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía...”, cit.; Couso, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño. Autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Justicia y Derechos del Niño*, nros. 3 y 4, Unicef, www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf (13/3/2014).

⁶⁷ Famá, María Victoria, “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 57, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013. ps. 7.

⁶⁸ Asensio Sánchez, Miguel Á., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, ps. 36, 38 y 39, cit. en Famá, María Victoria, “Autonomía progresiva...”, cit., p. 7.

afectan su propia vida, lo que implica que decrezca el ejercicio de control por parte de sus padres y, consecuentemente, del Estado.

La adecuación del Código Civil en este sentido es acertada. La capacidad progresiva de un niño, niña o adolescente para ejercer su derecho fundamental a conocer sus orígenes es comprobable desde el mismo momento en que se tuvo la inquietud de abrir los caminos para la búsqueda de aquella historia personal, esto demuestra que se encuentra en condiciones de formar un juicio propio y reviste madurez suficiente para acceder a la verdad. En síntesis, como ha observado Marisa Herrera: “En coincidencia con los postulados de autonomía, madurez, juicio propio... se considera adecuado no establecer franjas etarias determinadas o fijas para el ejercicio del derecho a conocer los orígenes... ¿Acaso si una persona adoptada, cualquiera sea su edad, pretende conocer sus orígenes, no es, está sola exteriorización de necesidad, presunción de madurez?”⁶⁹.

La propuesta de reforma legislativa se construye como una herramienta más que interesante para el ejercicio del derecho. Es que, además de reconocer normativamente el derecho analizado y establecer, en consecuencia, la posibilidad de ejercerlo, se construye un marco de efectividad sostenido en la obligación del Estado y de los organismos que operan en la adopción. Se imponen dos obligaciones destinadas a asegurarle al adoptado el derecho a acceder a sus orígenes. Por un lado, reafirma la obligación de los padres adoptivos en dar a conocer al adoptado sus orígenes; por otro, impone al Estado el deber de receptar la mayor cantidad de datos, tanto en los expedientes administrativos o judiciales, relativos a la identidad del niño y a su familia de origen, incluidos datos referidos a eventuales enfermedades transmisibles. Es en tal orden de ideas que el inc. 3º de la norma proyectada establece que “el expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles”.

Además, reconociendo que aquella capacidad progresiva exige un sistema de asistencia a aquellos niños y niñas, prevé que el magistrado, al recibir el pedido de acceder al expediente de adopción, dé intervención a un equipo técnico o bien a los organismos administrativos que actuaron en el proceso de adopción; oportunidad en la que también se incluye a la familia del adoptante, a quien se habilita a requerir la asistencia de los equipos técnicos indicados. Es que, como observé en la nota al pie 65 del presente trabajo, la norma proyectada pretende la evaluación de cada caso concreto por parte del/la juez/jueza que actúe. Si aquél entiende que, *prima facie*, el niño no se encuentra en condiciones de acceder al expediente, deberá requerir la colaboración de los equipos técnicos a los que se alude a fin de coadyuvar en el proceso que, sin duda, culmine con el acceso a la información requerida. Entonces, en primer orden se reconoce el derecho, para luego establecer la particularidad de dar intervención a un cuerpo técnico para implementarlo cuando se trate de un requirente menor de edad; es decir, partiendo de la aplicación de la pauta de la capacidad progresiva se eliminan pautas automáticas y se obliga al magistrado a evaluar la particularidad concreta del pedido y ordenar la asistencia⁷⁰ técnica respectiva. Además, y como si

⁶⁹ Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., t. II, p. 227; “El régimen...”, cit.

⁷⁰ La idea de la “asistencia” es tangencial para entender lo que el Proyecto está diciendo. Se evita entrar en el terreno de la representación, la voluntad no se sustituye, sino que se

todo lo anterior no fuere suficiente, proclama la posibilidad de que el adolescente con patrocinio letrado ejerza la acción autónoma antes explicada.

IV. CONCLUSIONES

La realidad jurídica se construye y, en función de ella, se ordena un discurso en que la ley, como herramienta, se encarga de interpelar al sujeto, asignándole un rol, una función, “lo autoriza, lo interdicta; le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él: le otorga la palabra o lo priva de ella”⁷¹.

El discurso jurídico, impuesto por estas leyes, disecciona la sociedad; incluye, margina y legitima el acto; otorga derechos, pero los limitan en función del rol prefijado por aquella ley.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha venido a dar aquel paso necesario para la reestructuración de un modelo que llamaba a un cambio. La construcción de un “diseño utópico... una narrativa que nos habla de cómo queremos que el Estado —y el mundo adulto en general— se relacione con la infancia”⁷².

Hoy, el Proyecto de reforma pretende tomar aquellas pautas y reformular el instituto de la adopción. Pretende adecuarlo a las necesidades familiares actuales, teniendo en principal mira el interés de las niñas y los niños involucrados. Se aplican en forma directa los estándares internacionales de derechos humanos, que antaño iluminaron la doctrina y jurisprudencia y hoy pretenden encontrar su lugar en un Código Civil remodelado a las necesidades de los argentinos y argentinas del siglo XXI.

En definitiva, y en lo que hace a la materia de este trabajo, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación construye un sistema de intervención asistida que responde, en forma directa, al sistema de capacidad progresiva que las normas de derechos humanos exigen. Es decir, la significativa propuesta legislativa revaloriza el lugar que deben ocupar quienes son reputados menores de edad, convirtiéndolos en verdaderos sujetos de derecho, dándoles un espacio de acción para construir su historia personal sobre la base del conocimiento de los hechos y situaciones jurídicas que determinaron su vida presente.

configura un acompañamiento justificado para la protección del niño. Véase al respecto, Famá, María Victoria, “Autonomía progresiva...”, cit.

⁷¹ Ruiz, Alicia, “La criminalidad como forma de exclusión y censura”, *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 94. Respecto de lo dicho, véase también: Ruiz, Alicia, “De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía” y “La construcción social y jurídica de la verdad”, ambos en *Idas y vueltas...*, cit.

⁷² Tomamos prestadas las tan acertadas palabras de Mary Beloff de su trabajo “Protección integral vs. situación irregular”, en Beloff, Mary, *Los derechos...*, cit., ps. 44-45.

CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. UN CAMBIO DE ENFOQUE RADICAL EN CHILE

por GLORIA I. NEGRONI VERA

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de doce años en Chile comenzó a cambiar radicalmente nuestro entorno jurídico judicial a partir de las reformas procesales implementadas; en primer término, la reforma procesal penal, luego la reforma de la justicia de familia y la laboral.

El estado de cambio constante se ha impuesto en la esfera de lo jurídico-judicial, tanto en nuestro país como en países vecinos, a partir de un enfoque centrado en la garantía del ejercicio de los derechos de las personas. Sin embargo, que los institutos jurídicos se modifiquen no es ajeno al cambio permanente que observamos en todo ámbito de la vida.

II. ALGUNAS HERRAMIENTAS DESDE LA FILOSOFÍA

Ya Heráclito, discurriendo respecto del concepto ontológico del ser y el devenir, señala que “no existe en la realidad nada que sea siempre igual, porque lo único real es el cambio”, concepto recogido por Nietzsche al señalar que “...la realidad no es algo estático, permanente, inmutable; ni la consecuencia de algo estático, permanente, inmutable. Siendo el fruto de la voluntad ha de ser multiforme y cambiante, como aquélla. La realidad es devenir, cambio”.

La voluntad, el querer, no se somete a lo querido, sino que se sobrepone a todos sus posibles objetos. No quiere “esto” o “lo otro”, sino sólo su propio querer. Se trata de una voluntad libre y absoluta a la que Nietzsche denomina “voluntad de poder”: “es una voluntad vital, expansiva, dominante... una voluntad que se engendra a sí misma y que quiere su propio querer”.

Por su parte, los budistas hablan de la impermanencia: “El budismo afirma que tanto nuestra realidad interior como la del mundo externo, están siempre en un estado de cambio permanente. La estabilidad, sea en los átomos, en las cordilleras montañosas, o aun en nosotros mismos es una ilusión. Según la doctrina budista, ninguno de nosotros es física, emocional ni mentalmente la misma persona que éramos hace años. Ni siquiera hace minutos o un solo instante. Todas las situaciones, todas las entidades, todos nuestros pensamientos y todos nuestros estados de ánimo nacen, ganan fuerza, se deterioran y desaparecen. Somos seres cambiantes en un mundo cam-

biante. El cambio es inevitable y sin embargo podemos reaccionar frente al cambio de diferentes formas. Para algunos, el cambio puede ser aterrador, intimidante o triste. Para otros, el cambio puede ser excitante y alegre. Algunas veces aceptamos el cambio, otras veces nos resistimos a él”.

De lo anterior es posible colegir que los cambios se imponen por sí mismos y la actitud que adoptemos frente a ellos dará cuenta del grado de bienestar que seamos capaces de alcanzar, esto es, a mayor aceptación y fluidez, más armonía y equilibrio.

Como todo está determinado por la interpretación de la realidad que cada uno haga de los hechos, es importante reconocer la importancia de aprehender los cambios; sin embargo, pareciera que centramos nuestra estabilidad en factores condicionantes externos, y, por tanto, si aquéllos cambian, lo interno se mueve y se afecta.

Especial relevancia cobran entonces las modificaciones que se susciten en el ámbito de los vínculos, los principales referentes afectivos, la familia y la regulación jurídica que se adopte respecto de dichos institutos.

III. UN POCO DE HISTORIA

Desde el derecho romano se designó con el nombre de familia el patrimonio de una persona, particularmente el transmitido por herencia. La familia romana se nos revela como nacida para fines de orden y de defensa social, o sea, como un organismo político, como un pequeño Estado, con un sistema político, económico y religioso cuyo jefe absoluto era el paterfamilias.

Era un régimen patriarcal donde el jefe de familia tenía la capacidad absoluta de excluir a sus descendientes por emancipación, de disponer en vida del patrimonio único, de hacer ingresar extraños a la familia por medio de la adopción y resolvía todos los asuntos judiciales, religiosos y políticos que se presentasen en la familia.

La familia es sinónimo de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad, o personas que tenían un origen común y estaban ligadas por un vínculo natural-cognación.

Podemos ver que el término de familia, dentro del derecho romano y a través de su tratamiento por autores contemporáneos, tiene acepciones diversas, derivadas básicamente de que la definición se refiera a veces a las cosas o al patrimonio.

En cuanto a la patria potestad —concepto que aun en nuestra legislación interna prevalece—, el derecho romano, determinaba que el ejercicio del derecho del *pater familia* era privativo a los ciudadanos romanos varones, sin pertenecer nunca a la madre. La patria potestad no era modificable en razón de la edad o por el matrimonio de los hijos; mientras hubiese un ascendiente vivo y capaz por vía masculina, a éste era a quien correspondía la patria potestad. Así, por ejemplo, en una familia integrada por abuelo, hijo, nieto, etc..., era al abuelo a quien le correspondía ejercer la patria potestad y sólo al morir éste o al perder su capacidad el padre adquiría el ejercicio de ese derecho sobre su hijo. Los derechos de la patria potestad incluían además: 1. el derecho de vida y muerte sobre los hijos; 2. el *ius vendendi*, el cual consistía en el privilegio del *pater* de vender a sus hijos, si lo vendía lo hacía esclavo; en caso de no venderlo, era cedido *in mancipium*, o sea, se le colocaba bajo autoridad de otro *pater familia*

por un tiempo limitado, era considerado cuasiesclavo, o sea que no perdía su condición de libertad¹.

Se regulan entonces, desde el derecho romano, las cosas que pertenecen a las *personas*, entendiendo por tales las que pueden ejercer derechos y contraer obligaciones. Por tanto, el concepto "*persona*" es una categoría estrictamente jurídica, que permite que el ser humano entre en el derecho, y mientras no esté en dicha categoría se mantendrá fuera de él, existirá en la naturaleza, pero no como *persona natural* o *individual*. Tanto es así, que los esclavos no eran sujetos de derecho sino objetos de él, tal como se indica en el párrafo anterior respecto del derecho que tenía el *pater familia* de constituir a sus propios hijos en esclavos mediante su venta, o cuasi esclavos, en caso de ser cedidos y quedar bajo la autoridad de otro *pater familia*.

La evolución del concepto de familia y de hijo en nuestra cultura jurídico occidental está basada en los derechos que esta categoría jurídica llamada persona podía ejercer desde el *pater familia*.

El *pater familia* era un integrante de la clase social de los patricios. El nombre viene de *pater* (padre), en referencia a que son descendientes de los primeros padres de Roma. En orden a los derechos privados, gozaron de *Ius Connubii* o aptitud legal para contraer matrimonio legítimo (*Ius Nuptiae*); *Ius Commerci* o derecho de realizar toda clase de negocio jurídico; *Ius Actionis* o facultad de hacer valer en la justicia sus derechos por medio de una acción (*actio*).

La condición de hijo estaba ligada a los derechos del *pater*, por tanto, sólo podían constituir familia aquellos que gozaban de esa calidad, de lo cual se desprende que el derecho se cimenta sobre la base de la regulación de los bienes a los que pueden acceder aquellos que pueden ejercer derechos sobre esos bienes y contraer obligaciones respecto de ellos, estimándose como parte de esos bienes o cosas incluso a otros seres humanos desprovistos de esa calidad jurídica de persona, los hijos y los niños.

Desde los comienzos de la cristiandad, los obispos de Roma hicieron valer su autoridad religiosa. El Papado fue, poco a poco, reforzando dicha autoridad tanto religiosa como política y civil. Los papas intervendrán en lo sucesivo como príncipes políticos independientes, a la cabeza de Roma y su población. La jefatura de la Iglesia se convirtió en un verdadero trofeo de la nobleza, y el derecho no estuvo ajeno a esa influencia, motivo por el que en la regulación de la familia y los hijos se mezclan ambas visiones, tanto la patriarcal, desde la nobleza, como la cristiana.

Es así como en Chile y otros países de Latinoamérica, que eran parte de la Corona Española, se aplicaba el derecho indiano, cuyas bases se remontan al derecho romano, y las fuentes más importantes del derecho civil en estos territorios estaban constituidas por las Leyes de Toro, el Fuero Real y las VII Partidas. Las VII Partidas de Alfonso X, el Sabio, es uno de los textos de carácter jurídico que más aplicación tuvo en los Reinos de Indias.

La clasificación de hijos legítimos, ilegítimos y naturales viene de aquella época; luego, la naciente República de Chile heredó el derecho que, como reino de España, había tenido hasta iniciar el proceso de independencia. De esta forma, en Chile se siguieron aplicando las leyes provenientes del derecho indiano en todo cuanto no fueran contrarias a las nuevas normas y, al no existir modificaciones en las leyes que re-

¹ Cfr. Scannapieco, Antonio, *El derecho romano*.

gulaban las materias relativas a la familia y los hijos, éstas permanecieron vigentes hasta 1857.

Si bien la codificación permitió una nueva y refrescante mirada del derecho, no es menos cierto que los nuevos juristas tuvieron que estudiar y comprender los textos codificados a la luz del derecho romano común; por tanto, su influencia desde la obligatoriedad de su uso en la interpretación no disminuyó considerablemente.

Lo mismo que en la actualidad la nueva forma de gobierno centró sus esfuerzos en lo que se consideraron las modificaciones más urgentes en materia de enjuiciamiento, penalidad y algunas leyes civiles, como la de 14/7/1814 sobre habilitación de edad y la ley de 6/9/1844 sobre matrimonio de los no católicos, postergándose una modificación acerca de otros institutos, lo que sólo se materializa en 1855, con la aprobación del Código Civil, el que entró en vigencia el 1/1/1857.

El Código Civil chileno clasificó a los hijos en legítimos o ilegítimos, y a estos últimos en naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

En 1884, la Ley de Matrimonio Civil, que regula la secularización del matrimonio, constituye un primer paso en cuanto a regular las relaciones de familia; sin embargo, no determinó una modificación de fondo a dicha institución de familia patriarcal que el Código Civil recoge.

La ley 5521 mejora la regulación de la mujer casada en sociedad conyugal respecto de la administración de los bienes que obtenga producto de su trabajo y la posibilidad de renuncia a los gananciales, y la posibilidad de ejercer la patria potestad en subsidio del padre. Con la ley 10271 de 1952, se comienza a atisbar la necesidad de igualdad en esta materia, lo que continúa con la ley 18802 de 1989, que suprime la incapacidad relativa de la mujer casada y la potestad marital, lo que constituye la necesaria antesala de las modificaciones aún en discusión respecto del régimen de sociedad conyugal.

En cuanto a la clasificación de hijos, lo propio ocurrió, en 1935, con la entrada en vigencia de la ley 5750 sobre "Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias", que introdujo un cambio sustantivo en la clasificación de hijos ilegítimos, ya que desapareció la distinción que se hacía de ellos entre adulterinos, incestuosos y sacrílegos, y los simplemente ilegítimos y por tanto se reconoce el derecho para darle el carácter de hijo natural a cualquier niño. Es decir, el origen del niño no podía continuar siendo lo determinante para su clasificación, ya que atentaba contra su dignidad, y se trataba de una gran mayoría de niños, hijos de la clase trabajadora y obrera, la cual había adquirido una importancia social y política que no tenía en la época de la entrada en vigencia del Código Civil, clase en la que más abundaban los hijos naturales e ilegítimos. Todo ello como consecuencia de que el art. 16 de esta ley, en su letra b), derogó los arts. 37, 38 y 39, CCiv., donde se hacía esta distinción, de forma tal que la definición de hijos ilegítimos corresponde a la que señala el art. 274, inc. 2°, esto es, "aquellos que nacidos fuera del matrimonio, no han sido reconocidos por sus padres como naturales". La ley 5750 modificó también, mediante su art. 16, el art. 280, CCiv., estableciendo seis casos en los cuales se permitía investigar la paternidad para el solo efecto de que el hijo pueda exigir alimentos del padre.

Resulta especialmente significativo, cómo ya en 1935 una ley especial destinada a asegurar el pago de alimentos introduce modificaciones al Código Civil, situación que hasta el día de hoy es resistida por los civilistas. Somos jurídicamente muy cuida-

dosos de nuestro Código y aun en nuestros días cualquier modificación a dicho cuerpo legal resulta compleja, cuando a estas alturas, y luego de esta reseña histórica, aparece prístino que nuestra normativa recibió influencias que aún persisten desde el derecho romano común y posterior derecho romano, castellano-indiano, con todas las modificaciones que la influencia de la alta edad media en vertiente eclesiástica tuvo, y las codificaciones que impactaron, como las Siete Partidas y otros *corpus iuris*, además del Código Napoleónico, y otros Códigos de la época.

Finalmente, la ley 19.585, de 26/10/1998, que reformó el Código en materia de filiación y derechos sucesorios y que tuvo por objeto suprimir la distinción entre hijos legítimos y naturales e igualar la condición jurídica de todos los hijos, al mismo tiempo que abrir la investigación de la paternidad o maternidad regulando la presentación en juicio de las nuevas pruebas biológicas, constituyó un gran avance en términos de superar la discriminación en materia de filiación en función de hechos no imputables a los sujetos, y fortalecer el derecho de identidad, incorporando derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales de derechos humanos a partir de las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar y suscribir dichos tratados. Dicha modificación, junto a la ley 19.947, de Matrimonio Civil de 2004, constituyen los dos más importantes hitos de regulación en materia de familia de los últimos cincuenta años.

IV. CAUSAS PRÓXIMAS DE LA MODIFICACIÓN AL ENFOQUE DESDE EL HIJO/A

Es posible deducir, entonces, cómo desde los primeras regulaciones del derecho hasta nuestros días los institutos jurídicos que regulan las relaciones de familia no han sido priorizados, pues sus miembros por sí solos no eran valorados, y los cambios se han suscitado desde la necesidad de los grupos sociales, no necesariamente minoritarios, sino más bien aquéllos despojados de la toma de decisiones, que van requiriendo de regulación para sus relaciones y protección frente al Estado, lo que comenzó a verse más nítidamente en el siglo XX, a partir de las graves y masivas violaciones a los derechos humanos en el marco de las guerras mundiales, donde la persona humana aparece despreciada en su esencia.

Es así entonces que en las últimas décadas la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, centrandó la mirada en los derechos de las personas, ha sido determinante para las modificaciones y el debate en materia de regulación de obligaciones entre personas, padres e hijos, concepción del derecho de familia, divorcio, filiación, adopción, uniones de hecho, violencia intrafamiliar, protección a los niños y otras.

Atendido el deber de cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas al ratificar nuestro país convenciones de derechos humanos, se hace necesaria la adecuación de nuestro ordenamiento interno. Convenciones como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la Erradicación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Belém Do Para, las cuales contienen disposiciones claras en términos de igualdad de derechos e igualdad de derechos y obligaciones respecto de los hijos, igualdad de género y respeto por los derechos de los hijos sin perjuicio de las decisiones de sus padres, encontrándose éstos en pareja for-

mal o informal, y especial protección y prioridad en su consideración a los derechos del niño; todos ellos son instrumentos fundamentales a la hora de modificar la legislación.

Ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), realizada en 1948, después de las dos guerras se señala que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1º) y en el art. 2º se refuerza que los derechos y libertades que la declaración proclama para las personas no admiten “distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Refiriéndose en su art. 25 a la igualdad de los hijos dentro o fuera del matrimonio en cuanto a su protección social, la DUDH señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) reproduce el art. 1º de la Declaración Universal; sin embargo, agrega en parte de su preámbulo: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

En su art. 24, la CADH plasma la igualdad ante la ley y establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Lo propio establece el art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En cuanto al hombre y la mujer, la DUDH señala que “aquéllos en edad núbil tienen derecho a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y a su disolución” (art. 16), y en el numeral 3 de ese artículo, se establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Es decir, los conceptos de matrimonio y familia aparecen relacionados directamente; sin embargo, luego la DADH no trata el concepto del matrimonio, ni el derecho al matrimonio y no lo relaciona con el fundar una familia, al señalar en el párrafo titulado *Derecho a la constitución y a la protección de la familia, Artículo VI*: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 17, que denomina *Protección a la familia*, pareciera hacerse cargo de esta distinción efectuada por la DADH entre familia y matrimonio, ya que trata en primer término a la familia, reconociendo la posibilidad de que la familia no provenga sólo del matrimonio, ya que en el numeral número 1 la define como el *elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*. Y luego, en

el numeral 2, posterior a la definición de familia, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Y en el numeral 4 señala la obligación de los Estados Parte en cuanto a “tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”. Y finalmente, en el numeral 5, indica que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

En el mismo sentido se pronuncia en su art. 23 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, respecto, en primer término, a familia y luego a matrimonio y finalmente a los hijos.

En cuanto a la igualdad de género en lo que refiere a la parentalidad, la CEDAW dispone en su art. 5º, que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objeto de eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y garantizar que la educación familiar incluya el reconocimiento de la responsabilidad de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. En el mismo sentido, el art. 16 prescribe que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Asimismo, la Convención de Belém Do Para, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, establece en su art. 8º, letra b), la obligación de los Estados parte de adoptar, en forma progresiva, medidas específicas e inclusive programas para modificar patrones socioculturales estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.

Ambas convenciones exigen la implementación de medidas que contribuyan a la igualdad de los géneros en el ejercicio de derechos en el marco de roles parentales y contribuyen también a la adopción de una legislación que supere la mirada estereotipada de las funciones del hombre y la mujer en cuanto a las relaciones familiares y a la educación y desarrollo de los hijos, centrándose en el interés superior de éstos.

Es en la mirada desde ese interés superior o mejor interés del hijo y del niño donde todos los hijos tienen los mismos derechos y, por tanto, sus padres iguales obligaciones y derechos a su respecto, donde aparece como gran influencia la Convención de los Derechos del Niño.

Desde su preámbulo, la Convención de los Derechos del Niño regula los parámetros que se deben tener en cuenta para regular relaciones familiares desde ese enfoque, teniendo presente, indica, *la necesidad de proporcionar al niño una protección especial* enunciada ya desde la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del

Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Considerando a la familia como un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños, se señala que debe recibir protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y que debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de la paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

En su art. 3° se indica que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial será el interés superior del niño y en el numeral 2 agrega que los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres en primer término. Luego, en el art. 5°, se enfatiza que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad. El art. 7° establece el derecho de todo niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Luego se indica su derecho a la identidad y a las relaciones familiares (art. 8°); que el niño no sea separado de sus padres y el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (art. 9°), y el máximo empeño que los Estados partes pondrán en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en cuanto a sus hijos (art. 18), y el deber de los padres de proporcionar condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (art. 27).

En todas las normas citadas se indican derechos y obligaciones comunes para ambos padres, la familia ampliada y la comunidad en beneficio del hijo y del niño sin distinción alguna, atendiendo a su interés superior, esto es, a su mejor interés, el que siempre aparece ligado a la necesaria corresponsabilidad. Se pone de manifiesto, entonces, la mirada y el enfoque desde los derechos del niño, por la especial protección que requiere de acuerdo a su condición de vulnerabilidad.

V. EN LO INTERNO

Nuestra Carta Fundamental reconoce derechos humanos fundamentales establecidos en los tratados internacionales ya mencionados, y es así como señala en su primer artículo que *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, enfatizando que el Estado está al servicio de la persona humana.*

Se incorporan asimismo, a través de nuestra Constitución, dichos derechos establecidos en los tratados internacionales a partir de su modificado art. 5°, que permite establecer una jerarquía de normas, dándoles preeminencia y rango superior, esto es, a juicio de la suscrita, rango constitucional, a aquellas que refieren a derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, al señalar en su inciso tercero “que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Es-

tado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”².

En el mismo sentido, en el capítulo de derechos y deberes constitucionales, se plasma la *igualdad ante la ley*, estableciendo que *en Chile no hay persona ni grupo privilegiados. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

Es así que nuestro derecho interno en cuanto al derecho de familia necesariamente se ha ido adecuando a la legislación internacional en materia de derechos humanos a fin de dar cumplimiento a obligaciones internacionales. Nuestra ley de tribunales de familia no ha sido la excepción, al establecer: *el principio de interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído, señalando que la ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento* (art. 16, ley 19.968).

Al decir de Miguel Cillero, el interés superior del niño se lee como la garantía del ejercicio y goce pleno y efectivo de todos sus derechos, esto es, todos los reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, y se trata, entonces, de un imperativo, una clave de interpretación y un límite a las facultades jurisdiccionales.

No siendo suficiente la inserción del principio del interés superior del niño en la ley de tribunales de familia, al producirse las modificaciones necesarias tanto en materia orgánica, como sustantiva y procedimental a dicha ley, en el año 2008 se incorporó directamente en el Código Civil, cómo límite al derecho de los padres de corregir a sus hijos, la Convención de los Derechos del Niño. Es así entonces que la ley 20.286 introduce en el art. 234, CCiv., la siguiente frase: “Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”.

El escenario dado por un nuevo procedimiento en materia de familia, con principios específicos como el de interés superior del niño, con sus vertientes del derecho del niño a ser oído y al respeto de sus opiniones conforme a su edad y madurez, lo que Cillero ha denominado como *autonomía progresiva*; el de colaboración (*durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas*, y oficialidad (*especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar*), y principios aplicables a todas las judicaturas reformadas, como la intermediación, la oralidad y la desformalización, ha propiciado no sólo la mayor visibilización de las relaciones de familia y la necesidad de profundizar en la protección y cuidados de la infancia, sino también el cómo en dichas relaciones los niños, los hijos y sus derechos, deben ser el prisma a partir del cual se resuelvan situaciones que a ellos les afectan y en las que están inmersos por conflictos entre sus padres o adultos responsables, con el fin de aminorar los efectos de dichos conflictos, priorizando su mejor interés.

² Cfr. Nash, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile*.

Sin embargo, es importante poner de manifiesto que sólo unos cuantos años antes se planteó una situación muy distinta desde el enfoque, al modificarse el Código Civil en virtud de la ley 19585, pues en el mensaje del Ejecutivo que acompañaba el proyecto, en el numeral 5.5 de la historia de la ley, se indica que *en relación a la tuición de los hijos de padres que viven separados, se mantiene la norma que entrega el cuidado de los hijos menores a la madre, pero se establece que el juez podrá decidir de otro modo, por motivos calificados, pretendiendo de esa forma corregir, según se indica, distorsiones que generaba la norma según la cual para que la madre pierda la tuición, debía ser acreditada su depravación y consiguiente perversión de los hijos menores*, y agrega que “no es posible ignorar que existen muchas otras causas que ameritan el cambio de la regla general y que no son indicativas de tal inhabilidad moral”.

Lo anterior deja ver que, para el legislador de la época, el enfoque estaba centrado en los adultos y en la mayor o menor habilidad o inhabilidad de los padres para el cuidado de sus hijos, y es por ello que la prueba en este tipo de casos se concentraba en acreditar dicha inhabilidad, lo que hacía del juicio un escenario de lucha encarnizada en que el niño quedaba totalmente invisibilizado y en muchos casos se convertía en el trofeo, o mecanismo de venganza de uno de los padres respecto del otro, se radicalizaban las posiciones y se intentaba dejar de manifiesto que uno de los padres era quien estaba en mejores condiciones de quedarse con el hijo, y el otro era descalificado completamente. Si bien dicha perspectiva de interpretación comenzó a decaer con el correr de los años, al irse instalando la mirada de protección integral de los derechos del niño, especialmente y con mayor fuerza a partir de la implementación de los nuevos tribunales de familia, era necesaria una modificación legal que impulsara el cambio de enfoque de manera radical hacia los derechos del niño o del hijo/a.

También la Ley de Matrimonio Civil ha introducido, a través de sus normas y como consideración primordial, el interés superior del niño y es así como en su art. 3° dispone que las materias de familia reguladas en dicha ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos. Luego, para la solicitud conjunta del divorcio o separación judicial, se dispone la presentación de un *acuerdo* que regule de forma completa y suficiente las relaciones entre los cónyuges y con los hijos comunes, dicho acuerdo debe resguardar el interés superior de los hijos (arts. 21, 27 y 55, LMC)³.

Pasamos, entonces, de un derecho romano común que regula las relaciones de familia, la posibilidad de ejercer derechos y contraer obligaciones sólo de aquéllos considerados personas, “los patricios”, en que los hijos son parte del patrimonio del *pater familia*, esto es, son cosas, que el *pater* puede vender o ceder; a un derecho que incorpora o vuelve al enfoque correcto, desde la persona más vulnerable y menos visibilizada, pero un derecho en el que aún perviven en muchas de las normas de nuestro Código Civil, consideraciones de ese derecho romano común-indiano y canónico, pasando por unas miradas de esos hijos con estatus diferenciado, según su origen y la relación de sus progenitores, a hijos y niños, ya no como objetos valiosos de protección para la sociedad, sino como personas humanas, sujetos de derecho, a los cuales

³ Cfr. Isler Soto, Erika M., *Los principios en la ley 19947: análisis y desarrollo*.

hoy, en el caso de los niños o adolescentes, las normas nacionales como internacionales obligan a su especial protección, cuidado y consideración.

VI. RADICALIDAD DEL CAMBIO DE ENFOQUE HACIA LOS HIJOS

En la reciente modificación legal que se introduce a través de la ley 20.680 en Chile, que lleva por título “Modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados”, se plasma precisamente este cambio de enfoque, que resulta radical a la luz de la interpretación de la legislación que hasta este momento regulaba la temática.

Ya el título de la modificación nos habla de “Proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados”, y al definir “Proteger”, entendemos, según la Real Academia Española, amparar, favorecer, resguardar del peligro; y en cuanto a “Integridad”, encontramos que la misma Academia lo atribuye a “aquello que posee todas sus partes intactas”.

Si nos referimos al concepto jurídico establecido en nuestra Constitución en el art. 19, nro. 1, al señalar que se asegura el derecho a la vida y a la *integridad* física y psíquica de la persona, el Tribunal Constitucional ha establecido que “el constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscabada, física o psíquicamente. De esta manera se trata de dos derechos que, aunque diferentes, se relacionan y complementan de manera inescindible”⁴.

Anecdóticamente, es en el momento en que se cerraba la discusión del proyecto de ley en Comisión Mixta del parlamento, cuando el senador Hernán Larraín Fernández destaca la necesidad de un cambio en el orden de los incisos del art. 222, CCiv., y es de esta manera como se incorpora expresamente la preeminencia del interés superior del niño en el capítulo de nuestro Código Civil destinado a regular los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, al señalar en su texto actual, que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Es así que se incorpora en el primer inciso del artículo destinado a la regulación de derechos y obligaciones entre padres e hijos, no sólo el concepto del interés superior del niño, sino cómo deben concretar los padres dicha obligación, considerándolo como preocupación fundamental, debiendo procurar su mayor realización, en primer término, espiritual y luego material posible, sirviéndoles de guía en el ejercicio de sus derechos, resaltando que aquéllos son los esenciales que emanan de la naturaleza humana, es decir, todos aquellos que consagran derechos humanos, conforme a la evolución de sus facultades, éstos, considerando su autonomía progresiva como una de las aristas del interés superior.

Los padres, en su condición de guías, darán cumplimiento a su obligación de manera conjunta, ya que se habla de ambos padres, en igualdad de condiciones, tal y

4 Tribunal Constitucional, 18/4/2008, consid. 56, rol nro. 740-07.

como se señala en el articulado ya citado de la Convención de los Derechos del Niño; por tanto, si bien, luego el art. 224, el cual ya establecía el principio de corresponsabilidad de manera tácita, al señalar que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”, acorde con el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño, agrega, ahora de manera expresa, dicho principio. Señalando que el cuidado personal de los hijos “se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

Se trata, entonces, de derechos-deberes o derechos funciones de los padres, en pro de la satisfacción del bienestar de los hijos⁵.

La modificación deja atrás la mirada desde los adultos, poniéndolos en igualdad de condiciones, especialmente en el cumplimiento de sus deberes parentales, e impone el enfoque desde el hijo, a quien se debe proteger especialmente, aminorando los efectos de las decisiones de sus padres, quienes continúan ejerciendo su parentalidad más allá de la vida de pareja.

La norma necesariamente fortalece los vínculos por sobre la concepción de familia tradicional que parecía imponerse como nacida sólo desde el matrimonio, y permite superar la diferencia que aún hoy subsiste entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, para comenzar a fortalecer el vínculo filiativo desde las obligaciones parentales.

Muy por el contrario a lo que se discutía sobre esta modificación, esta legislación viene a fortalecer a la familia desde la mirada del niño, para quien sus padres, sus abuelos, sus tíos y primos no dejan de serlo por la ruptura de pareja de sus padres, más bien se suman nuevas figuras y nuevos vínculos, las nuevas parejas de los padres, otros hermanos, etc.; el entorno afectivo crece en favor del hijo y no se debilita en su perjuicio.

La participación activa, equitativa y permanente pone de manifiesto la necesidad de colaboración entre los padres y supera la noción de régimen comunicacional ordinario centrado en un fin de semana por medio y un día o dos a la semana.

Se imponen desafíos en el ejercicio de la corresponsabilidad, tales como el reconocer a ambos padres el derecho a participar de las decisiones más importantes en la vida del hijo/a, y distribuir equitativamente responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, siempre en función del interés superior del hijo/a, esto es, respetando sus derechos. Los padres se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para sus hijos, y en esta línea de acción, la intervención judicial debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control. Se requiere comunicación permanente entre los padres, distribución de los tiempos de cada uno de los padres con los hijos, distribución de los gastos en la medida de sus posibilidades económicas, dejándolos fuera de las desavenencias de la pareja, garantizando la permanencia de los cuidados de ambos padres, y con ello mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. Es así que las decisiones importantes tomando en cuenta la opinión de ambos padres, en igualdad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos, obliga a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a

⁵ Cfr. Acuña San Martín, Marcela, *El principio de corresponsabilidad parental*.

favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud en sus roles parentales⁶.

La corresponsabilidad implica asumir en conciencia, dándose cuenta, responsabilizándose, es decir, haciéndose cargo ambos padres de las consecuencias que cada una de sus decisiones y acciones genera en el bienestar de su hijo, y por eso es una responsabilidad que se comparte, puesto que ambos están llamados a ser guías del hijo en el ejercicio de sus derechos, ambos deben asumir que no hay acciones sin consecuencias frente a los hijos. Por tanto, esa perspectiva también permite deducir que, en la medida en que tengo a otro u otra con quien compartir esa responsabilidad, lo mejor será apoyarse y actuar cooperativamente en el desarrollo de las acciones hacia la finalidad común de procurar la mayor realización espiritual y material posible de los hijos.

A fin de resolver conflictos de interpretación que comienzan a plantearse como desafíos que impone la aplicación del principio de corresponsabilidad desde este enfoque en el niño, resultará fundamental acudir a las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, las cuales se han pronunciado detalladamente sobre temáticas como la que hoy nos ocupan.

Es el caso de la observación general de 2005, que en su título IV refiere a las Responsabilidades de los Padres y Asistencia de los Estados Partes, y en su párr. 15, establece que “El Comité reconoce que *familia* aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño”. Y continúa el párr. 16 señalando que el art. 5° de la Convención señala que “la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el *niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”. Agrega el mismo párrafo que “En circunstancias normales los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos”.

En cuanto a la evolución de facultades, el párr. 17, lo señala principio habilitador, y lo precisa como referido a “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos, y cómo esos derechos pueden realizarse mejor”; en el mismo sentido, señala que los padres tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como su capacidad para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Agrega que la evolución de facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño

⁶ Cfr. en relación a la tuición compartida, Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. I, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.

y su expresión. *Los padres deberían ser alentados a ofrecer una “dirección y orientación” centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos, en particular su derecho a participar (art. 12) y su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14).*

El párr. 18 toca la temática del respeto a las funciones parentales, y refuerza el contenido del art. 18 de la Convención, y precisa que los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores y son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Repercute muy negativamente en los niños pequeños la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión material o psicológica o de salud mental menoscabada; atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; situaciones en las que los niños experimentan trastornos en sus relaciones (incluso separaciones forzadas), o atención institucional de escasa calidad.

De reforzar el que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, se ocupa el párr. 19, reconociéndose a padres y madres como cuidadores en pie de igualdad (art. 18.1°, Convención). El Comité observa que los modelos familiares son variables y cambiantes y existe una tendencia global a una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños. Reconoce, asimismo, que relaciones estables y afectuosas en combinación de madre, padre, hermanos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada, profesionales especializados en atención y educación del niño, aportan a la realización de los derechos del niño y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño. Las separaciones y reconstituciones familiares repercuten en la primera infancia y las presiones económicas influyen en los niños, por ejemplo, cuando uno de los padres se ve obligado a trabajar lejos de su familia o comunidad. Y es por ello, que en sus párrs. 20 y 21, la observación puntualiza en la necesidad de asistencia a los padres, representantes legales y familias ampliadas en el desempeño de sus responsabilidades de criar a los hijos (arts. 18.2° y 18.3°), ayudando a los padres a ofrecer las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (art. 27.2°) y garantizando que los niños reciban protección y cuidado adecuados (art. 3.2°). Y refuerza también la necesidad de un *enfoque integrado* que incluiría intervenciones que repercutan indirectamente en la capacidad de los padres para promover el interés superior del niño, por ejemplo, prestaciones, vivienda adecuada, horarios de trabajo, educación de los padres, servicios de atención perinatal para madres y lactantes, etc.

Hacia ese fin parecen estar orientados algunos de los criterios establecidos en el art. 225.2°, pues se indica que en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente criterios como *la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima esta-*

bilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

Si uno de los padres, en el juicio de cuidado personal exclusivo, puede generar convicción en el magistrado en torno al cumplimiento de los requisitos señalados, es altamente probable que estará en condiciones de llegar a una solución colaborativa en beneficio del niño, puesto que habrá demostrado verlo y priorizarlo por sobre consideraciones de índole personal, desradicalizando su posición, salvo que precisamente en interés superior de un niño en un caso concreto no sea conveniente un acuerdo en relación al ejercicio de la corresponsabilidad.

La visión desde el interés superior del niño se nutre hoy a partir del fallo “Atala e hijos contra el Estado de Chile”, que contiene directrices claras para nuestro país, y refuerza los criterios contenidos en la observación general 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”.

En cuanto al fallo, la Corte Interamericana Derechos Humanos señala que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de la familia (párr. 109).

Asimismo, el citado fallo se pronuncia acerca del derecho a ser oído que forma parte esencial del concepto de interés superior que permite darle concreción y asegurar el ejercicio de su derecho a manifestar su opinión en cualquier asunto que le afecte y a que su opinión sea tomada en cuenta conforme a su edad y madurez o a la evolución de sus facultades (autonomía progresiva), señalando que dicho derecho a ser oído debe ser interpretado a la luz del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino (párr. 196). En el mismo sentido, refiere en el párr. 197 a *la observación general 12 de 2009 del Comité de los derechos del Niño de Naciones Unidas que resalta la relación entre interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del art. 3º (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del art. 12. Del mismo modo, el art. 3º refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.*

El fallo precisa en el párr. 198 los términos descritos en el citado art. 12 de la Convención. El Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir(se) de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño (...) debe ser evaluada para tener debidamen-

te en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad (...) para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.

En cuanto a la autonomía progresiva, la Corte señala que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, y establece que el aplicador del derecho, administrativo o judicial, *deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto* (párr. 199).

Finalmente, en el párr. 200 se establece que “el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones”.

Por su parte, es importante dejar plasmados los criterios específicos que la observación general 12 (2009), denominada, “El derecho del niño a ser escuchado”, los cuales refieren específicamente, a los casos de divorcio y separación, y es así que en su párrafo 51 señala que “En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al ‘interés superior del niño’”. Luego se establece que “toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se de-

termine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño”.

Es posible afirmar, entonces, que a partir de la modificación del arts. 222 y ss., CCiv. chileno, el enfoque desde el interés superior del hijo se impone como una prioridad de los intervinientes y debe concretarse en cada uno de los casos, tomando en cuenta las directrices especiales revisadas, pues de esa manera se cumple con el deber de respeto y garantía de los derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile y se propicia que el Estado no vuelva a incurrir en responsabilidades internacionales por incumplimiento de obligaciones derivadas del cumplimiento de dichas convenciones.

La modificación introducida por la ley 20.680 fortalece también la resolución del conflicto mediante el acuerdo, dándole prioridad a éste, de tal manera que si los padres quieren asumir un régimen de cuidado compartido, sólo lo pueden regular mediante un acuerdo, el juez no podría imponérselos. Si bien la modificación es muy reciente, junio de 2013, hoy, a diez años de la publicación de la Ley de Matrimonio Civil, las cifras hablan de un 62% de causas de divorcio tramitadas bajo la modalidad de divorcios de común acuerdo, lo que da cuenta de una sociedad que comienza a percibir los beneficios de la solución de sus conflictos vía los acuerdos, tanto respecto de la oportunidad de ellos, ya que la solución colaborativa es más rápida, como por la disminución de la adversarialidad y la confrontación entre las partes, ya que para el niño la familia continúa a través de cada uno de sus padres y mediante ellos con sus respectivas familias extensas, los vínculos se refuerzan con los acuerdos y se debilitan o destruyen a través de los juicios.

Las diversas concepciones de familia, entonces, adquieren legitimidad para dar cabida a esa preocupación fundamental que es el interés superior de los hijos, o el del niño, respecto de los que ejercen roles parentales, hoy sin distinción por género, buscando a través de los criterios que se establecen en el art. 225.2°, cómo hacer concreto el mandato del legislador interno e internacional en materia del respeto de derechos esenciales.

Todos los criterios apuntan al ejercicio de una parentalidad sana, se incorporan conceptos psicosociales que deben nutrir necesariamente los conceptos jurídicos cuando hablamos de vínculos y relaciones de familia que se fortalecen o se debilitan conforme a la interpretación que se haga del ejercicio de la parentalidad.

En esta tarea, el principio de colaboración que informa los procedimientos ante tribunales de familia resulta fundamental, puesto que es precisamente en el enfoque colaborativo de los padres, en igualdad de condiciones, donde anida más cómodamente la corresponsabilidad.

Cuando miramos desde el niño, desde nuestro hijo, en beneficio de su interés superior, no se puede pretender eliminar a una de las figuras parentales, puesto que cada uno de ellos resulta ser un pilar fundamental en la estructura de su personalidad, tanto si está presente o ausente, puesto que nuestra identidad se conforma de lo que cada figura representa para cada uno de nosotros, y en la medida en que ambos tengan cabida, fluidez, y armonía en la vida de los hijos, más sano será ese adulto que se está formando y más estaremos respetando ese mejor interés.

Hoy, ante una ruptura puede parecer muy complejo el ejercicio de la corresponsabilidad, pero en la medida en que asumimos la importancia del otro padre en la vida

de nuestro hijo, vamos reconociéndolo en su integridad, y nos vamos reconociendo en nuestra propia historia familiar, podemos vernos, ver a nuestro hijo y sólo en esa medida guiarlo en el ejercicio de sus derechos, cumpliendo con nuestro deber y preocupación fundamental.

En este marco, entonces, y frente a discusiones puntuales en cuanto a la aplicación de las modificaciones, mirando la corresponsabilidad desde el enfoque de los ojos del niño, resulta menos complejo definirse por una línea determinada. Es así, por ejemplo, que frente a preguntas tales como si es posible demandar un padre al otro para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad y poder participar ambos, activa, equitativa y permanentemente en la crianza y educación de los hijos, es complejo no inclinarse por la afirmativa, en términos de una demanda cuyas peticiones debieran ser concretas y tendientes a reforzar la actividad parental de ambos padres, ya que, siendo un principio que debe concretarse, es precisamente el ejercicio jurisprudencial, la actividad de los litigantes y la dogmática académica, la que irá desarrollándose con miras a dar efectividad al principio en atención al interés del hijo que lo requiere, especialmente en cuanto a las decisiones más importantes en la vida del hijo/a, sin perjuicio del ejercicio del principio de colaboración que permite las salidas no adversariales. Por ejemplo, será una forma de concretar el principio el solicitar que el colegio al que asiste el hijo/a informe a ambos padres de las actividades desarrolladas, evaluaciones, resultados, asistencia, etc.

Otros cuestionamientos se han referido a la posibilidad de regular un régimen comunicacional cuando se ha acordado cuidado compartido, lo que parece claro si el acuerdo contempla más de una semana con uno u otro de los padres, y aun cuando se regule menor tiempo, parece no ser excluyente el ejercicio del derecho del niño a mantener contacto regular y directo con ambos padres. Mismo razonamiento en el caso de los alimentos. Y es en este punto en que las dudas aumentan, ya que pareciera que el ejercicio del cuidado compartido o tan sólo del principio de corresponsabilidad distorsiona la noción clásica que albergamos respecto de este concepto, cuando lo real es que habrá situaciones que exigirán revisión en aras a la equidad y otras en las que se mantendrá la regulación judicial o extrajudicial que se mantiene, puesto que, desde el enfoque del niño y sus derechos, sus necesidades deben proveerlas sus padres, y si no hay grandes cambios en las circunstancias económicas que vengán aparejadas de una modificación sustancial en el ejercicio de los cuidados, no debiera modificarse lo relativo a este punto. Sí dejar en claro en el acuerdo regulatorio cómo se llevará a efecto el régimen y cómo se pagarán o proveerán las necesidades económicas del niño; son condiciones básicas que a mayor claridad en la regulación, mayor facilidad para obtener su cumplimiento, entendiéndose además, entonces, que es posible demandar el cumplimiento de lo acordado aun cuando se haya tratado de cuidado compartido, ya que se trata siempre de proteger el ejercicio de los derechos del niño y no de restringirlo.

Frente a la necesidad de pronunciarse respecto del procedimiento de entrega inmediata al que se acude cuando uno de los padres que detenta el cuidado personal se ve privado de él por una situación de facto, parece ser que recurrir a éste no resulta contradictorio con las nuevas normas, especialmente en casos de hijos más pequeños o con menor autonomía progresiva, ya que no resultaría acorde con el interés superior privar de esta acción al padre que lo requiera y al hijo de la posibilidad, acceso

y cumplimiento de lo regulado o pactado. En este caso, resultará necesario acreditar la convivencia a la que se refiere el inciso tercero del art. 225 con el padre que incoo el procedimiento de entrega, por tratarse de un procedimiento que requiere premura y que debiera constar de esa sola y única audiencia, puesto que de otro modo estaríamos ante un juicio de lato conocimiento, en que podría discutirse y fallarse en el fondo una alegación relativa a la legitimación activa del padre o madre demandante, o incidentalmente con necesidad de prueba, si se requiere, no así en examen de admisibilidad, ya que ello podría implicar decidir el fondo.

En el mismo sentido, siempre desde el niño y conforme también a la autonomía de la voluntad, parece procedente someter a la aprobación judicial una mediación en la que se ha regulado cuidado compartido, examinando el fondo sin desechar en admisibilidad, a pesar de que el primer párrafo del art. 225 no lo mencione, puesto que queda clara la intención del legislador en torno a fomentar y favorecer los acuerdos entre los padres, siendo la mediación una de las formas que se contemplan para alcanzar estos acuerdos.

VII. VISIÓN INTERDISCIPLINARIA. DESAFÍO QUE SE IMPONE

Las modificaciones introducidas por la ley 20.680 contienen variados conceptos, que si bien tienen un componente jurídico, claramente será necesario ir dotándolos de contenido psicosocial que guarde relación con el interés superior del niño, del hijo, de la familia, etc. Conceptos o criterios que permitan ponderar acabadamente los conflictos familiares, tales como: *“participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”*; *“sistema que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”*, *“vinculación afectiva”*; *“entorno adecuado”*, *“la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo”*; *“la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo”*; *“dedicación efectiva”*, *“contacto periódico y estable”*; *“relación sana y cercana”*.

Es en el marco de los procesos judiciales en los que se dirimen conflictos familiares, en los que la psicología, la sociología, la asistencia social, la neurología y otros saberes confluyen con el derecho, asumiendo enormes dificultades de forma y fondo para intentar dar respuesta, con exactitud científica y eficiencia metodológica, a las demandas y requerimientos de las personas afectadas. Si se entiende el derecho de familia como una especialización que se encierra en sí misma, sin permitir su integración con una problemática global, promueve un paradigma de fragmentación del humano en vez de abordarlo desde un ente totalizador; por el contrario, la extensión del derecho a otras disciplinas y saberes nutre y complementa una comprensión del ser humano integral y permite decisiones judiciales más acertadas.

“Las crisis de conyugalidad o parentalidad están muy comprometidas desde lo emocional para las personas involucradas, ya que la familia, en tanto ámbito natural donde se dirimen dichas funciones, es sostenedora de expectativas y proyectos vitales, de allí que su constitución como su desintegración importan un impacto psíquico que el derecho no puede ignorar y que diferencia al derecho de familia de otras especialidades jurídicas, imprimiéndole al proceso judicial un patrón alternante de complejidad. Es por ello que la capacitación científica especializada y el entrenamien-

to interdisciplinario son aspectos técnicos objetivos para la resolución de los litigios familiares”⁷.

Es en este contexto en que el trabajo interdisciplinario cobra especial relevancia, ya que ofrece la posibilidad de un enriquecimiento profesional, creándose un área común, a partir de la interacción de sistemas como la familia que consulta, los abogados de familia consultados, la profesional desde el área psicosocial que interactúa con los abogados, y el juzgado de familia (con la asesoría del Consejo Técnico) que dirime el conflicto.

A través de conversaciones interdisciplinarias se va configurando el territorio del encuentro y el objetivo es analizar los conflictos familiares desde diferentes perspectivas para buscar caminos alternativos, encontrar recursos y opciones y ampliar la red profesional y familiar a través de un enfoque sistémico, relacional y comunicacional en que los seres humanos son considerados seres relacionales en contexto, organizados en sistemas socioculturales con creencias y valores configurados por sus propias narrativas, desde una premisa del ser constructor-creador de realidades. Desde esa premisa es posible focalizar las propias observaciones de acuerdo con las distinciones que uno hace y de acuerdo con la teoría que elige. Por ejemplo, en un sistema conyugal en conflicto, es posible distinguirlo y analizarlo en relación a diferentes contextos, en relación a ambas familias de origen y sus diferentes culturas, reducir el sistema a la pareja en conflicto y observarlo en relación al contexto socioeconómico del país, con los valores y principios de cada miembro de la pareja con los conceptos que ambos tienen del género, etc. Si no es posible elegir que, en cuanto humanos, estamos limitados por nuestra biología para acceder perceptual y neurofisiológicamente al mundo externo llamado realidad, aceptaremos también que somos, hemos sido y seremos constructores de múltiples realidades, en consecuencia, ningún ser humano puede tener capacidad de acceder y poseer una única verdad y, por lo tanto, imponerla a los demás, lo que implica la posibilidad de una convivencia en el respeto por la legitimidad de los derechos de cada ser humano. De esta manera, es posible construir respeto por las opiniones de cada persona aun cuando difieran de las propias, respeto por lo que a cada persona le sucede. Se trata de una apertura a un nuevo paradigma que intenta el acceso a una cosmovisión que promueve y estimula la flexibilidad y la complejidad en el percibir, sentir, pensar y actuar⁸.

VIII. CONCLUSIONES

Si bien los cambios parecieran a veces complejos, si miramos la filosofía, la historia y las regulaciones jurídicas, nos damos cuenta cómo esos cambios han propiciado una mirada más igualitaria, más humana de lo que son nuestras relaciones, sin la necesidad de definir las conforme a reglas externas, sino más bien en un retorno a lo que somos en esencia, seres humanos interdependientes, en un mundo en que na-

⁷ López Faura, Norma, “Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Herrera, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁸ Jutorán, Sara B., “Esparciendo las semillas. Un territorio para la interdisciplina”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Herrera, Marisa (coord.), *La familia...*, cit., t. I.

die sobra y en que todos podemos construir una realidad mejor, en acuerdos, en armonía, asumiendo cada uno su responsabilidad, guiando a nuestros niños desde este ejemplo, y ojalá dejando atrás las diferencias y posiciones radicalizadas que nos hacen creer que en el mundo están ellos y en otra posición muy lejana y distante, nosotros, cuando estamos, en verdad, todos.

El interés académico que genera actualmente el debate respecto de estas materias se aprecia como un avance significativo en la perspectiva de visibilizar la importancia de las consecuencias que conlleva la aplicación práctica de nuestra reciente normativa de familia, lo que releva un interés dogmático creciente en las instituciones del derecho de familia, a fin de establecer una discusión seria y profunda del significado e importancia de las instituciones, avanzando a través del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia hacia un abordaje más sistémico e integral que permita visibilizar de mejor manera las necesidades y requerimientos de nuestra sociedad en la conceptualización interdisciplinaria de nuestras instituciones de familia.

CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE NIÑO Y LA EVOLUCIÓN DE SUS DERECHOS AL HILO DEL *ITER* HISTÓRICO

por JETZABEL M. MONTEJO RIVERO*

I. INTRODUCCIÓN

El primer nudo cognitivo a revelar en la temática sobre los derechos del niño es justamente su delimitación conceptual, pues el conjunto de textos —que desde la perspectiva jurídica abordan el tema— ofrece un concepto de infancia predeterminado y unívoco con características universales. A ello debe añadirse la definición basada en el criterio de la edad límite que separa a las personas en menores y mayores¹, heredera de la codificación decimonónica y todavía presente en algunas legislaciones civiles.

Si miramos el epicentro del debate² —tanto en el plano teórico como en el jurídico positivo que motiva el presente estudio científico—, resultará necesario abordar el

* Profesora Auxiliar de Derecho Civil y Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey.

¹ No son pocas las normativas civiles que fijan los dieciocho años como edad límite en que las personas adquieren la mayor edad y con ello el pleno ejercicio de la capacidad. En la Argentina, tras la reforma de la ley 26.579, la persona alcanza la mayoría a los 18 años. En España, la mayor edad comienza a los 18 años completos (art. 12 de la Constitución y art. 315, CCiv.). En el derecho uruguayo, la mayoría de edad se fija en 18 años, ley uruguaya 16719 sustituye al art. 280, CCiv., publicada en el Boletín Oficial del 19/10/1995. El art. 5º, CCiv. brasilero preceptúa que la minoridad cesa a los 18 años, quedando habilitada la persona física para todos los actos de la vida civil (ley 10.406 de 2002). El art. 36, CCiv. paraguayo, reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido 18 años de edad y no haya sido judicialmente incapaz (ley 2169/2003), reduce la edad de 20 a 18 años. En Venezuela, es mayor de edad quien haya cumplido los 18 años (art. 18, CCiv.).

² El actual milenio nos informa una práctica social en la cual el niño no constituye simple propiedad de sus padres, el Estado o la comunidad, tal y como fue concebido durante más de veinte siglos en la historia de la humanidad. Las líneas de evolución de los derechos han puesto en tela de juicio la tradicional consideración de la incapacidad del menor en el ejercicio de sus derechos. La construcción de la noción de niño desde una dimensión histórica pudiera servir de fundamento paliativo de la dicotomía menor-mayor de edad heredera de la codificación civil. En ese pensamiento, el legislador civil cubano de 1987 no otorga un tratamiento adecuado al ejercicio de la capacidad de las personas, en tanto silencia las nociones de capacidad

análisis desde una perspectiva que especifique las características propias de la infancia y, en consecuencia, soslaye la concepción que ubica y trata a todos los menores como miembros de un grupo determinado en razón de la edad.

A tales efectos, la perspectiva interdisciplinaria resulta fundamentalmente paliativo de la dicotomía mayor edad-menor edad, pues permite reflexionar sobre los derechos del niño a la luz de distintas posturas que generalmente son ignoradas cuando se parte de una mirada estrictamente jurídica, desde la cual términos tales como “incapacidad”, “falta de madurez”, “falta de autonomía” son usuales en la retórica científica. Línea de pensamiento que bien pudiera colegirse de la visión adulta que define las características del niño en términos de carencias y prescinden, por un lado, de estudios psicológicos-evolutivos demostrativos de la existencia de etapas del ciclo vital, y, por otro, de una mirada histórica en la construcción del concepto de niño.

La concepción de niño, por tanto, no es unívoca. Definida esa problemática, el presente estudio científico pretende ofrecer una descripción de las aproximaciones teóricas al concepto de niño³ al hilo del *iter* histórico en los más de veinte siglos que separan a Platón o Aristóteles de la modernidad.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE NIÑO DESDE UNA DIMENSIÓN HISTÓRICA

En la Antigüedad y durante los siglos sucesivos, la situación jurídica del niño estuvo esencialmente vinculada a la relación de filiación o a la pertenencia del hijo a la familia, por lo que la descripción exacta del nexo entre minoría de edad y derechos tardaría en vislumbrarse. A lo largo de ese tiempo, el niño fue considerado como simple renuevo de la estructura social; de allí, la nueva data de la perspectiva histórica del concepto de niño o —dicho de otro modo— la reciente aparición de la historia de la infancia.

La ignorancia en la que había permanecido la infancia suscitó el interés de algunos autores⁴ de poner en relieve las consecuencias de la falta de reconocimiento social. Es entonces cuando en la segunda mitad de siglo XX surgen diversos trabajos⁵

natural y capacidad progresiva de las personas que no han arribado a los dieciocho años de edad. El presente estudio pretende describir la construcción teórica del concepto de niño en las sucesivas etapas históricas hasta el siglo XX y, en estrecha relación, valorar la evolución de sus derechos en el escenario jurídico que lo reconoce como titular de derechos humanos.

³ La importancia de la labor de delimitación conceptual encuentra justificación teórica en las evidencias históricas que indican que el concepto de niño, tal y como lo conocemos actualmente, es relativamente reciente. En ese sentido, el presente trabajo pretende demostrar la evolución que ha experimentado la construcción social e histórica del concepto de niño al hilo de un recorrido desde la antigüedad hasta el siglo XX.

⁴ En el tema abordado, los autores coinciden en que la categoría infancia fue construyéndose a través de la historia, ya sea mediante una revolución o a través de un cambio paulatino. En esa dirección, Phillipe Ariès, Lloyd de Mause, y Pollock, marcaron pautas importantes en la construcción del concepto de niño desde una dimensión histórica.

⁵ Varias fueron las obras que muestran la evolución en el pensamiento social respecto de la construcción de niño como categoría histórica. Entre ellas merece destacar: *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen* (1962), *Historia de la infancia* (1982), *Approaches to the History of the Western Family 1500-1914*, *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500*

que facilitan la delimitación conceptual de la noción de niño en la cultura occidental en franca evolución histórica y como resultado de diversas circunstancias.

Uno de los estudios históricos más profundos y completos sobre la niñez lo realiza Phillippe Ariès, a través de su obra *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen* (1962), en la cual afirma la ausencia de la niñez hasta el siglo XVII⁶. La tesis central del autor refleja la falta de distinción entre niños y adultos hasta las postrimerías del siglo XVI, cuestión que comienza a atenuarse debido al surgimiento de un incipiente sentimiento de la categoría infancia. A pesar de los vacíos de la obra⁷ —predominantemente descriptiva—, no puede negarse su aporte a la construcción del concepto de niño desde una dimensión histórica, punto de partida para el levantamiento de otras voces que complementan o refutan la tesis de su autor⁸.

Lloyd Dé Mause, en su obra *Historia de la infancia* (1982), coincide⁹ con Ariès en torno a la situación de ignorancia en la que permaneció la categoría infancia durante

a 1900. Si bien en ellas se describe una historia de la infancia, los trabajos de investigación y, en consecuencia, las teorías que proponen se circunscriben exclusivamente a la infancia en Europa y, en algunos casos, a Estados Unidos y generalmente perteneciente a las clases socioeconómicas altas. Igualmente excesivo resulta el decir “historia de la infancia” como género, porque en la mayoría de los casos, las fuentes se refieren exclusivamente a los varones, que al parecer tuvieron una evolución mucho más acelerada en cuanto al trato diferenciado que las mujeres. No obstante, los trabajos disponibles sustentan la inexistencia de un concepto de niño durante una larga etapa de la historia. González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, 1ª reimp., Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2011, p. 21.

⁶ No es hasta el siglo XVII que la niñez comienza a distinguirse de los adultos con características propias, cuestión que puede colegirse de las representaciones pictóricas de los siglos precedentes, donde los niños aparecen como adultos en miniatura, es decir, sin las proporciones propias del desarrollo evolutivo de cada etapa de la infancia. Ante tal descubrimiento, tiene lugar la segmentación de la infancia del mundo adulto, con problemas específicos del desarrollo. Ariès, Phillippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, versión castellana de Naty García Guadilla, col. Ensayistas, Taurus, 1987.

⁷ El método utilizado por Ariès para construir la historia de la infancia es eminentemente descriptivo, basado en hechos y fuentes históricas. Sin embargo, su limitación estaría dada por la propuesta de evolución lineal en los significados de la familia desde la perspectiva de los sentimientos de sus miembros. En este sentido, agrega Anderson, en *Approaches to the History of the Western Family 1500-1914* (1980), que durante una misma época pueden coexistir diversas actitudes en distintas comunidades. Además, señala que el análisis de las fuentes debe hacerse a la luz del contexto social, cultural y económico de la época, lo que no sucede en la obra de Ariès, pues presenta a la familia alejada tanto del mercado como de las relaciones laborales. Anderson, Michael, *Approaches to the History of the Western Family 1500-1914*, Studies in Economic and Social History, The MacMillan Press, Gran Bretaña, 1980.

⁸ La obra colectiva dirigida por Lloyd Dé Mause dedicada a la historia de la niñez constituye otra fuente importante del enfoque histórico, en la cual las profundas críticas emitidas por el autor a la tesis de Ariès responden a una diferencia de programa de acción (ausente en la obra predominantemente descriptiva de Ariès) y no a una constatación diversa de los hechos históricos. Así, por ejemplo, “la inexistencia” del niño en el período anterior al siglo XVII, Dé Mause no la atribuye al desamor de los padres hacia los hijos, sino a la falta de madurez emocional de éstos para tratar al niño como persona autónoma.

⁹ De modo similar a la clasificación realizada por Ariès, Dé Mause establece también una tipología de las etapas de la infancia, pero desde la perspectiva de los distintos momentos de las

siglos; pero las disonancias entre ambos enfoques pueden resumirse en la acusación realizada por Dé Mause sobre la tendencia de las investigaciones socio-históricas a justificar —describiendo sin indignación moral— las crueldades del pasado¹⁰. Más allá de la polémica, el primer autor pretende demostrar la evolución de la niñez como un largo proceso sustentado en una teoría del cambio histórico en las relaciones “psicogénicas” de la personalidad¹¹, es decir, resultantes de interacciones entre padres e hijos en sucesivas generaciones y en la división de la historia de la infancia en cuatro períodos de acuerdo con la evolución de las relaciones paterno-filiales¹². La generalización de maltrato infantil sostenida por Dé Mause fue posteriormente cuestionada por otros autores¹³ desde una teoría sociobiológica¹⁴ que justifica el cuidado que por razón esencialmente natural los padres dispensan a la descendencia.

A pesar de las críticas y divergencias¹⁵ expuestas, puede afirmarse un punto de conexión en la construcción social e histórica del concepto de niño, y es justamente el

relaciones entre padres e hijos. En el caso del infanticidio, por ejemplo, las afirmaciones sostenidas por Dé Mause confirman y refuerzan lo expuesto por Aries, sosteniendo que dicha práctica fue considerada normal hasta el siglo XIX. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 20.

¹⁰ García Méndez, Emilio, *Infancia y adolescencia, De los derechos y de la justicia*, ed. reformada y ampliada, Fontamara, México DF, 2007, p. 40.

¹¹ González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 18. Desde una perspectiva de la psicología del desarrollo, tales relaciones se identifican con crisis psicológicas en las relaciones paterno-filiales. A juicio de Laura Domínguez, se trata de una crisis que expresa la contradicción existente entre las potencialidades psicológicas crecientes de los hijos y la autoridad de los padres. Cuando los hijos evolucionan en su capacidad cognitiva, se agudiza dicha contradicción. Domínguez García, Laura, “Cuestiones psicológicas del desarrollo de la personalidad”, en Domínguez García Laura (comp.), *Psicología del desarrollo: adolescencia y juventud*, Félix Varela, La Habana, 2003, p. 464.

¹² Éstas son: infanticidio, abandono, ambivalencia e intrusión. Para profundizar, ver Dé Mause, Lloyd (1982), *Historia de la infancia*, Ed. Alianza Universidad, Madrid (original: *The History of Childhood*, The Psychohistory Press, Nueva York, 1974).

¹³ En la temática surge otro trabajo en el que la autora Pollock pone en duda la idea de la “revolución de la infancia” planteada por Ariès y, sobre todo, la postura de maltrato generalizado sostenida por Dé Mause. Al igual que Anderson, cuestiona la fiabilidad de las fuentes utilizadas en los trabajos anteriores y, principalmente, su interpretación. Basándose en diversos documentos escritos a partir del siglo XVI, afirma el cuidado que en todos los tiempos los padres han dispensado a sus hijos. Pollock, Linda, *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993 (original: *Forgotten Children: Parent-Child relations from 1500 to 1900*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983). Finalmente, no queda claro si el maltrato fue generalizado o una práctica aislada, pero ciertamente las características y necesidades específicas de cada una de las etapas de la niñez eran desconocidas y, por lo tanto, existía un alto riesgo de que no fueran atendidas adecuadamente. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 20.

¹⁴ Las teorías sociobiológicas no conciben al ser humano desligado de su herencia biológica, al punto de poner en riesgo la supervivencia de la prole.

¹⁵ Las obras cumbres relacionadas con la historia de la infancia merecen agruparse en tres grandes interpretaciones: la primera y central, la tesis de Ariès, revela la ignorancia en la que permaneció el niño hasta finales de siglo XVI (primó la concepción de niño como ser inacabado, un adulto en miniatura); en segundo lugar, la tesis de Lloyd dé Mause, afirma el maltrato generalizado que caracterizó las relaciones paterno filiales; y por último la interpretación de Po-

carácter esencial que revisten las relaciones entre padres e hijos en cada una de las épocas históricas. El rol de la familia y las relaciones entre sus miembros supone que cualquier consideración sobre el tratamiento jurídico de los niños tenga que atender a las relaciones sostenidas por éstos en el ámbito familiar.

Por tanto, la descripción del contenido de las relaciones entre padres e hijos en cada etapa histórica constituye idea rectora en la delimitación conceptual de niño al hilo del *iter* histórico¹⁶, periplo que refleja una evolución en el pensamiento socio-jurídico relativo a la noción de niño¹⁷ como concepto social e históricamente construido.

1. Grecia y Roma

La ausencia del reconocimiento de derechos de los niños caracterizó el tratamiento jurídico de la infancia durante toda la Antigüedad greco-romana. En esa época, la situación de sometimiento que le era impuesta ubica al niño en simple propiedad de la comunidad o de los padres.

En Atenas, los amplísimos derechos que confiere al padre el ejercicio de la patria potestad implicaron hasta la disposición sobre la vida y la muerte del hijo, así como la posibilidad de exposición del recién nacido y la venta de los hijos como esclavos. Lo que hace suponer que el niño no tenía vida propia, más bien constituía un proyecto de adulto, pues su condición de infante le cercenaba determinadas cualidades que habría de desarrollar para llegar a ser persona o ciudadano completo. Tal concepción de niño predominante en la Grecia clásica despertó las consideraciones de dos grandes pensadores de la Antigüedad, que —dadas las contribuciones ofrecidas a la temática¹⁸— es nuestro interés resaltar: Platón y Aristóteles.

llock refuta el maltrato a la infancia, a su juicio, en todas las épocas los padres, por inclinación natural, han atendido adecuadamente las necesidades de sus hijos.

¹⁶ El presente estudio científico muestra una evolución en la construcción social e histórica del concepto de niño a través del pensamiento y realidades políticas de cada una de las sucesivas etapas de la historia: Antigüedad (Grecia y Roma), Edad Media, Renacimiento, siglo XVII al siglo XX. En tal sentido, es dable aclarar que esa evolución no fue lineal ni homogénea, sino que tuvo su propio ritmo, de acuerdo a las condiciones sociales y a los cambios históricos de cada región y comunidad. Sin embargo, si bien interesa a los efectos del presente trabajo enmarcar el contexto histórico de cada etapa, no se adopta una postura absoluta en la delimitación de los sucesos y acontecimientos, porque el tránsito de una edad histórica a otra, no es cuestión que pueda encerrarse en un término fijo o en una fecha predeterminada, pues las edades históricas tienden a gestarse dentro de la edad precedente. Fabal, Gustavo, *Panorámica del pensamiento social del Medioevo hasta el siglo XIX*, Ed. de Ciencias Sociales, Instituto del Libro, La Habana, 1970, ps. 14/15.

¹⁷ El uso de la expresión “concepción de niño” pretende describir la idea que del niño se ha formado en un determinado pensamiento. La consideración de cuáles son las características y cualidades predicables del niño supone una base aparentemente natural, pero finalmente se muestra como construcción intelectual, justificadora del tratamiento jurídico del niño. Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2001, p. 10.

¹⁸ La idea de niño como simple propiedad de la comunidad o de los padres refleja con mayor exactitud la realidad vivida por los niños en la Grecia clásica, cuyo andamiaje teórico puede atribuirse a los planteamientos de Platón y Aristóteles.

Para abordar la configuración de la infancia en esa etapa histórica, resulta interesante recurrir a las obras *La República* y *Las leyes* de Platón, y la *Política* y *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, en aras de descifrar el tratamiento que éstos suponían debían recibir los niños en la sociedad¹⁹, aunque vale apuntar que sus planteamientos estuvieron esencialmente dirigidos a proyectar el modelo político de la ciudad.

Platón propone en *La República* y *Las leyes*²⁰ separar a los niños de sus padres para convertirlos en ciudadanos virtuosos, pues éstos son considerados “propiedad” de la comunidad. A pesar de valorar a los niños como seres imperfectos y defectuosos, personifica en ellos la única esperanza para la formación de la sociedad a la cual se aspira. Tal imperfección estaría dada por las carencias de cualidades presentes en los adultos; de allí la debilidad física, incapacidad mental e incompetencia moral que caracterizaba a los niños. Lo relevante de la concepción de Platón es la forma de entender la relación existente entre las características físicas, intelectuales y morales interrelacionadas como un todo, y, a su vez, la esencial conexión entre dichas características de los niños y logro de la formación del mejor ciudadano.

En la concepción de Aristóteles, por su parte, el niño no posee ninguna virtud propiamente dicha y sus características devienen de su concepción general de hombre. Es un proyecto para garantizar la calidad del futuro adulto. Nótese en los planteamientos aristotélicos la misma visión platónica del niño como proyecto de hombre, pero en este caso, Aristóteles va mucho más lejos de considerar al hijo como persona inmadura o con capacidad deliberativa imperfecta dependiente del padre, sino, además, imagina al hijo como simple parte del padre, y, en consecuencia, de su propiedad personal²¹.

En Roma primó la concepción de niño como ser vulnerable y sin uso de razón durante los primeros años de vida, bajo total sumisión a la potestad del *pater* —único integrante de la familia con plena capacidad de obrar—. En esa idea, nos parece esclarecedora la mirada de Gayosso y Navarrete cuando define la potestad ejercida por el

¹⁹ Toda la obra política de los dos autores persigue la formación del ciudadano ideal para la sociedad que se pretende construir. Así, ambos pensadores consideran que cualquier reforma en el orden social requiere empezar, si se quiere construir sobre bases firmes, con la buena formación de los niños. Los niños son, pues, pese a que no pueden dejar de verlos como seres defectuosos, quienes personifican la única esperanza para la formación de la sociedad a la que cabría aspirar; representan, en este sentido, la materia moldeable con la que los filósofos tratarán de configurar al adulto poseedor de las mejores cualidades y ciudadano de la mejor sociedad posible. Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos...*, cit., p. 23.

²⁰ Las dos obras de Platón pretenden establecer pautas para construir la sociedad más perfecta posible. Las diferencias entre ellas están determinadas por las vivencias personales de su autor, más optimista y utópico en la construcción de la ciudad de *La república*, más pesimista y realista en el proyecto de ciudad de *Las leyes*. Mas, a los efectos de nuestro estudio científico, lo importante no es la determinación de un modelo u otro de ciudad, sino valorar el papel que —a su juicio— adoptan los niños como cera moldeable, a partir de la cual debía formarse el ciudadano.

²¹ Así, considera al hijo como una mano de obra a la que los padres necesariamente han de recurrir para suplir el trabajo de los esclavos, un bien común del matrimonio que ayuda a mantenerlo unido, en fin, una simple propiedad de los padres. Aristóteles lleva al límite las conclusiones de este planteamiento al equiparar esa propiedad con la que se puede tener de otros productos suyos como el cabello o los dientes. Aristóteles: *Política*, 1323a y en Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, 1 134 b9-13, 1 161b19-30 y 1 162 a 26-29, citado por Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos...*, cit., p. 40.

padre de familia como “conjunto de facultades frente a los demás miembros del grupo y los bienes del patrimonio del mismo (...)”. Desde lo cual, la autora²² agrega: “la históricamente determinada concepción de la patria potestad —dominante en la doctrina contemporánea— es sumisa en la discusión de sus elementos fundamentales, y recíprocamente sustentadora de poder privado ejercitado hacia el interior de la familia en contra de ella y los integrantes de la misma”.

La anterior definición confirma el nivel de subordinación de un niño romano a la decisión del patriarca, quien tenía la posibilidad de exponerlo ante la puerta de un domicilio o en algún basurero público. Así como tampoco el nacimiento biológico del hijo implicaba necesariamente su integración a la familia y a la sociedad. En cualquier caso, se puede afirmar que no existía un derecho a la vida para el recién nacido, pues éste estaba sometido a la voluntad del padre. “Los niños eran arrojados a los ríos, echados en muladares y zanjas, ‘envasados’ en vasijas para que se murieran de hambre y abandonados en cerros y caminos (...)”²³. Esa horrenda situación confirma el infanticidio como elemento de central importancia en la tarea de reconstrucción histórica del concepto de niño. Sin embargo, la actitud de maltrato hacia la infancia identificada por Dé Mause no resulta generalizada²⁴ en la época que se viene apuntando, pues esa potestad era independiente de la edad, debido a que el jefe de familia tenía pleno poder de disposición sobre la vida de todos los miembros de aquélla.

A pesar de las discrepancias²⁵ que suscita la apreciación de maltrato infantil en el contexto de las relaciones entre padres e hijos, Platón y Aristóteles proponen el empleo de medidas eugenésicas y de control de la población que limiten las uniones matrimoniales a fin de lograr el nacimiento de hijos con las características pretendidas en la comunidad cívica que representa la ciudad. En este sentido, baste recordar los planteamientos platónicos-aristotélicos despojados de una preocupación real por defender lo que mejor convenga al niño. En todo caso, lo que existe en ellos es un interés en el niño, porque, desde una visión del futuro adulto, lo que se pretende es formar el ciudadano de la ciudad ideal²⁶, soslayando lo que pudiese constituir el verdadero interés del niño.

²² Gayosso y Navarrete, Mercedes, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 1992, p. 85.

²³ Dé Mause, Lloyd, *Historia de la infancia*, cit., p. 48.

²⁴ Tampoco podemos concluir que ésta fuera una costumbre extendida porque los egipcios, germanos y judíos criaban a todos sus hijos, sin exponer a ninguno. Al respecto, nos indica Veyne que “...los mercaderes de esclavos salían a recoger a los recién nacidos expuestos en los santuarios o en los basureros públicos. En fin, la pobreza impulsaba a la gente sin recursos a vender sus recién nacidos a los traficantes (...) había incluso muchos adultos que se vendían a sí mismos para no morirse de hambre. Veyne, Paul, “El Imperio Romano”, en Ariès, Phillipe - Duby Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, vol. 1, Taurus, Madrid, 1988, p. 62.

²⁵ En este punto, no se logra acuerdo entre los autores en cuanto a la determinación del infanticidio y la exposición como prácticas generalizadas, pues la existencia de un derecho sobre la vida del hijo no significa necesariamente que se dispusiera de ella con frecuencia. Sin embargo, Dé Mause califica el infanticidio como una actitud de maltrato infantil que mitiga las ansiedades de los padres respecto de los hijos. Dé Mause, Lloyd, *Historia de la infancia*, cit., p. 48.

²⁶ Desde la visión de Aristóteles, la ciudad es la comunidad superior y anterior por naturaleza, por lo que el legislador habría de controlar principalmente los límites del territorio y de la

Una reconstrucción histórica del concepto de niño en la Antigüedad puede elaborarse a partir de los siguientes elementos:

- Concepción de niño como propiedad de la comunidad o de los padres.
- Influjo de planteamientos platónicos-aristotélicos en la noción de niño en aras de garantizar la formación del futuro adulto.
- Total sumisión del niño a la potestad del padre, quien podía disponer sobre la vida y la muerte del hijo: inexistencia de un derecho a la vida para el recién nacido.
- Presencia del infanticidio y la exposición del hijo.

2. Edad Media (siglos V al XV)

Hacia el siglo V de nuestra era comienza de manera convencional la Edad Media²⁷. Irrumpe en el escenario de la historia como un torrente que barre las formas de convivencia y la ordenación institucional reinantes en el mundo grecorromano. La concepción de niño y su situación social no quedó al margen del periclitarse histórico²⁸, que auspiciaba un trato más favorable para los hijos que el imperante en el derecho romano. Ya en esta etapa, al padre no le asistía el derecho de entregar en prenda, donar, vender o privar de la vida a sus hijos, con excepción de las hijas en caso de deshonestidad grave, y se establecía la edad de quince años como el fin de la minoría de edad.

La elevada tasa de mortalidad, tanto infantil como adulta, favoreció la procreación y despertó la preocupación de la Iglesia Católica²⁹ por los niños huérfanos y abandonados. Al tiempo que se consolidaba el modelo de familia extensa³⁰ en el cual la nodriza o niñera ocupó un espacio importante, en tanto tendría a su cargo la formación

población, pues ambos son determinantes para el logro de la comunidad cívica que representa la ciudad. Campoy Cervera, *Dos modelos...*, cit., ps. 100/103.

²⁷ La Edad Media surge alrededor del año 476, fecha en que Odoacro, al frente de los Hérulos, depone a Rómulo Augústulo, último de los emperadores del Imperio Romano de Occidente. Esta fecha marca el desplome definitivo del Imperio Romano de Occidente para dar inicio a un nuevo ciclo histórico, que diez siglos después sería denominado por los renacentistas la Edad Media.

²⁸ Adversas circunstancias laceraron la Edad Media. En los primeros cuatro siglos, entre el V y el IX, reinan el caos, la anarquía y la desorganización política, quedando reducida la vida cultural. Sin embargo, para el niño, la situación social parece ser más favorable. En el Fuero Juzgo encontramos normas relacionadas con la infancia a través de la regulación de la patria potestad de menor rigidez y severidad que la imperante en el derecho romano.

²⁹ La exposición de niños en esta etapa ya no significaba la muerte de éstos, a pesar de seguir siendo una práctica de la época, en tanto se establece la obligación de depositar a los niños expuestos a las puertas de una iglesia para que el sacerdote anunciara el hallazgo y, si no era reclamado, entregarlo a su descubridor. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 28.

³⁰ La autora mexicana González Contró señala la esencia de la familia extendida de la época medieval. El patriarca debía reunir el máximo número de hombres posible bajo su dominio (poder privado) para la defensa de su territorio; entorno en el que el niño era considerado "vástago del tronco comunitario, parte del gran cuerpo colectivo que, garantizaba la continuidad de la estirpe y, en este sentido, pertenecía más a la familia que a sus propios padres". González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 29.

del niño hasta el decimotercero mes de vida. Luego de ese tiempo se reintegraba al hogar familiar bajo el cuidado de su madre y a los pocos años se incorporaban al mundo de los adultos.

Para Dé Mause, el período que corresponde a la Edad Media comienza con la crianza caracterizada por el abandono³¹ hasta el siglo XIII, centuria que marca una actitud de ligero cambio hacia los niños, esencialmente en el contexto de la clase burguesa, en cuyo seno el niño —al regresar de la nodriza— pasa a ocupar un lugar dentro de la familia.

Otro aspecto interesante en el análisis de la construcción socio-histórica del concepto de niño en esta etapa es el surgimiento en el siglo XV de corrientes de ideas encaminadas a estudiar los comportamientos sexuales de los niños, bajo la creencia de éstos como seres asexuados, indiferentes y ajenos a la sexualidad hasta la etapa de la pubertad³². De allí que la imagen de Cristo niño se haga presente, reflejando la infancia como edad de la inocencia.

Una contextualización del Medioevo en las múltiples conclusiones de las investigaciones de Ariès nos informa dos cuestiones esenciales³³ que bien pueden servir de presupuesto para la reconstrucción histórica del concepto de niño: una, el interés por los niños constituye más una tarea de moralistas que de humanistas; y otra, el Medioevo, percibía —más allá— del breve período de dependencia física como pequeños hombres a la categoría que hoy se conoce como niño.

Una caracterización de la concepción de niño durante la Edad Media informa las siguientes pautas:

- Tratamiento jurídico más favorable para los hijos, con limitaciones a los amplios poderes que significó la patria potestad romana.
- Concepción de niño como “ser incompleto o sin valor propio”, diluido en estructuras familiares que constituían la base de la estructura social.
- Alta tasa de mortalidad tanto infantil como adulta que favoreció la procreación y despertó la preocupación de la Iglesia Católica.
- Surgimiento de corriente de ideas precursora de estudios relativos a la sexualidad de los niños.
- Valor del niño asociado a la garantía que representaba al jefe de familia la continuidad de la estirpe y la solidez de su poderío.
- Presencia de la nodriza o niñera en la educación del niño durante los primeros meses de vida.
- Consolidación de la familia extensa, que generaba una relación de pertenencia del hijo a la familia, y no respecto de sus padres.

³¹ En notas anteriores quedó plasmada la concepción de Dé Mause sobre la división de la historia de la infancia en cuatro períodos, de acuerdo con la evolución de las relaciones paternofiliales, constituyendo el abandono el segundo período en esta evolución del siglo V al XIII. Nótese la postura de maltrato generalizado del autor como uno de los presupuestos de reconstrucción en la noción de niño. Dé Mause, Lloyd (1982), *Historia de la infancia*, cit., ps. 88 y 89.

³² Ariès, Phillipe, *El niño...*, cit., ps. 150/152.

³³ García Méndez, Emilio, *Infancia...*, cit., p. 39.

3. Renacimiento (siglos XV y XVI)

Impregnado de una sensación de aurora y esplendoroso despertar de la conciencia, el Renacimiento floreció por Italia en el siglo XV, y en el siguiente se extendió a Alemania, Francia, Flandes y España. Las grandes transformaciones ocurridas durante esta etapa; desarrollo de las artes y la literatura, y en particular de la llamada “literatura utópica”³⁴, de las ciudades y la economía originaron un cambio en la concepción de niño.

Instante de fulgurante fascinación en la historia de la cultura humana, inciden favorablemente en la consideración de la infancia: las mejoras económicas en algunos países permiten la construcción de viviendas más confortables con espacio para recámaras de niños; el proceso de individuación³⁵ genera una nueva relación con el niño; surge la familia nuclear en las ciudades, por lo que la madre puede escoger entre criar ella misma a su hijo o encomendar la tarea a una niñera; se extienden también las instituciones destinadas a recoger y atender a los niños abandonados; sucesos tales que anuncian una vinculación afectiva entre padres e hijos.

La reforma de la Iglesia de Occidente es otra de las causas que suscita el nuevo interés por la infancia, basado fundamentalmente en la preocupación de los reformadores por la educación. Aunque todavía es incipiente la literatura para niños, surgen obras innovadoras³⁶ en el campo de la educación infantil y una abundante literatura medieval dirigidas a la adquisición de valores y formas de comportamiento para la vida en la sociedad que expresan la inquietud cultural y científica del momento histórico.

A pesar de las individualidades culturales de las distintas regiones y comunidades, que sirven de contexto para explicar la evolución del concepto de niño, ante lo cual no puede suponerse un avance homogéneo. lo cierto es que el Renacimiento marca una etapa de gestación³⁷ de cambio de actitud respecto del niño. El paso de la familia

³⁴ La exaltación renacentista tuvo su expresión en la prosa social en la llamada “literatura utópica”. Se le denominó de esta forma porque reflejó una aspiración social que en aquellos momentos parecía inalcanzable, expresaba anhelos de justicia y redención humana totalmente reñidos con la realidad de la época. Traducía un sueño que no encontró asidero en la realidad europea. Aparece en el siglo XVI, fluyendo de la inquietud suscitada por el renacimiento. La obra más representativa de este género y la que otorga nombre al estilo es la *Utopía*, escrito por Tomás Moro, y publicada en 1516 en Lovaina, Flandes. Divide en dos partes, en la primera examina la realidad social y política de Inglaterra y los sucesos acaecidos en la época. Fabal, Gustavo, *Panorámica...*, cit., ps. 132/138.

³⁵ El proceso de individuación tuvo también importantes consecuencias en la consideración de la infancia, ya que se debilita la referencia a los antepasados y se establece una nueva relación con el niño. Relación matizada por la formación de valores en los niños, sobre la base del respeto y el sometimiento a los progenitores.

³⁶ Una de las obras más innovadoras en el campo de la educación infantil es *De Civilitate morum puerillium*, de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), en la que se dirige a todos los niños, sin distinción de clases, pues recuérdese que hasta ese momento los manuales se habían dirigido en su mayoría a los niños de las clases aristocráticas. Sin distinguir socialmente a los niños, les impartían una serie de observaciones y consejos basados en algunos autores clásicos como Aristóteles y Cicerón. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 32.

³⁷ El uso del término “gestación” obedece a que todavía en el siglo XVI el sentimiento de infancia se encontraba en fase embrionaria, se hacía perceptible un cambio de actitud respecto

extensa a la familia nuclear revela atisbos de la noción de niño diferenciado del adulto y la construcción de la infancia como etapa con características específicas.

En síntesis, el Renacimiento delimitó los siguientes aportes a la concepción de niño:

- Tratamiento jurídico y social favorable a la infancia.
- Presencia de un contenido afectivo de las relaciones paterno-filiales matizado por el proceso de individuación.
- Surgimiento de la familia nuclear, por lo que se debilita el papel de la nodriza en la primera formación del hijo.
- Cierre de un periodo histórico (desde la Antigüedad hasta finales de siglo XVI), en el cual la niñez era definida por una etapa negativa que debía ser superada con vista a la formación de la persona como futuro adulto.
- Aparición del concepto de niño (finales de siglo XVI) como etapa con características específicas.

4. Siglo XVII

Inicia una centuria importante en la historia de la infancia. Si bien, desde la Antigüedad hasta finales de siglo XVI, el niño fue considerado como ser humano imperfecto, los albores del XVII anuncian el ocaso de la vulnerabilidad y carencia de valores propios, que venían reduciendo la noción de niño a la simple propiedad de los padres, la familia o la comunidad.

Los primeros hábitos de esa transformación encuentran respaldo *ius* filosófico en el pensamiento de John Locke³⁸, cuyos planteamientos sirven de antecedente al pri-

del niño en el que paulatinamente se le va valorando y se intenta complacerle, atendiendo sobre todo a su bienestar físico.

³⁸ John Locke nace en 1632. Dada la fecha de su nacimiento, no asume posiciones en la lucha revolucionaria de 1642-1649, razón por la cual es el intérprete y el teórico de los acontecimientos políticos que comportaron la transformación de 1688. De allí su consideración de ideólogo de la monarquía constitucional en Inglaterra. Aunque el objetivo del presente trabajo científico no pretende poner en relieve concepciones y transformaciones políticas imperantes en la época, nos parece paradigmático —en el tema tratado— el pensamiento del filósofo inglés, por cuanto él abre una puerta importante en el entendimiento de las concepciones que más tarde deberían amparar la protección de los derechos del niño, y el consecuente tratamiento jurídico de la infancia. Este es el motivo que nos compele al estudio del pensamiento del autor, así como a la interpretación de sus obras más significativas. Dos de ellas fueron reeditadas conjuntamente bajo el título *Dos tratados sobre el gobierno civil*. En el primero de ellos, Locke refuta las teorías de Roberto Filmer, defensor del absolutismo monárquico; en el segundo, defiende que todos los seres del mundo, descendientes de Adán, nacen débiles o desamparados, sin conocimiento o entendimiento, de lo cual puede inferirse su concepción de niño como ser imperfecto. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, col. El Libro de Bolsillo, Alianza, Madrid, 1998, p. 78. Para profundizar, Locke, John, "Algunos pensamientos concernientes a la educación", en *Pensamientos sobre la educación*, traducción La Lectura y Rafael Lasaleta, prólogo de Mariano Fernández Enguita, col. Akal Bolsillo, Akal, Madrid, 1986, ps. 113/114 y 135.

mer sistema de reconocimiento y protección de los derechos del niño que haya conocido la historia de la infancia: el proteccionismo³⁹.

El pensamiento de Locke en relación a los niños resulta consistente y supera en alguna medida la concepción platónica-aristotélica⁴⁰. Sin embargo, la polémica que se presenta en el ámbito filosófico-político obedece a la indebida equiparación entre el poder político y el poder paterno⁴¹, cuando el contenido personal del poder paterno no admite la menor analogía. Se trata del “poder de los padres sobre sus hijos a fin de gobernarlos para su bien hasta que alcancen el uso de razón, o hasta que lleguen a una etapa de conocimiento en la que se les suponga capaces de entender la regla (...)”⁴².

Nótese en la definición lockeana de poder paternal, los primeros indicios de las nociones de evolución de las facultades del niño y el desarrollo progresivo, que advierten la necesidad de protección de los padres hasta tanto los hijos adquieran sentido de juicio o alcancen una etapa del desarrollo evolutivo⁴³ que presuponen

³⁹ El profesor español Ignacio Campoy nos describe la relevancia —que en el tema abordado— adquieren los modelos teóricos justificativos del trato jurídico debido al niño, denominados como modelo proteccionista y modelo liberacionista. Cada uno supone una forma manifiestamente diferente de entender cuál ha de ser el reconocimiento de los derechos de los niños. Campoy considera a John Locke antecesor del modelo proteccionista, teniendo en cuenta la decidida defensa que éste realiza a los derechos y libertades individuales frente a las teorías absolutistas. Fundador del liberalismo moderno, el filósofo inglés considera que los hombres nacen libres e iguales en derechos. Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos...*, cit., p. 147.

⁴⁰ La vigencia de los planteamientos de Platón y Aristóteles se podía apreciar en la teoría y en la práctica de la Inglaterra del siglo XVII. Si bien éstos no permanecieron incólumes en las posteriores contribuciones teóricas y en la realidad vivida por la infancia en cada momento epocal, todavía en el siglo XVII primaba la noción de niño desde la visión del futuro adulto. Es en esta concepción donde radica el punto de conexión entre los planteamientos de Platón, Aristóteles y Locke: la definición de la infancia como etapa transitoria, que prepara al niño para la adultez, por lo que las cualidades de aquél carecen de valor propio y sólo están dirigidas a garantizar la calidad del futuro adulto. Sin embargo, la concepción platónica-aristotélica puede configurarse como antecedente teórico de un modelo negador de derechos. Y la concepción lockeana, la precedente del modelo proteccionista. Locke, John, *Segundo tratado...*, cit., p. 78.

⁴¹ El fundamento de esta polémica estriba en la protección de los derechos y libertades individuales que hace Locke frente a las teorías absolutistas propugnadas por pensadores como Robert Filmer, quien, al escribir la obra *Patriarca. O el poder natural de los reyes*, pretendió realizar una defensa de la monarquía absoluta comparando el poder político del monarca con el poder paternal del padre de familia, para lo cual se sirvió de la vieja construcción teórica que consideraba al niño (como había de considerarse a los súbditos) ser carente de libertad natural, y en consecuencia de todo derecho, sometido al padre, así como el monarca sometía a sus súbditos. Es decir, Filmer equipara el poder político al poder paterno, cuando éstos se diferencian esencialmente por su contenido. Gamba, Rafael, “Estudio preliminar”, en *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, estudio preliminar de Rafael Gamba, texto, traducción y notas de Carmela Gutiérrez de Gamba, col. clásicos políticos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, ps. 23/24.

⁴² Locke, John, *Segundo tratado...*, cit., ps. 89 y 85/86.

⁴³ La noción de desarrollo evolutivo del niño se introduce en la Convención de los Derechos del Niño de 20/11/1989, la cual marca un nuevo paradigma en la forma de entender el ejercicio de los derechos del niño.

ga la capacidad para ejercer determinados derechos en condiciones de igualdad y libertad⁴⁴.

La igualdad y libertad de todos los hombres en derechos supone que tanto el conjunto de la sociedad como los padres en particular están obligados y limitados también por tales derechos, incluso cuando se trata de los niños. Este reconocimiento expreso de los derechos de los niños indica “el punto de inflexión a partir del cual se han de entender definitivamente superadas las concepciones tradicionales y comienza a desarrollarse el proteccionismo, como auténtico sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños”⁴⁵, cuya doctrina habría de dilucidar las problemáticas derivadas de la titularidad de derechos de los niños⁴⁶. El paso fundamental estaría dado por la traducción de los ideales de libertad e igualdad lockeanos en derechos de los niños.

El reconocimiento de derechos de los niños que condensa el modelo proteccionista sobre el trato jurídico que éstos debían recibir puede sintetizarse en las notas sucesivas⁴⁷: “Los niños nacen con los derechos que les han de permitir el desarrollo suficiente y adecuado de sus capacidades, que les ha de convertir en adultos libres e iguales ante la ley. La sociedad en su conjunto, y en particular los padres, han de reconocer y respetar esos derechos; y, así, el poder paternal tiene en esos derechos su límite y a la vez el contenido que le da sentido, por lo que su principal función será cuidar y proteger al vulnerable e incapaz niño a fin de que éste pueda conseguir su adecuado desarrollo”.

Sin embargo, a pesar de los aires renovados que en el ámbito jurídico imprimió el proteccionismo, en el epicentro de este modelo subyace la idea que considera al “niño incapaz”. Por lo que la cuestión exigiría, en primer lugar, aquilatar la protección que el derecho debe dispensar a ciertos aspectos básicos de la vida del niño (fundamentalmente, los que se consideren necesarios para su correcto desarrollo como persona), y, en segundo lugar, la consideración jurídica de la voluntad del niño conforme a la supuesta incapacidad que le caracteriza.

Significa que dentro del proteccionismo hay quienes⁴⁸ niegan absolutamente la vinculatoriedad jurídica de la voluntad del niño, aspecto que más tarde sería atenuado por otro sistema —también proteccionista— que valora el rol preponderante de la

⁴⁴ La consideración de las relaciones entre los padres y los hijos, analizada inicialmente desde un contexto y con fines políticos, generó como efectos secundarios una auténtica revolución respecto a los derechos de los niños, cuyos postulados significaron un cambio en la concepción de niño, que pasó de ser considerado como simple propiedad de los padres a sujeto titular de derechos.

⁴⁵ Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 278.

⁴⁶ A pesar del avance que significó el modelo proteccionista en cuanto a la consideración de la titularidad de derechos de los niños, deja abierta algunas incógnitas pendientes de ser resueltas o aclaradas. Éstas son: la cuestión sobre la edad límite para considerar incapaz a un menor, el grado de raciocinio que se estima necesario adquirir para que un niño pueda emanciparse o gobernarse a sí mismo o el grado de participación que se está dispuesto a reconocer al niño en el ejercicio de sus derechos. Campoy Cervera, *La fundamentación...*, cit., ps. 416/417.

⁴⁷ Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos...*, cit., p. 148.

⁴⁸ Dentro del modelo proteccionista se distinguen dos grandes sistemas: el tradicional (vinculado con el liberalismo clásico) y el renovado. En este sentido, el elemento que define al primero, es decir, al proteccionismo tradicional, es la negación de la vinculatoriedad jurídica de la voluntad del menor; entre sus precursores se encuentran John Locke, Immanuel Kant y John Stuart Mill.

voluntad del niño en la determinación de sus necesidades. Éste se ha denominado proteccionismo renovado, el cual sustenta la concepción de niño como persona, con valor propio, independientemente del que tenga como futuro adulto. Aunque se sigue definiendo —principalmente— por su indefensión, imperfección e incapacidades.

El referido sistema encuentra defensores, obviamente ajustado a las nuevas formas de concebir el trato jurídico que la sociedad, los padres y el Estado deben deferir al niño. Entre ellos —en los confines de la doctrina moderna—, autores como Neil McCormick y Liborio Hierro ponen en relieve la relación más bien problemática que supone el nexo existente entre las categorías niño y derechos, y con ello la fundamentación de la relación entre titularidad y ejercicio de los derechos del niño.

En aras de resumir la concepción de niño al hilo de los postulados *ius* filosóficos analizados y la situación política social imperante en la etapa histórica que se aborda, resultan ilustrativas las notas de Phillipe Ariès cuando, en su obra *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, define la concepción de la infancia como “etapa social diferenciada del resto de las edades de la vida, merecedora de una atención y trato especial, que sólo se empieza a desplegar en la modernidad, y que no tiene desarrollo hasta el siglo XVII”⁴⁹.

La anterior definición condensa los principales elementos que permiten la construcción teórica del concepto de niño en la etapa histórica abordada. Éstos son:

- Ocaso del infanticidio, bajo el señorío del total rechazo popular.
- Surgimiento de la concepción de niño como categoría social e histórica.
- Delimitación de la infancia con características específicas del desarrollo que la distinguen de los adultos.
- Influencia *ius* filosófica de John Locke, cuyos planteamientos constituyeron precedentes valiosos en el ámbito jurídico.
- Formación del primer sistema de protección y reconocimiento de los derechos del niño.
- Nacimiento del sentimiento de infancia como categoría social y, en consecuencia, el niño comienza a asumir un valor y rol en el contexto familiar, insospechables en etapas históricas anteriores.

5. Siglo XVIII

Si el siglo XVII forjó los primeros hábitos de transformación de la situación social y jurídica del niño, la decimoctava centuria representó su afirmación como categoría histórica.

La delimitación de las características y necesidades específicas de los niños conforme a determinadas etapas de su desarrollo constituye una conquista del

⁴⁹ Ariès, Phillipe, *El niño...*, cit., ps. 178/180, 186. Para ilustrar el siglo XVII como momento cumbre en el proceso de identificación de la infancia, el autor agrega: “Desde finales de la Edad Media hasta los siglos XVI o XVII, el niño fue conquistando un lugar junto a sus padres, cosa a la cual no podía pretender en la época en que los primeros años de su formación se le confiaría a personas extrañas. Este retorno de los hijos al hogar constituye un gran acontecimiento, al otorgar a la familia del siglo XVII su carácter principal, que la distingue de las familias medievales. El niño pasa a ser un factor indispensable de la vida cotidiana; todos se preocupan de su educación, de su colocación, de su porvenir. Todavía no es el eje de todo el sistema, pero se torna un personaje mucho más consistente”. Ariès, Phillipe, *El niño...*, cit., p. 534.

siglo XVIII⁵⁰ y, al unísono, una consecuencia de las grandes transformaciones ocurridas en Occidente durante los siglos precedentes.

Así como John Locke en el siglo XVII develó —a través de sus obras— los gérmenes del sentimiento de infancia, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) nos informa en su obra *Emilio o de la educación* (1762)⁵¹ el carácter autónomo que revelan los estudios sobre la infancia en el siglo XVIII⁵².

El aspecto más sobresaliente de la obra de Rousseau es la aparición de una noción incipiente de la dignidad del niño, muy avanzada para su época⁵³, por lo que el énfasis se pone en el niño en sí mismo y no en la garantía del futuro adulto, como lo hacían las concepciones precedentes. En consecuencia, la educación proyectada debía responder al presente del alumno, conforme a la etapa del ciclo vital por la que atraviesa el niño⁵⁴. Cada una de las etapas evolutivas estaría en correspondencia con la existencia de necesidades infantiles, tanto físicas como psicológicas⁵⁵.

⁵⁰ González Contró denomina al siglo XVIII “siglo de los moralistas”, pues durante este período prima la percepción de la infancia promovida por éstos. Al papel que pasó a ocupar el niño en la casa y en la sociedad le sigue como reacción una serie de recomendaciones de los pedagogos con el fin de controlarlo. Esa nueva actitud genera la toma de conciencia de las características y necesidades específicas de cada niño y de cada etapa del desarrollo, por lo que en los colegios comienzan a separarse los alumnos por grupos de edades. Y la educación busca adaptarse a tales transformaciones. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 40.

⁵¹ *Emilio o de la educación* lo que realmente pretende es denunciar las principales estructuras de una sociedad corrupta, abogar por un cambio radical de ellas a fin de conseguir una sociedad en la que el hombre natural pueda formarse. Entonces, cómo no comprender y poner en evidencia la influencia del cambio en aquellos ámbitos que afectan al niño. Los planeamientos de Rousseau generan una transformación en el tratamiento jurídico a la infancia que iba mucho más allá de simples reformas educativas.

⁵² Entre los estudiosos de la historia de la pedagogía existe cierto consenso en entender que el método educativo que expone Rousseau en *Emilio* significa el comienzo de una nueva forma de educar a los niños que, pese a las distintas denominaciones, podemos identificar como “educación progresista”. Crespo, María Victoria, *Retorno a la educación: el “Emilio” de Rousseau y la pedagogía contemporánea*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 95.

⁵³ González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 41.

⁵⁴ A través de la lectura de *Emilio o de la educación*, se desprende que Rousseau concibe el desarrollo del niño en términos de etapas y establece la educación en función de cada una de ellas. Básicamente concibió cuatro etapas: la infancia y la niñez, dos etapas sensoriales que se distinguen en que la primera sólo comprende sensaciones, en tanto que la segunda ya implica juicios acerca de estas sensaciones. La tercera etapa, la adolescencia inicial (de 12 a 15 años), etapa intelectual en que se inicia el pensamiento práctico. Luego, la adolescencia final (después de los 15 años), que comprende la etapa moral, en la que ya el pensamiento puede ser general, es decir, abstracto. No obstante a tal delimitación, plantea en su obra: “Al escribir me he hecho cien veces la reflexión de que, en una obra larga, es imposible dar siempre los mismos sentidos a las mismas palabras. No hay lengua suficientemente rica para proporcionar tantos términos, giros y frases como modificaciones pueden tener nuestras ideas. (...) Unas veces digo que los niños son incapaces de razonamiento, y otras los hago razonar con bastante sutileza”. Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio o de la educación*, prólogo, traducción y notas de Mauro Armiño, El Libro de Bolsillo, Alianza, Madrid, 1995, p. 663.

⁵⁵ Rousseau es también el primer autor en la historia que señala la existencia de necesidades infantiles. Sus planteamientos educativos sirven de pauta para determinar una nueva

La cuestión estriba en la adecuada apreciación de las estructuras mentales de los niños, diferentes de las de los adultos; de ahí que los bienes indispensables para el desarrollo de los unos y los otros no sean idénticos, y, en consecuencia, ostenten distintas necesidades. Una teoría de las necesidades humanas con aplicación específica a los niños podría ayudar a superar el escollo derivado de la falta de capacidad —fáctica y jurídica— que supone esa etapa del ciclo vital, al proporcionar pautas objetivas⁵⁶ para dotar de contenido a los derechos.

Tal aspiración embrionaria en el siglo XVIII tardaría tiempo en consolidarse, pues, aunque no puede negarse el valor de las transformaciones que en el ámbito jurídico sucedieron en esa etapa —y que luego marcarían el rumbo de la legislación relacionada con la infancia—, lo cierto es que los derechos de los niños quedaron omisos en las primeras declaraciones de derechos. En ese sentido, nos detenemos a explicar —dado el objetivo del presente estudio científico— la noción de derechos plasmados en el plexo internacional al ocaso del siglo XVIII. Para ello, baste recordar el artículo de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; y, si se quiere, compárese con la proclamación de igualdad y libertad de la *Declaración de Independencia* de los Estados americanos de 1776⁵⁷. La diferencia pudiera inferirse del carácter que revisten en su formulación los valores de igualdad y libertad. La igualdad se proclama como condición fundamental; la libertad, en cambio, se señala junto a otros derechos, tales como el derecho a la vida y a la felicidad. Por lo que, más que entender el sentido literal del aludido símil, valdría la pena interpretarlo, porque “no es cierto que los seres humanos nazcan libres e iguales”⁵⁸. ¿Cuál sería, entonces, el alcance de la igualdad o la libertad referidas en el texto internacional?

Se podría decir que la libertad y la igualdad de la que se habla en aquel artículo no son un hecho sino un derecho, más precisamente, aquel derecho que correspon-

forma de relacionarse los adultos con los niños y, en consecuencia, concebir los derechos de los niños sustentado en el desarrollo de sus capacidades, y sobre la base del respeto a su voluntad acorde con su estado de evolución y desarrollo en cada etapa referida.

⁵⁶ Estas pautas sólo podrán definirse evaluando la capacidad del niño como titular de derechos para decidir lo que constituye su bien, así como conocer el papel de la autonomía como necesidad humana en sí misma y, por último, demostrar si las necesidades pueden ser el criterio para definir el bien en el caso de los niños, de manera que puedan identificarse como razones que justifiquen la atribución de derechos. Una teoría de las necesidades humanas permite definir el ámbito temporal de la protección; es decir, se requiere para determinar qué es un niño en el sentido del límite del período de vulnerabilidad que caracteriza a esta etapa de la vida y que, por tanto, justifica la protección especial. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 106.

⁵⁷ La *Declaración de Independencia* de los Estados americanos de 1776 sostiene como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados *iguales*; que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la *libertad* y la búsqueda de la felicidad.

⁵⁸ Al decir de Norberto Bobbio, los seres humanos no nacen libres, a pesar de lo que pensase Rousseau, sino que están “encadenados”, más que nunca encadenados, desde que nacen; tampoco son iguales, aunque sólo nos fijemos en las dotes naturales, sin tener en cuenta las condiciones sociales e históricas. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1992, p. 40.

de al ser humano, antes de una constitución positiva, de la constitución misma de su personalidad, todavía más, de su naturaleza ideal⁵⁹. Estaríamos hablando de los derechos naturales, cuya doctrina ha experimentado notables cambios desde aquellas declaraciones de derechos a la actualidad.

Tales cambios se reflejan en las renovaciones del concepto de libertad, ya entendido libertad como autonomía, de un lado; y, por otro, una concepción positiva de ésta. “Esto es, cuando se entiende la libertad como capacidad jurídica y material de convertir en concretas las abstractas posibilidades garantizadas por las constituciones liberales”⁶⁰.

Desde lo anterior, los niños no serían acreedores en el siglo XVIII de una auténtica libertad, digna de ser garantizada como poder positivo; de allí pudiera colegirse el silencio de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa del 26 de agosto de 1789 respecto de grupos colectivos como mujeres y niños, en tanto la igualdad era concebida sólo entre hombres libres y racionales.

Los niños, por tanto, siguen siendo percibidos como cera blanda a la que es necesario modelar a través de instituciones educativas, pues en los padres predomina una sensación de incompetencia respecto de la educación de sus hijos y una preocupación por la capacitación de su prole. Así, los educadores continúan insistiendo en la conveniencia de la organización de cursos por edades, a la vez que en Italia se infunde la educación religiosa y se les enseñaba distintos oficios a los niños con el fin de reintegrarlos a la sociedad. En España, de forma similar, se crean casas de misericordia encaminadas a la incorporación de los niños al medio social, también sobre la base de los oficios y la enseñanza del código moral de la sociedad.

Algunos autores⁶¹ estudiosos de la historia de la infancia caracterizan al siglo XVIII como período de intrusión, testigo de transición demográfica con una aproximación de los padres a los hijos. Nace la pediatría y se logra reducir en cierta medida la mortalidad infantil, aunque en pocos se llega alcanzar la edad adulta.

A modo de puntualizar los aspectos que distinguen la construcción teórica de la concepción de niño en el siglo XVIII, se anotan los siguientes:

- Definición de la infancia con características propias y necesidades específicas.
- Surgimiento incipiente de la noción de la dignidad del niño.
- Influencia de la educación en la percepción de la infancia, que supone la división de los alumnos por grupo de edades en los colegios.
- Delimitación de etapas del desarrollo, determinadas por una teoría de necesidades infantiles.
- Apreciación de nuevos contenidos en las relaciones paterno-filiales, en virtud de la aproximación de los padres hacia sus hijos y con ello un descenso de tasas de mortalidad infantil.
- Aparición de las primeras declaraciones de derechos, que si bien excluían a los niños del plexo normativo, constituyeron presupuestos jurídicos importantes para un florecer legislativo respecto de la infancia.

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 40.

⁶⁰ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 40.

⁶¹ Dé Mause, Lloyd, *Historia de la infancia*, cit., p. 89.

6. Siglo XIX

Es en el siglo XIX donde el niño comienza a ser considerado persona⁶², adquiere otra valoración y connotación, pues llega al mundo cuando realmente es deseado por los padres, y, en tal sentido, éstos adoptan un papel activo en la formación del niño. Estamos frente al llamado período de “socialización”⁶³, que se prolonga hasta mediados del siglo siguiente, en el cual la crianza se enfocó a formar, guiar y enseñar a adaptarse al niño.

La construcción de la adolescencia es otro de los méritos que pueden reconocérsele a la etapa histórica que se aborda. El siglo XVIII distingue la adolescencia de la infancia⁶⁴ y desde entonces surgen las primeras manifestaciones de un “sentimiento de la adolescencia” íntimamente ligado a la sexualidad, que Rousseau considera un segundo nacimiento al sexo, donde describe ampliamente las características de este período, resaltando la importancia de la educación. Sin embargo, no es hasta el siglo XIX que se consolida la adolescencia⁶⁵ como concepto construido social e históricamente.

La nueva mirada que matiza la infancia y la adolescencia como etapas evolutivas del ciclo vital y del desarrollo humano, cada una con características y necesidades peculiares —demostradas o concebidas desde un plano *ius* filosófico— abre una brecha al estudio sistemático de la psicología infantil⁶⁶.

En el ámbito jurídico, las variaciones sustanciales derivadas de la evolución de los derechos⁶⁷ generaron un interés por la aplicación eficaz y la protección real de los ti-

⁶² Perrot, Michelle, “Figuras y funciones”, en Ariès, Phillipe y Duby, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, vol. 7, Taurus, Madrid, p. 168.

⁶³ Dé Mause, Lloyd, Lloyd, *Historia de la infancia*, cit., p. 89.

⁶⁴ Ariès, Phillipe, *El niño...*, cit., p. 354.

⁶⁵ Durante el siglo XIX se escribieron decenas de tesis respecto de la adolescencia, en las que se ve al individuo como criminal, vago e inestable. La mutación sexual y la conciencia de ella que se da durante esa etapa son preocupaciones de médicos, moralistas y sociedad en general. El adolescente es siempre sujeto de vigilancia, y este mismo control incita al secreto, en la lucha por conquistar la autonomía y un lugar propio en la sociedad. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 57.

⁶⁶ La publicación en 1859 del libro *Origen de las especies*, de Charles Darwin (1809-1882), motivó la realización de otras investigaciones que promovieron el estudio y conocimiento de los niños. Entre ellas, la ley biogenética del naturalista Ernest Haeckel y las observaciones sobre el lenguaje de Hyppolite Taine, publicado en 1876. Las nuevas teorías parten de que la ontogénesis (el desarrollo del individuo) reproduce la filogénesis (el desarrollo de la especie). Estas obras estimularon la creación de otros trabajos, hitos fundamentales en el desarrollo de la psicología evolutiva entre los cuales destaca *El alma del niño*, del fisiólogo alemán William Preyer, considerado como el primer estudio científico sobre el desarrollo infantil. Hacia finales de siglo se elaboran otros importantes trabajos teóricos. James Mark Baldwin (1861-1934), interesado en los procesos evolutivos y la constitución del psiquismo adulto, estudió al niño y publicó en 1895 *El desarrollo mental en el niño y en la raza* y en 1897, *Interpretaciones sociales y éticas del desarrollo mental*. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 58.

⁶⁷ Nos informa Peces-Barba, en el prólogo que hiciera al libro *El tiempo de los derechos* de Norberto Bobbio, que los derechos siguen, desde su formulación inicial para limitar al poder absoluto, tres grandes procesos: de positivación, de generalización y de internacionalización, a

culares de los derechos. Durante el siglo XIX se va afianzando la idea de dotar de un estatuto jurídico a los derechos que aparecieron históricamente como derechos naturales, al tiempo en que el *iter* de los derechos a lo largo de este siglo⁶⁸ supera la fundamentación iusnaturalista de tales, por lo que no hay más derechos que los codificados.

Este fenómeno ejerce una gran influencia en la concepción de niño y se entrecruza con las ideas de los seguidores de Rousseau, quienes consideraban al niño desde su nacimiento con capacidades posibles a desarrollar. De allí el cambio en la percepción del niño, que ahora es más apreciado⁶⁹. El efecto de las corrientes liberales impactó también en el derecho civil, primero en el Código Napoleónico⁷⁰ y posteriormente en el resto de las legislaciones europeas. En las ciudades hay una actitud que reprueba el castigo corporal, sobre todo en Francia, pues al parecer en Inglaterra⁷¹ se utilizó por más tiempo y en Alemania la disciplina era más rígida.

El Estado asume la idea y la responsabilidad de protección del niño, pues la prosperidad y la seguridad dependían de la existencia de una clase de ciudadanos sanos; se introduce la escolarización obligatoria y diversos servicios sanitarios públicos.

Desde lo anterior, la construcción social e histórica del concepto de niño se logra en el siglo XIX a partir de los acontecimientos siguientes:

- Surgimiento de la figura del adolescente.
- Consolidación de relaciones afectivas entre padres e hijos.
- Preocupación del Estado por la infancia.
- Influencia del ámbito jurídico en la consideración del niño, aunque todavía prevalece su vulnerabilidad.
- Desarrollo de las capacidades y potencialidades del niño a través de la educación (ascensión de la escolarización obligatoria).

los que añade un cuarto, al que llama de especificación. El primero, que interesa subrayar en este acápite, se considera a partir del siglo XIX una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 10; Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Teoría General, Madrid, 1999, ps. 157/159.

⁶⁸ Villabella Armengol, Carlos M., "El *iter* de los derechos: de la universalidad a la particularización. Los derechos en situación como clave constitucional para la protección de los grupos vulnerables", en *Revista Ius* nro. 26, junio-julio 2010, ps. 223/241.

⁶⁹ El infanticidio, durante la primera mitad del siglo XIX, quedó reservado sólo a las clases marginadas. Los avances en medicina, en particular el descubrimiento de las fiebres puerperales y el control de las infecciones, aumentan la probabilidad de supervivencia tanto de la madre como del recién nacido.

⁷⁰ El Código Napoleónico introduce en 1810 el discernimiento como causa de la exclusión de la responsabilidad penal, que quedaba a discrecionalidad del juez. En España, el Código de 1822 establecía que los mayores de 7 años (antes de esta edad eran inimputables) y menores de 17 que hubiesen obrado "sin discernimiento" fueran entregados a sus padres para que los corrigieran y cuidaran, o se les internara en una casa de corrección; en caso contrario, si se consideraba que habían obrado con raciocinio, se le enviaba a la cárcel con los mayores. En 1899 se crean en Estados Unidos los primeros tribunales tutelares de menores, a instancias de los abogados de Chicago y las sociedades protectoras de la infancia. González Contró, Mónica, *Derechos...*, cit., p. 48.

⁷¹ Pollock señala que a principios del siglo XIX en Inglaterra, la disciplina y el control fueron particularmente severos, debido tal vez a los rápidos cambios que se dieron en la sociedad. Pollock, Linda, *Los niños...*, cit., p. 233.

- Concepción de niño en su condición de persona, susceptible a desarrollar capacidades; no obstante, prima la noción que lo define como incapaz, excluido de derechos.
- Distinción de diferentes etapas evolutivas en la construcción social de las categorías infancia y adolescencia que abrirían brecha al surgimiento de distintas ciencias extrajurídicas, entre ellas, la psicología de desarrollo, y, en estrecha relación, los estudios sobre psicología infantil.

7. Siglo XX

El descubrimiento social y cultural de la infancia y la adolescencia como fases o etapas específicas de la existencia humana con características propias y diferentes de las de los adultos merece especial atención, y, en consecuencia, una especificación de sus derechos⁷². El ámbito jurídico traza en este siglo los derroteros de la infancia y la adolescencia al hilo de la internacionalización de derechos humanos en general y el acervo normativo defensor de los derechos del niño. Por lo que, a diferencia de los anteriores momentos epocales, que aportaron un listado de elementos o pautas en la construcción social e histórica del concepto de niño, en el siglo XX, ya esa delimitación conceptual no ofrecía el menor equívoco. El siglo XIX había dejado sentada la concepción de niño en su condición de persona, sin embargo, todavía excluido de derechos.

III. EVOLUCIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. INFLUJO DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

No es hasta la segunda mitad del siglo XX que el léxico de los derechos comienza a aplicarse a los niños. En esa línea, nos parece loable recorrer el panorama normativo internacional precursor de los derechos del niño, que se gestara en 1924 con la Declaración de Ginebra, con principios y formulaciones iniciales sin fuerza vinculante hasta 1989, año que vería nacer el tratado internacional de derechos humanos específicos para los niños, contentivo de derechos prestacionales, y además —en ello estriba su principal aporte— derechos civiles y políticos, que permiten entender al niño, no sólo en su condición de persona con capacidades en desarrollo, sino al niño como ciudadano, capaz de participar activamente en la sociedad y, desde luego, en los asuntos que le afecten su vida personal.

1. Declaración de Ginebra de 1924

Bajo el señorío de las circunstancias históricas de la época⁷³ y en el propósito de construir un nuevo orden internacional que evitara otra guerra mundial, la Sociedad

⁷² El proceso de especificación define el paso del hombre genérico al hombre específico, en la especificidad de sus diferentes estatus sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas. Puede darse en relación a sus contenidos y a sus titulares. Estos últimos conducen a los derechos del niño. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 10.

⁷³ La influencia de las dos guerras mundiales despertó la necesidad de protección de la infancia y la adolescencia.

de Naciones aprobó por unanimidad, el 26/9/1924, la Declaración de los Derechos del Niño, también llamada Declaración de Ginebra, por cuanto consideró necesario reconocer los derechos básicos a los niños, en tanto éstos serían los hombres del futuro. Nótese en esa aspiración ginebrina, ya del siglo XX, atisbos de vigencia de la concepción platónica-aristotélica que dominó el trato de los niños en la Antigüedad. Es decir, todavía en el año 1924 prima la noción de niño como ser vulnerable y la garantía del futuro adulto, por lo que el reconocimiento concreto de sus derechos, en esta ocasión, responde al interés de defender sólo de una manera general a la infancia.

La entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas en 1945 alza un verdadero desarrollo normativo atinente a los derechos del niño. La lectura del art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁴, del 10/12/1948, nos informa los cuidados y asistencia especiales a los que tiene derecho la infancia, así como el principio de no discriminación que debe regir la unidad de filiación en cuanto a la protección por igual de los derechos de los hijos independientemente del estado civil de sus padres.

Tal regulación refleja un paso de avance en la consideración jurídica de la infancia, al tiempo que constituye premisa esencial para la elaboración de un proyecto de Declaración de los Derechos del Niño remitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas que adoptó por unanimidad la nueva Declaración de los Derechos del Niño el 20/11/1959, res. 1386 (XIV).

2. Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Al parecer, existió cierta conexidad entre las circunstancias históricas que motivaron las declaraciones de 1924 y de 1959, pues así como en la declaración ginebrina de siete lustros atrás influyó el intento de evitar la repetición de los desastres de la I Guerra Mundial, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 estarían latentes las terribles consecuencias de la II Guerra Mundial, por lo que resultó necesario garantizar la dignidad de la persona y, en consecuencia, la protección de los derechos humanos en general y los derechos de los niños en particular.

Resulta significativa la mención que hace el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 al carácter formal que atesoró el valor de igualdad en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Nótese en su letra una de las reivindicaciones fundamentales de los revolucionarios liberales: “toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella sin distinción de razas, color, sexo, religión, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; sin embargo, proclamaba una igualdad puramente formal, que configuraba una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcance de la ley. Trataba fundamentalmente de igualar los efectos de la ley en relación a sus destinatarios. Por tanto, la igualdad ante la ley estuvo más en función de sus propios efectos que de la verdadera igualdad de los ciu-

⁷⁴ El art. 25.2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10/12/1948 dispone: “La maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Díaz de León, Marco Antonio, *Vademécum de derechos humanos*, Indepac, México DF, 2004, p. 108.

dadanos. Por lo que éste no sería un paradigma fidedigno de igualdad material respecto de los derechos del niño. No obstante, se percibía cierto atisbo de preocupación por una protección de la persona del niño, debido a la falta de madurez física y mental que le caracterizaba, pero desde una mirada proteccionista y —por qué no decirlo— paternalista, interesada en el bienestar del niño. De tal suerte, se proclama la Declaración de los Derechos del Niño en función de la “felicidad” y goce de los derechos y libertades que en ella se enuncian, así como instar a los padres y otros al reconocimiento de esos derechos.

Si miramos el sentido de los vocablos expuestos en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, llaman la atención expresiones indefinidas que le imprimen al documento cierta ambigüedad. ¿Qué significa para un niño tener una infancia feliz? ¿Qué elementos configuran su propio bien? Y aún más controvertido: ¿el bien de la sociedad? ¿Acaso el goce de derechos y libertades determinan una eficaz realización de tales?

Lamentablemente, los diez principios enarbolados en el tratado internacional no ofrecen respuesta acabada a las interrogantes formuladas, pero tampoco por ello puede negarse el valor histórico y jurídico que representó a mediados de siglo XX un documento que incorporara las nuevas tendencias de protección de los derechos humanos en general (valores de igualdad, libertad y seguridad) y de los derechos de los niños en particular. Todo lo cual se traduciría en un avance tanto en el reconocimiento de nuevos derechos, cuanto en una especificación de derechos que ya se reconocían genéricamente en la Declaración de Ginebra⁷⁵.

3. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Al hilo del recorrido histórico queda demostrado el desconocimiento de los derechos del niño en los albores del siglo XX. Sin embargo, la evolución de los derechos, unida a la transformación que ha experimentado el concepto de igualdad desde su positivación en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26/8/1789, y su matización en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, precepto normativo que tiene en cuenta no sólo la noción de dignidad, sino el requisito adicional del ser humano dotado de “razón y conciencia” bastaría para afirmar la existencia de derechos iguales e inalienables de “todos los miembros racionales de la familia”, requisito y expresión que obviamente, excluirían al niño.

Hubo que esperar al tercer parto de nuestra era tecnológica, un parto sin el dolor de la violencia revolucionaria que caracterizó a los partos históricos anteriores, para que asomara una tercera generación de derechos específicos por razón del sujeto⁷⁶ (derechos de las mujeres, *de los niños*, de las minorías, de los minusválidos, de los ancianos) o específicos por razón del objeto (derechos medio ambientales, derechos sobre el código genético, derechos informáticos). Significa ello una transformación de

⁷⁵ Campoy Cervera, Ignacio, “Notas sobre la evolución en el reconocimiento y protección internacional de los derechos de los niños”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertades*, ps. 279/327.

⁷⁶ Hierro, Liborio L., “El niño y los derechos humanos”, en Fanló, Isabel, *Derechos del niño. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2008, ps. 177/178.

aquel *supra* concepto de igualdad, que cede paso a la *igualdad dentro o en la ley*, y despiden la noción de *igualdad ante la ley*, porque los aludidos grupos sociales, debido a la situación de desventaja que les caracteriza, requieren una acción positiva, que se traduce en un trato favorable que les permita superar la situación de inferioridad real, configurándose lo que se ha dado en llamar principio de acción positiva y de discriminación inversa.

Varios son los autores que manejan la anterior manifestación de igualdad material —en doctrina foránea—: Norberto Bobbio, Peces Barba, García Morillo —en doctrina nacional—, Villabella Armengol. Sin embargo, ninguno de los mencionados ubica a los derechos del niño dentro de la tercera generación de derechos, cuestión que si bien excede de los límites del presente trabajo, nuestra opinión en ese sentido es afirmativa; los derechos del niño son derechos humanos de tercera generación, derechos que estarán determinados por las necesidades específicas de cada etapa del desarrollo del niño. Razón suficiente para entender el proceso inverso de aparición de los derechos del niño, en el que desde la declaración de 1959 se reconocen al niño derechos de segunda generación, derechos prestacionales que implican un actuar por parte del poder público y, en consecuencia, un papel pasivo al niño y más tarde en el decurso histórico, asoman los derechos civiles y políticos, que suponen una participación y autonomía del niño.

Justamente esa línea de pensamiento condensa la *mens legis* internacional, cuando integra al plexo jurídico los “nuevos derechos” consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁷ del 20/11/1989. Expresión jurídica positiva del proceso de especificación de los derechos del niño y presupuesto normativo que nos hace valorar la inclusión de los derechos de niños y niñas dentro de la tercera generación de derechos humanos. La mención de “viejos” y “nuevos” derechos del niño constituye una aportación doctrinal⁷⁸ a los efectos de identificar los primeros derechos que históricamente han obtenido reconocimiento en el plano jurídico, es decir, los derechos de prestación, tales como derecho a la salud y derecho a la educación, proclamados en los arts. 3º y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El contenido de estos derechos estaría determinado por deberes “positivos” a cargo de terceros; en cambio, los “nuevos derechos” se refieren al disfrute de algunas esferas de libertad generalmente entendidas, que para los niños no quedaron expresamente reconocidas hasta la aprobación definitiva de la convención de 1989, revelación de una “etapa fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos”⁷⁹.

⁷⁷ La evolución de los derechos humanos, impulsada por la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU, motivó al gobierno de Polonia a presentar en 1978 ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una propuesta de Convención sobre los Derechos del Niño y que terminaron por concretarse diez años después, con la adopción por unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas de su res. 44/25, del 20/11/1989, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁸ Fanló Cortés, Isabel, “Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico” (soporte digital).

⁷⁹ Baratta, A., “Democracia y derechos del niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nro. 9, Santiago de Chile, 2007, p. 17.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

La delimitación conceptual de la noción de niño no es cuestión que pueda revelarse desde un plano estrictamente jurídico. Se trata de un concepto construido social e históricamente que requiere una mirada interdisciplinaria respecto de su gestación y definitiva consolidación. En tal sentido, el *iter* histórico viene a condicionar sucesivas etapas en la construcción del concepto de niño que datan de la Antigüedad hasta la modernidad, así como la evolución en el reconocimiento de los derechos del niño.

El siglo XVII puede ubicarse como línea divisoria de aguas en la historia de la infancia. Con menores o mayores sufrimientos, el niño fue concebido como simple propiedad de sus padres, la familia o la comunidad desde la Roma antigua hasta finales de siglo XVI, período histórico en el cual la niñez era definida por una etapa negativa que debía ser superada con vista a la formación del futuro adulto.

En los umbrales del siglo XVII nace el sentimiento de infancia como categoría social y, en consecuencia, el niño comienza a asumir un valor y un rol en el contexto familiar insospechables en etapas históricas anteriores, que cobra mayor importancia en períodos sucesivos.

Si bien las primeras declaraciones de derechos proclamaron valores de igualdad y libertad para todos los seres humanos, silenciaron los derechos del niño, los que no vieron su luz hasta finales de siglo XX, que, en virtud del proceso de especificación de los derechos, asoman en una tercera generación, los derechos humanos específicos del niño.

La evolución de los derechos del niño puede sintetizarse en la conjugación de dos cuestiones importantes que determina el valor histórico y jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño: una, sintetizar en un solo cuerpo jurídico todos los derechos establecidos en la declaración de 1959, y otra, articular los derechos de prestación con los nuevos derechos o nuevos contenidos⁸⁰ surgidos de la evolución en la práctica y en la teoría de la protección de la infancia. Tales ideas condensan el carácter inverso que adopta el proceso de especificación de los derechos en el caso de los niños. Son los derechos sociales, económicos y culturales los primeros que se le reconocen en su condición de persona (derechos de contenido positivo, que implica a los padres, tercero o sociedad la obligación de hacer algo). Sin embargo, no es hasta 1989 que la comunidad internacional entiende al niño en su condición de persona en desarrollo, y, por tanto, titular de derechos específicos derivados de la primera generación de derechos humanos, derechos civiles y políticos, traducidos en la libertad de expresión, pensamiento y religión que solamente fueron concebidos en un momento de la historia para las personas mayores de edad.

Sin dudas, una vez valorado el cambio fundamental que determina una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia en las postrimerías de siglo XX, puede sintetizarse que es en el ámbito jurídico donde las particularidades de esta

⁸⁰ Un elemento significativo del proyecto de la convención es la creación o establecimiento de nuevos derechos, entre los que destaca el derecho del niño a preservar su identidad, reconocido en los arts. 7° y 8°, y el sistema de adopción regulado en el art. 21. Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación...*, cit., p. 286, citando a Cerda, J. S., "The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 12, nro. 1, febrero 1990, ps. 115 y ss.

transformación cobran mayor vigencia. El reconocimiento de los derechos del niño⁸¹ trazado por la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 evidencian la construcción teórica del concepto de niño y el derrotero de la evolución de sus derechos.

⁸¹ Si bien son estos los instrumentos jurídicos internacionales encaminados a lograr un reconocimiento global a los derechos específicos de los niños, no deben soslayarse otros importantes tratados internacionales, defensores de forma más o menos directa los derechos de los niños. En ese sentido, se ha de mencionar en primer lugar la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU, formada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, todos ellos de 1966 (así recogido en *Derechos Humanos. La Carta Internacional de Derechos Humanos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1988). En la Carta se reconocen los derechos humanos, que son predicables de toda persona y también se establece en algunos de sus artículos una protección explícita de los niños; así en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 25.2 y el art. 26.3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los arts. 14.1 y 4, el art. 23.4 y el art. 24; y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 10, el art. 12.2.a) y el art. 13. Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación...*, cit.

CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

por ISAAC RAVETLLAT BALLESTE*

I. INTRODUCCIÓN

La persona menor de edad, por su condición de protegida, por no tener plena capacidad de obrar, puede eludir la responsabilidad negocial. Lo que, de modo indirecto, origina ciertas limitaciones especiales respecto de las actuaciones necesitadas de completa firmeza y no expuestas a impugnación.

La protección patrimonial del menor queda, por ende, confinada, en la actualidad, en torno a la apuntada limitación de su responsabilidad por propia declaración negocial. A diferencia del derecho anterior al Código Civil, se ha derogado el amparo general que se concedía al menor de edad frente a todos los actos que le produjeran lesión —mecanismo de la *restitutio in integrum*—, excepto el residuo que de ella se conserva en el art. 1291, punto 1º, CCiv.¹ El que contrata con el menor de edad queda ahora en situación más desventajosa que en la antigua normativa, pues depende del ajeno arbitrio la eficacia del contrato; pero con ello se facilita la protección del menor y también se reafirma indirectamente la autoridad de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, al poderse recabar la anulación del contrato sin las trabas que comportaba la prueba de la lesión.

A la luz de lo expuesto, no nos cabe la menor duda de que, en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos celebrados por los menores no emancipados no pueden calificarse, por principio, de inexistentes o nulos, ni de creadores de meras obligaciones naturales, ni de hacer absolutamente irresponsables, negocialmente hablando, a sus autores. El art. 1263, CCiv., impide que el consentimiento del menor de edad no emancipado tenga eficacia para concluir un contrato perfecto, al mismo tiempo que el art. 1302 de la propia norma civil, al permitir la anulación del contrato consumado, entrega a la voluntad del representante legal del menor —o de éste al alcanzar la mayoría de edad— el mantener su eficacia o impugnarla; en otras palabras,

* Prof. Asociado de la Universidad de Barcelona. Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

¹ Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial son rescindibles siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

asumir la responsabilidad contractual o ejercitar la excepción de falta de consentimiento perfecto². Además, al configurarse o ser categorizados como contratos meramente anulables, los celebrados por el menor de edad pueden ser ratificados o confirmados —arts. 1310 y 1313, CCiv.— e incluso ser objeto del contrato de fianza —art. 1824, CCiv.³—.

Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, nos parece oportuno profundizar en el régimen de ineficacia negocial que presentan las relaciones contractuales en nuestro contexto jurídico de referencia, para, posteriormente, estar en disposición de analizar cuál es el grado de incidencia que despliega la capacidad de obrar de los individuos —en nuestro caso, los menores no emancipados— en la validez y eficacia de los convenios celebrados entre particulares.

Finalizaremos el presente estudio refiriéndonos a la clásica cuestión del conocido como *dolo de menores*, es decir, cuando un menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la errónea creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que, de haber sabido que negociaba con un menor, no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades. En estos casos se plantea el interrogante sobre si se extiende a este supuesto de hecho la protección y el trato de favor dispensado al sujeto menor de edad tanto por el art. 1302, CCiv., permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el art. 1304, limitando o restringiendo la restitución a “*in quantum locupletiores facti sunt*”.

II. EL RÉGIMEN DE INEFICACIA NEGOCIAL DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido, dentro de las formas fundamentales de ineficacia negocial admitidas en nuestra normativa civil, cuatro supuestos claramente diferenciados entre sí: la inexistencia, cuando, por ejemplo, en el contrato falta algún elemento esencial para su formación —art. 1261, CCiv.—; la nulidad, cuando se celebra un negocio jurídico contrariando un mandato o prohibición legal —art. 6.3º, CCiv.—⁴; la anulabilidad o nulidad relativa, cuando la *stipulatio inter partes* se produce con un vicio o defecto susceptible de motivar la anulación por acción judicial

² Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, parte general, vol. II, primera parte, Bosch, Barcelona, 1981, p. 160, sostiene que la realización de actos por parte del menor no emancipado que no le están permitidos no comporta —necesariamente— la invalidez de ellos sino su ineficacia parcial y falta de firmeza.

³ La excepción que recoge el párrafo tercero del artículo 1824 del Código Civil respecto del préstamo hecho al hijo de familia recoge el recelo tradicional hacia estos contratos por su especial peligro y por atentar al poder del representante del menor. En opinión de De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, t. I, parte general, vol. II, primera parte, Bosch, Barcelona, 1981, p. 185, lo dispuesto sobre la fianza puede aplicarse por analogía a la prenda y a la hipoteca.

⁴ Muchos autores sostienen que la distinción entre inexistencia y nulidad es más una diferencia terminológica que real, que se va a refundir en una única forma de ineficacia como es la nulidad, la cual se producirá como consecuencia de dos tipos de causas: por la ausencia en el contrato de un requisito esencial del artículo 1261 del Código Civil o por la infracción de una ley imperativa según el artículo 6.3 del Código Civil.

—art. 1300, CCiv.—; y la rescisión, cuando del acuerdo de voluntades se deduce lesión o perjuicio para las partes o para terceros —art. 1290, CCiv.—⁵. De las cuatro hipótesis apuntadas, en el presente estudio nos limitaremos a desarrollar, únicamente, el régimen jurídico aplicable a las dos formas de ineficacia negocial que, por regla general, suelen acompañar el devenir de los actos de carácter patrimonial llevados a cabo de manera autónoma por parte de las personas menores de edad no emancipadas: la nulidad *ipso iure* y la anulabilidad. Ello sin olvidar, por supuesto, la existencia de toda una serie de actos, que ya sea porque la ley así lo autorice expresamente o bien por tratarse de aquéllos relativos a bienes o servicios propios de la edad, de acuerdo con los usos sociales, nuestro ordenamiento jurídico considera como plenamente válidos y eficaces, a pesar de haber sido concluidos directamente por una persona menor de edad.

1. Nulidad absoluta o de pleno derecho

Por nulidad absoluta o de pleno derecho ha de entenderse aquella imperfección de los contratos que les impiden alcanzar sus propios objetivos o finalidades, o, lo que es lo mismo, aquella forma de invalidez que es intrínseca o inherente a la perfección del propio negocio, impidiendo que genere los resultados esperados, sin necesidad de una previa impugnación o declaración —nulidad *ipso iure*—.

Las causas de nulidad radical de los contratos pueden sistematizarse en las siguientes categorías: en primer lugar, la infracción de normas imperativas o prohibitivas —art. 6.3º, CCiv.—, o cuando se trate de acuerdos contrarios a las leyes, a la moral y al orden público —art. 1255, CCiv.—; en segundo término, por carencia de algunos de los elementos esenciales constitutivos del contrato —art. 1261, CCiv.—; y, en última instancia, por no ajustarse a la forma exigida cuando ésta tenga carácter fundamental, es decir, no respetar la forma *ad solemnitatem* marcada por ley.

Los principales rasgos comúnmente atribuidos al régimen de nulidad de pleno derecho por la doctrina y la jurisprudencia españolas pueden resumirse y ser agrupados en los citados a continuación: a) no precisa declaración judicial alguna, ni una previa impugnación del contrato, operando, por el contrario, de manera *ipso iure*; b) cuando haya surgido, *de facto*, cierta apariencia negocial, podrá ser preciso, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar el amparo judicial, para lo que estará legitimado cualquier interesado, haya sido parte o no en el acuerdo; c) puede apreciarse de oficio por los tribunales, siendo, en todo caso, la resolución judicial de efectos meramente declarativos; d) el negocio nulo no produce efecto alguno, *quod nullum est nullum effectum producit*, en consecuencia, los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados a su tenor deben deshacerse; y, e) la nulidad es definitiva y no sana con el transcurso del tiempo, sin que sea posible su confirmación o subsanación⁶.

⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 9/7/1990, RJ\1990\5788, contiene el concepto y las diferencias existentes entre la nulidad y la rescisión contractual.

⁶ López San Luis, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, ps. 146/147. Muy clarificadoras son también las palabras consignadas en la sentencia del Tribunal Supremo de 4/4/1984, RJ\1984\1926, en la que se establece que “en los negocios

Conectando ahora esta manifestación de la invalidez negocial, la *nullitas*, con los actos realizados por sujetos que se encuentren en el estado civil de la minoría de edad, su régimen legal únicamente es de aplicación en aquellos supuestos en los que el menor de edad actúe con una falta o carencia absoluta de capacidad natural para entender y querer⁷. Es por ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias de flexibilizar la aplicación e interpretación de los arts. 1261 y 1263, CCiv., en relación con el art. 1301 del mismo cuerpo normativo, y entender que la nulidad de pleno derecho será menester tan sólo en aquellos contratos realizados por los menores de muy corta edad, por considerar que carecen del intelecto y la voluntad suficientes para comprender la trascendencia de su declaración y las consecuencias que de ella se deriven, mientras que en el resto de los casos, por defecto, se les aplicará el sistema de la anulabilidad.

No obstante, nuestra normativa civil —con la excepción del modelo aragonés⁸— no establece una edad a partir de la cual podamos considerar que un menor de edad, en la generalidad de los casos, reúne la aptitud necesaria para entender y querer. Tal circunstancia provoca que debamos atenernos a diversos criterios para delimitar, caso por caso, la concurrencia o no de la idoneidad suficiente para que un menor de edad pueda concluir válidamente determinados actos jurídicos patrimoniales. Tales pautas vendrían representadas, entre otras, por la demostración del hecho de la falta de conocimiento, admitiéndose para ello la prueba de presunciones, la edad que ostentare el individuo y la naturaleza del acto de que se trate⁹. Sin embargo, en otros grandes Códigos europeos, como el alemán, sí se identifica el momento cronológico a partir

jurídicos impugnados faltó el elemento esencial para la formación del acto o contrato, cual es el consentimiento por parte de doña María M. D. de la C. —artículo 1261 del Código Civil— por la incapacidad mental de ésta y tal declaración fáctica no se ha atacado por el cauce adecuado, es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de negocio radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable y cuya declaración pueden solicitar todos los interesados en la misma”. También traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30/6/2005, AC\2005\1168.

⁷ Jordano Fraga, Francisco, “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, t. LXVIII, p. 901, clasifica los actos realizados por los menores como radicalmente nulos cuando por las condiciones físicas o por la escasa edad del menor no puede existir un verdadero consentimiento, dado que faltaría uno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil.

⁸ El dec. legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas alberga, en su artículo 34.2, la presunción *iusuris tantum* de que los menores mayores de catorce años “ostentan aptitud de entender y querer para concluir un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario”. Precepto este que guarda estrecha relación con lo ordenado en el artículo 5, punto tercero, del mismo decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que declara que “la representación legal del menor —que corresponde a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto al tutor— termina al cumplir los catorce años; desde ese preciso instante, su capacidad se completa con la asistencia que en cada caso proceda”. *Vid.* en este sentido a Navarro Viñuales, José María, “Introducción a la legislación de derecho civil aragonés”, en *Legislación civil de Aragón, La Notaría*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 53.

⁹ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil...*, cit., p. 174.

del cual un individuo comienza a tener capacidad natural, señalándose en este caso concreto la edad de los siete años —art. 104 del BGB alemán de 1900—¹⁰.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10/6/1991¹¹, en la que se dejan sentadas las bases para la adecuada interpretación del art. 1263, CCiv. En el caso de autos el Tribunal Supremo estimó que el simple hecho de que el sujeto contratante fuera una persona menor de edad —de dieciséis años para ser más exactos— no significa que el negocio jurídico por él celebrado fuera nulo de pleno derecho, sino que, por el contrario, al tratarse de un acto relativo a bienes o servicios propios de su edad —adquisición de un *forfait* que le autorizaba a utilizar las instalaciones propias de una pista de esquí—, de acuerdo con los usos sociales, traían como consecuencia que esa relación contractual se convirtiera en perfectamente vâ-

¹⁰ Tal y como apuntan Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *Tratado...*, cit., ps. 140 y 148, el Código Civil alemán no dice quién es capaz para celebrar negocios jurídicos, sino que se ciñe a establecer los supuestos en que falta o está limitada esta capacidad. Así, son incapaces de celebrar negocios jurídicos: los menores de siete años —artículo 104—; y, en cambio, tienen limitada su capacidad, los menores de edad mayores de siete años —artículos 106 a 113—. Por su parte, Von Thur, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. I, “Las personas”, Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 403/407, apunta cómo en el derecho común alemán se equipararon menores e impúberes y, más tarde, con la ley de 1875 sobre el estado de las personas, se estableció la mayor edad a los veintiún años cumplidos. De esta forma nacieron los dos grados de edad del Código Civil: la infancia hasta los siete años y la menor edad que dura hasta los dieciocho. Los infantes carecen completamente de capacidad de obrar, los menores de edad tienen, sin embargo, capacidad de obrar limitada.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 10/6/1991, RJ\1991\4434. El caso de autos puede resumirse de la siguiente forma: en la estación de esquí de la Masella, sita en Alp —Girona—, que era explotada por la compañía Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus Sociedad Anónima, propietaria de las instalaciones y, entre ellas, de un telesquí de remontapendientes que conduce desde el Pla de Masella al Tossal de la Pia, el 19/9/1982, en ocasión de que el actor, don Jorge L. P., que a la sazón tenía dieciséis años de edad, provisto del correspondiente billete o tarjeta de abono —*forfait*— que por pago del precio correspondiente le autorizaba para realizar ese uso, se produjo el descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la mencionada instalación por causas no suficientemente determinadas, alcanzando éste al citado usuario y causándole importantes lesiones. En la fecha del accidente, la entidad titular tenía otorgada y vigente con la Sociedad Catalana de Seguros una póliza de seguro que cubría la responsabilidad civil general. Ante esta tesitura, don Jorge L. P. formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la institución propietaria de la estación de esquí y la entidad aseguradora, en la que interesaba la condena solidaria de los demandados al pago de veinte millones de las antiguas pesetas por daños y 464.093 pesetas por gastos. El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdà dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago a la parte actora de diez millones de pesetas por los daños sufridos y 206.301 pesetas por gastos. Don Jorge L. P. y la demandada Compañía de Seguros La Catalana interpusieron recurso de apelación. Y la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia por la que, con estimación del recurso, revocó la sentencia del juzgado en la medida en que condenaba solidariamente a las demandadas, absolviendo a la entidad aseguradora de toda responsabilidad. El actor y la empresa titular de las instalaciones de esquí interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, finalmente, declaró no haber lugar al recurso interpuesto por Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus SA y sí al que interpuso el actor, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la del juzgado de primera instancia.

lida e inatacable. Ello a pesar de la literalidad con la que se pronuncia el art. 1.263, CCiv., en el que se estatuye que “no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados”.

Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 10/6/1991 afirma expresamente que “en cuanto al recurso formulado por (...), aplicación indebida del art. 1301, CCiv., y por falta de aplicación del art. 1261 en relación con el art. 1263 del propio texto legal, y aplicación indebida del art. 1258 del repetido Código; la calificación por la sala *a quo* como contractual del vínculo obligacional nacido entre la entidad Telesquís de la Tossa de Alp, Dass y Urus SA y el actor recurrente, no resulta contradicha por la circunstancia de que éste fuere menor de edad y careciese, por tanto, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, según esta parte; tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello precisen de la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entender que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse como inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —las normas— atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas —artículo 3.1º, CCiv.—, y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o la anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esta clase de contratos la misma se hace innecesaria; por todo ello procede desestimar el motivo” —fundamento jurídico tercero—.

También sugerente resulta el estudio del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 21/1/2000, en que se plantea el interesante dilema acerca de la capacidad contractual del menor de edad ante la celebración de un contrato de compraventa en el que la vendedora era menor de edad y actuaba como representante de sus hermanos, también menores de edad, todos ellos propietarios a título hereditario de la finca objeto del litigio¹².

En la mentada resolución se cuestiona si la *emptio-venditio* está afectada, a la luz de los arts. 1300 y 1261, CCiv., de nulidad radical, o si más bien nos hallamos ante una hipótesis de anulabilidad, ya que, atendiendo a la decisión que se adopte dependerá, respectivamente, que se trate de una acción imprescriptible o de una *actio supeditada* —en contexto de validez claudicante— al plazo sanatorio previsto por el

¹² Sentencia del Tribunal Supremo nro. 24/2000, de 21 de enero, RJ\2000\113. En esa misma línea se había pronunciado el propio Tribunal Supremo unos años antes, en sentencia de 1/2/1986, RJ\1986\408, en un caso que afectaba a una compraventa realizada por una persona enferma por una demencia senil con anterioridad a su declaración judicial de incapacidad. Esta resolución apunta que “el estado mental originador de una disminución de aptitud volitiva e intelectual para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz, puede, según la doctrina de esta sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1263 número 2 del Código civil” —fundamento de derecho decimocuarto—. Otro caso similar al apuntado también se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/1998, RJ\1998\3230.

art. 1301, CCiv. El Tribunal Supremo, en el presente caso, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que desestimó la anulabilidad de la compraventa controvertida y declaró su nulidad radical, manifestando que “para la resolución del tema conviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con intervención efectiva y prestando su consentimiento, por lo tanto sin la capacidad jurídica exigida, pero que no son radicalmente nulas, pues el consentimiento contractual existe, si bien resultan aplazados sus efectos vinculantes. Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad puede efectuar su ratificación confirmatoria —arts. 1309, 1310 y 1311, CCiv.— justificando así el consentimiento prestado (...). Supuesto distinto es el del pleito, ya que sin perjuicio de la falta de capacidad de los menores que venden —incapacidades naturales por la edad—, sucede que salvo doña Elena M. B., sus otros cuatro hermanos no tuvieron intervención alguna en la compraventa que se discute, es decir que no prestaron ninguna clase de consentimiento a la misma, ya que no podían estar representados por doña Elena, al ser ésta menor de edad y carecer de la capacidad de obrar necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, que tampoco podían apoderar. Se trata de consentimiento inexistente que acarrea la nulidad radical del contrato —art. 6.3º, CCiv.—. No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida totalmente la relación jurídica —sentencia del Tribunal Supremo de 28/4/1977—, que cita las de 31/12/1886; 17/6/1908; 3/7/ 1923, así como las de 9/12/1953; 25/6/1929; 17/3/1963; 10/11/1969; y 14/3/1974” —fundamento jurídico segundo—.

Otro supuesto que debe ser tomado en consideración es el referente al tipo de ineficacia que afecta a los actos del representante legal de un menor no emancipado efectuados sin la correspondiente autorización judicial, siempre, claro está, que ésta venga exigida por la ley. Sobre este punto, la doctrina emanada de la sala Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado de una manera uniforme y taxativa¹³. En realidad, este órgano jurisdiccional no ha mantenido un único criterio de interpretación, sino que, por el contrario, su visión sobre el particular ha ido oscilando en atención a los casos concretos que se le han ido suscitando. A favor de la nulidad radical se pronunciaron las sentencias de 14/3/1983¹⁴, 10/3/1994¹⁵, 17/2/1995¹⁶ y 21/1/2000¹⁷, entre otras. El razonamiento seguido por estas resoluciones judiciales

¹³ Miralles González, Isabel, “Comentario al artículo 236-11 del Código civil de Cataluña”, en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.), *Persona y Familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, p. 1322, también pone de manifiesto que la doctrina que comenta el artículo 166 del Código civil español, debido a la falta de previsión normativa al respecto no se ha puesto de acuerdo en cuál es el régimen de ineficacia aplicable a los actos que se hubieran realizado sin autorización judicial, siendo ésta preceptiva. Plantea esta autora las principales líneas de pensamiento seguidas, que consideran estos actos o bien nulos o bien actos incompletos que deberían someterse al régimen del artículo 1259 del propio Código Civil español o bien ni inexistentes ni nulos, sino convalidables.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14/3/1983, RJ\1983\1475.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10/3/1994, RJ\1994\1731.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17/2/1995, RJ\1995\1105.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21/1/2000, RJ\2000\113.

se fundamentó, esencialmente, en dos tipos de argumentaciones técnicas. En primer lugar, la de entender que los actos de disposición realizados por el titular de la patria potestad —o la tutela, en su caso— sin autorización judicial son *per se* actos inexistentes, al faltarles uno de los requisitos esenciales para su validez; y, en segundo término, la de considerar que nos encontramos ante un acto nulo por ser contrario a una norma de carácter imperativo, de *ius cogens*; incurriendo, por tanto, en la sanción de nulidad contenida en el art. 6.3, CCiv.¹⁸.

Una modalidad o adaptación de la anterior línea jurisprudencial esgrimida por el Tribunal Supremo vino a declarar, igualmente, la nulidad del contrato celebrado sin la requerida autorización judicial, por tratarse, esta vez, de un acto realizado con extralimitación de poder. En estos casos, entiende el Tribunal Supremo, debieran ser de aplicación las prescripciones contenidas en el art. 1259, CCiv., en que se dispone que “el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”. Un claro ejemplo de esta segunda tendencia jurisprudencial lo encontramos en la sentencia de 9/12/1953¹⁹, en la que se manifiesta que en una situación como la descrita —representante legal que lleva a cabo un acto de disposición sobre bienes pertenecientes al patrimonio de su representado sin que medie la preceptiva autorización judicial— “es evidente la falta de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad”, así como que “la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el art. 1259, CCiv., y sólo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad”²⁰. Esta misma línea argumental la encontramos desarrollada en la sentencia de 21/5/1984²¹, en la que se dispone que aunque el negocio realizado sin autorización judicial sea en realidad otorgado sin poder de disposición, y, como tal, de por sí totalmente ineficaz, sea o no impugnado, como el defecto consiste en la omisión de una declaración de voluntad que, integrándolo, debió formar parte de él, puede ratificarse, por tratarse en definitiva de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable.

Otro sector de la jurisprudencia de la sala Civil del Tribunal Supremo ha optado, por el contrario, por la solución de la anulabilidad²². A estos efectos es muy ilustrativa la

¹⁸ De esta misma opinión es Llamas Pombo, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993, ps. 123 y 127.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9/12/1953, RJ\1954\284.

²⁰ En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25/6/1959, RJ\1959\2933.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21/5/1984, RJ\1984\2497.

²² Parte de la doctrina también se ha pronunciado en este sentido, entre ellos Menéndez Mato, Juan Carlos, “Comentario al artículo 166 del Código civil”, en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 287, y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia: ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se deter-*

sentencia de 3/3/2006²³, en la que se dispone que la actuación del representante legal sin la autorización judicial —para aquellos casos en que ésta sea preceptiva— no implica que falte el consentimiento negocial, sino que éste se ha dado, pero con una falta de complemento de capacidad. Esta ausencia provoca que el negocio jurídico que se celebra esté falto de la *capacitas* completa, lo cual da lugar a la anulabilidad. En el caso de autos, una madre enajena un piso titularidad de sus hijos, sobre los que ostenta ella sola la potestad, sin la correspondiente autorización judicial ex art. 166, párr. 1º, CCiv.²⁴. Ante esta situación, el Tribunal Supremo declara, en el fundamento de derecho tercero de la mentada resolución judicial, que “del art. 166, CCiv., no se deriva, en modo alguno, la nulidad radical que prevé el art. 6.3, CCiv.”. De esta forma, la actuación del representante legal sin la debida autorización judicial no implica una falta absoluta del consentimiento negocial —como se había alegado en el motivo del recurso—, sino que, en realidad, éste sí que se ha dado —conurrencia entre las declaraciones de voluntad de comprador y vendedor—, pero con ausencia total del complemento de capacidad exigido por la norma jurídica. El Tribunal Supremo concluye, en definitiva, que sí existió consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al art. 1261.1º, CCiv., aunque el de la parte vendedora adoleciera de la falta de autorización judicial. Esta carencia, por ende, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste sea, simplemente, anulable, y a que si los contratantes representados —por representación legal— no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años establecido por el art. 1301, CCiv., opere la confirmación por disposición de la ley, es decir, la llamada prescripción sanatoria por el transcurso del plazo de caducidad en que podría ejercitarse la correspondiente acción de anulación”²⁵.

A favor de la anulabilidad se pronuncia también el art. 236-31, CCiv. de Cataluña, que estipula que los actos efectuados por los progenitores, con relación a los derechos y los bienes de los hijos, que necesitan de autorización judicial —concretamente, los enumerados en el art. 236-7, CCiv. de Cataluña—, si se han realizado sin la mentada autorización, tienen el carácter de anulables. La acción para impugnarlos caduca a los cuatro años a contar desde el preciso instante en que los hijos alcancen la mayoría de edad o la emancipación, o de la reintegración judicial de la capacidad. Parece, pues, que el legislador catalán ha venido a superar todas las dudas doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia²⁶, señalando expresamente que la infracción de la regla que obliga a actuar tras la correspondiente autorización judicial dará lugar a la anulabilidad del acto²⁷. Esta es, precisamente, la misma consecuencia jurí-

mina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. vol. 2, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1119.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 3/3/2006, RJ\2006\5772.

²⁴ Si bien es cierto que el Código Civil exige tal autorización, no prevé, en cambio, explícitamente la sanción en caso de que se realice aquel negocio jurídico sin ella.

²⁵ Siguen esta misma tendencia las sentencias del Tribunal Supremo de 30/3/1987, RJ\1987\1839; 9/5/1994, RJ\1994\3894 y 23/12/1997, RJ\1997\8902.

²⁶ En este mismo sentido se pronunciaba el ya derogado artículo 154 del Código de Familia de Cataluña.

²⁷ En opinión de Miralles González, Isabel, “Comentario...”, cit., ps. 1322/1323, la norma catalana parece limitar la acción al propio menor o incapacitado cuando deja de serlo y evidentemente sólo por el plazo previsto.

dica que se prescribe para todos aquellos actos que se lleven a cabo sin el necesario complemento de capacidad²⁸ o en los que no interviene el defensor judicial cuando existe un conflicto de intereses que motiva su participación —art. 224-4, CCiv. de Cataluña—²⁹, así como cuando un no titular debe asentir los actos de disposición realizados por el titular del derecho —art. 231-9.2, CCiv. de Cataluña—³⁰.

En un sentido similar se pronuncia el artículo 19 del Código del Derecho Foral de Aragón, en que se manifiesta que serán anulables los actos realizados por el representante legal de las personas menores de catorce años que no hayan obtenido la debida autorización o aprobación por parte de la junta de parientes o del juez³¹. Esta *actio* puede ser ejercitada o bien a petición del representante legal que no haya intervenido en el acto, hasta que el menor haya cumplido los catorce años, o bien a petición del propio menor, con la debida asistencia, desde que cumpla catorce años. La acción prescribe a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido éste realizar el acto sin asistencia.

²⁸ Artículos 211-12.3 para el menor emancipado, 223-8 para los actos que debe complementar el curador, y 226-3 para los actos en que debe intervenir el asistente, todos ellos del Código Civil de Cataluña.

²⁹ Traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2/11/2010, JUR\2011\36200, en que se resuelve un supuesto en que una entidad financiera concedió dos tarjetas de crédito vinculadas a un contrato de cuenta corriente, sin tener en cuenta, ni por el padre ni por propio banco, el consentimiento del hijo entonces menor que tenía dieciséis años, pudiendo éste sufrir un grave perjuicio económico en caso de que el padre resultara insolvente, por cuanto la entidad bancaria podría dirigirse frente al hijo reclamándole el descubierto, que fue, precisamente, lo que ocurrió. En opinión del tribunal *ad quem*, se considera que el presente caso encaja perfectamente en el artículo 162.2 del Código Civil español, de acuerdo con el cual no opera la representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados cuando exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Lo dispuesto en esta norma tuvo que haberlo tenido en cuenta la entidad bancaria, cosa que no hizo, ya que no solicitó al menor su consentimiento a la hora de conceder las dos tarjetas de crédito solicitadas por el padre sujetas a la cuenta conjunta que éste suscribió con su hijo menor. La entidad financiera no tuvo en cuenta que no debía operar por existir el mencionado conflicto de intereses, con respecto a las tarjetas, el mecanismo de la representación legal del padre con respecto al menor de edad no emancipado, y por ello el banco no tendría que haberlas expedido. Finalmente, la Audiencia Provincial de Madrid resuelve que el artículo 1259 del Código Civil español es aplicable también al propio contrato de cuenta corriente indistinta, al existir el apuntado conflicto de intereses en relación con él y por tanto este contrato no ha de vincular al menor, sin que deba responder por la deuda generada por la conducta del progenitor, por lo que la entidad bancaria sólo está legitimada para exigir responsabilidad al padre por el descubierto producido, quedando el menor libre de toda responsabilidad frente a la entidad bancaria.

³⁰ Vaquer Aloy, Antoni, “Comentario al artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña”, en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.), *Persona y familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, p. 296.

³¹ Los artículos 14 —para las atribuciones a título gratuito— y 15 —para las de carácter dispositivo— del Código del Derecho Foral de Aragón enumeran los actos realizados por el representante legal del menor que no haya alcanzado todavía la edad de los catorce años que precisan de la debida autorización de la junta de parientes o de la autoridad judicial.

Finalmente, de entre las distintas opciones planteadas, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22/4/2010³², parece haberse decantado definitivamente, a diferencia de la preferencia adoptada por el legislador catalán y aragonés, por estimar que el tipo de ineficacia que afecta a los actos de los representantes legales —sean los progenitores o los tutores— efectuados sin la debida autorización judicial, que, recordémoslo, carece de regulación expresa en el Código Civil español —art. 166—, es la de considerarlos como actos incompletos, que no inexistentes, que deben someterse al régimen legal del art. 1259 del propio Código Civil³³.

En consecuencia, el acto efectuado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el art. 166, CCiv. español, se erige en un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca con la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. En suma, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no puede ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial, que deberá ser suplida, en su caso, por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2, CCiv. español, de modo que, no siendo ratificado, el acto deviene inexistente³⁴.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 22/4/2010, RJ\2010\2380. En el supuesto planteado, el padre vendedor no pidió la correspondiente autorización judicial para la venta de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos, menores de edad no emancipados, como herederos de ella y cesionarios del padre que renunció a su favor su cuota de gananciales. No consta probado ningún acto de ratificación efectuado por los hijos desde el momento en que alcanzaron la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos necesarios para su plena validez. Otro supuesto en que el Tribunal Supremo también ha optado por esta misma solución es el planteado en la sentencia de 5/2/2013, JUR\2013\38737, que aparece referenciada en el LL, nro. 8020, sección jurisprudencia, del 11/2/2013. En este caso se plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la posible nulidad de lo que podemos denominar como “práctica de contratación” respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo propiamente dicho.

³³ Son partidarios de esta misma postura Linacero de la Fuente, María A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, ps. 136 y 295, y Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, p. 539.

³⁴ La posición jurídica que adopta el Tribunal Supremo en su sentencia de 22/4/2010, RJ\2010\2380, para llegar a estas conclusiones se fundamenta en el hecho de que hay que integrar el artículo 166 del Código Civil, con lo que dispone el artículo 1259.1 del propio Código Civil, cuando fija que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin que tenga por ley su representación legal”. De esta lectura o interpretación de los artículos de referencia efectuada por el Tribunal Supremo se derivan los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto llevado a cabo por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial: a) el artículo 166 del Código Civil español es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 del Código Civil y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 del Código Civil es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya

2. Nulidad relativa o anulabilidad

Por lo que a la nulidad relativa o anulabilidad se refiere, el art. 1300, CCiv., establece que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261, CCiv., pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”. La anulabilidad se caracteriza, inicialmente, por ser un instrumento jurídico puesto por la ley a disposición de determinados sujetos, para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de tutela jurídica, de manera que se les deja a su arbitrio la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Esto provoca que el contrato anulable haya sido calificado como un negocio jurídico bilateral de eficacia claudicante, es decir, un contrato que se encuentra en una situación de latente provisionalidad, que puede evolucionar en un doble sentido o hacia dos posibles alternativas: ser definitivamente válido o no serlo³⁵.

Los menores de edad no emancipados, en la esfera contractual, gozan de una especial protección, es por ello que la doctrina considera que, al estudiar la posible eficacia de las relaciones negociales por ellos entabladas, hay que poner en correlación los arts. 1263.1 y 1300, CCiv., y llegar con ello a la conclusión de que, en principio y por regla general, son simplemente anulables³⁶. El art. 1263.1, CCiv., no puede entenderse de forma aislada³⁷, tal como nos indica el art. 1264, CCiv., sino conforme al

que deberán asumir las correspondientes deudas; c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 del Código Civil. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses; d) el propio artículo 1259 del Código Civil se añade a esta justificación, porque va a permitir que el contrato sea objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses. De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 del Código Civil, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar. Estas mismas premisas son las empleadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 8/7/2010, RJ\2010\6030.

³⁵ López San Luis, Rocío, *La capacidad...*, cit., ps. 149/152. *Vid.* también en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2/6/1989, RJ\1989\4283.

³⁶ En esencia, la jurisprudencia, desde tiempos pretéritos, es mayoritaria cuando proclama que los contratos celebrados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino anulables. A título ilustrativo, *vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de 29/11/1958, RJ\1958\3811; 19/12/1977, RJ\1977\4763, y 2/6/ 1989, RJ\1989\4283.

³⁷ Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol I, “Doctrina general del contrato”, Bosch, Barcelona, 1978, p. 44, califica el redactado del artículo 1263 del Código Civil como de sumamente impreciso. También, Santos Briz, Jaime, “Comentario a los artículos 1088 a 1314 del Código Civil”, en Albácar López, José Luis (Coord.), *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, artículos 1088 a 1444 del Código Civil, Trivium, Madrid, 1995, p. 975, considera que una interpretación declarativa del artículo 1263 del Código Civil prevé la existencia de bienes propios del hijo, cuyo dominio, usufructo y administración le corresponden en tal hipótesis, pudiendo contratar con esa base patrimonial. Actualmente, finaliza este autor, aparece indicada una interpretación extensiva de estas normas, alcanzando la contratación de estos menores a los numerosos supuestos de la contratación fáctica en que pueden intervenir. Por último, Torralba Soriano, Vicente, “La incapacidad contractual”, en *Estudio de derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 704,

art. 1302, del mismo cuerpo legal, del que extraemos que a partir del consentimiento del menor de edad se perfecciona el contrato, aunque con la particularidad de que éste no queda obligado de modo absoluto³⁸.

Llegados a este punto, es importante traer a colación la falta de adecuación de las palabras contenidas en el art. 1263.1, CCiv., con la práctica negocial habitual desarrollada por los menores no emancipados. Una lectura rápida y poco meditada de su contenido nos empujaría a proclamar que este precepto prohíbe a los menores no emancipados, contrariando así los usos del tráfico y el sentido conferido al párrafo segundo del art. 2º, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, todo tipo de actividad patrimonial.

Sin duda, esa falta de simbiosis entre la interpretación gramatical de la citada disposición normativa y la actividad comercial ordinaria desarrollada por los menores no emancipados ha obligado a tener que recurrir a una exégesis, en ocasiones un tanto forzada, de este precepto del Código Civil. Ciertamente, algunas de las explicaciones ofrecidas por parte de la doctrina científica para tratar de coonestar la significación y el alcance del art. 1263, CCiv., con la realidad práctica que le rodea nos ofrecen una más que notable dosis de artificiosidad, llegando incluso, en ciertas ocasiones, al extremo de ni tan siquiera clarificarnos suficiente y razonablemente el fundamento último que las ampara o sustenta³⁹.

Así, algunos autores, para legitimar la actividad transaccional ordinaria de los menores de edad, proponen presumir que, en estos casos, media una autorización implícita del guardador, o, mejor aún, que menor y guardador han renunciado tácitamente a la impugnación, mediante la acción de anulabilidad del negocio perfeccionado. Este pronunciamiento puede ser, además, complementado por aquellos que defienden y son partidarios de interpretar la cláusula del art. 1263.1, CCiv., con un notable grado de laxitud, por cuanto las necesidades del tráfico llevan a postular la definitiva validez

subraya que el apartado primero del artículo 1263 del Código Civil, al afirmar que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, parece indicar que tales menores no pueden contratar en ningún supuesto y, por el contrario, que los menores emancipados pueden hacerlo sin que les afecte ninguna limitación. Sin embargo, concluye el autor, ambas conclusiones son inexactas.

³⁸ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, t. II, "Derecho de la persona", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 174, defiende que la expresión "no pueden prestar consentimiento" contenida en el artículo 1263 del Código Civil lo que significa es que los menores no emancipados no pueden convenir un contrato perfecto, pues será claudicante en beneficio del menor. Por su parte, Bercovitz Álvarez, Germán, "Comentario al artículo 1263 del Código Civil", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, ps. 1513/1514, estima que el hecho jurídico de la minoría de edad no hace que el contrato se considere inexistente, puesto que el artículo 1263 del Código Civil debe interpretarse juntamente con los artículos 1301 y 1302 del citado texto legal. Se tratará, en principio, de contratos no nulos sino anulables —sólo por el menor o su representante legal—.

³⁹ Sánchez-Calero, Francisco J., "La capacidad del menor no emancipado", en *Libro-Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 1707, entiende que la doctrina ha hecho considerables esfuerzos para llegar a soluciones satisfactorias, y es unánime en la atribución de plena eficacia a los actos de que se trata, siempre que sean conformes a los usos sociales y a las circunstancias del menor. Pero en lo que no hay unanimidad es en la explicación sobre su eficacia.

de aquellas relaciones contractuales que lleven a cabo los menores no emancipados, y que, según los usos sociales vigentes en cada momento y lugar, deban reputarse concluidos con la tácita aquiescencia de su legal representante⁴⁰.

Otros juristas, por su parte, encuentran una explicación de tipo consuetudinario a la validez de esos actos; lo cual, bajo su particular parecer, sirve tanto para delimitar la esfera en la que al menor se le reconoce esa capacidad —los actos socialmente admitidos para cada edad—, a la vez que proporciona un criterio objetivo y flexible para deslindar su verdadero ámbito de intervención⁴¹.

En tercer lugar, también hay quienes salvan los impedimentos contenidos en el art. 1263.1, CCiv., refugiándose en la literalidad del art. 162, párr. 2º, punto primero, del propio texto legal. No obstante, la amplitud de los términos en que se manifiesta este último precepto, que exceptúa de la representación legal de los padres “los actos que el hijo de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”, y las divergencias que su interpretación han suscitado, producen un elevado grado de incertidumbre jurídica.

Por último, un sector minoritario de la doctrina ha acudido a la vía de la representación para justificar la validez de las actuaciones autónomas realizadas por los menores no emancipados, sosteniendo que, cuando éste actúa negocialmente con una voluntad propia, lo hace como mandatario o representante de sus progenitores o tutor, en su caso⁴². Además, tratándose de la adquisición de objetos o servicios que los mismos representantes legales hubieran debido suministrar al menor, cabría recurrir a la idea de que tal menor está cumpliendo una obligación o un quehacer propio de los progenitores, y, por consiguiente, gestionando oficiosamente los negocios de éstos⁴³.

⁴⁰ Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol I, “Parte general: sujeto y objeto del derecho”, Bosch, Barcelona, 1979, p. 325. De la misma opinión es Torralba Soriano, Vicente, “La incapacidad...”, cit., ps. 705/706, quien se reafirma en postular que la autorización tácita —refiriéndose a los ámbitos en que los menores contratan socialmente con plena eficacia— viene a producir el efecto práctico de que a los menores se les considera capaces para contraer tales relaciones. Ésta es también la visión que nos proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 10/6/1991, RJ\1991\4434, en su fundamento de derecho tercero.

⁴¹ Siguiendo ese planteamiento, Martínez de Aguirre, Carlos, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1992, ps. 1442/1443, esgrime, en primer lugar, una serie de argumentos para tratar de justificar su opinión; y, a continuación, y tras reconocer la existencia de múltiples escollos para su admisión, ofrece nuevos argumentos para superar tales obstáculos.

⁴² En contra de esta solución se manifiesta Sánchez-Calero, Francisco J., “La capacidad...”, cit., p. 1707, quien alega que el menor de edad carece de la capacidad de obrar necesaria para ser representante y que los derechos y deberes resultantes del negocio representativo los adquieren, en realidad, los progenitores, lo cual resulta un tanto absurdo. A pesar de estar de acuerdo, en el fondo, con lo afirmado por este autor, no compartimos la forma como lo argumenta. De este modo, y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1716 del Código Civil, entendemos que el menor no emancipado sí que puede llegar a ser y actuar como representante o apoderado.

⁴³ Relacionado con esta materia, Hernández-Moreno, Alfonso, “Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*,

En definitiva, los contratos celebrados por un menor no emancipado, que reúna unas condiciones de raciocinio y madurez mínimas, serán válidos, pero de eficacia claudicante y podrán ser impugnados por su representante legal en el plazo de cuatro años, o por el propio menor de edad durante ese mismo plazo de tiempo, una vez emancipado, siempre y cuando el representante legal no lo hubiera confirmado previamente⁴⁴. Estos contratos están, en suma, sometidos al régimen legal de la anulabilidad —arts. 1301 y ss., CCiv.—.

En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia, corroborando que los negocios jurídicos otorgados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino simplemente anulables. Ahora bien, tal y como se encarga de recordarnos la sentencia del Tribunal Supremo de 28/4/1977, hay que especificar, en todo caso, “si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, ya que en el primero de los supuestos el contrato será inexistente, mientras que en el segundo tan sólo anulable”.

Los efectos resultantes del ejercicio de la acción de anulabilidad tienen carácter retroactivo, y quedan, por tanto, referidos a la fecha del otorgamiento del contrato. Ello significa que la anulación privará a las partes de todo instrumento legal para reclamar la ejecución de las prestaciones, y si las obligaciones derivadas de ese negocio jurídico ya han sido cumplidas, nacerá el deber de restitución recíproca entre el *solvens* y el *accipiens*, según el art. 1303, CCiv., con la singularidad de lo dispuesto en los arts. 1305 y 1306 también del CCiv.

Una de las excepciones al régimen restitutorio previsto en el artículo 1303 del Código Civil se obra cuando la causa de anulabilidad procede de la falta de capacidad de uno de los contratantes, por ejemplo, propiciada por el hecho de ser menor de edad. En estos casos, y de acuerdo con lo preceptuado por el art. 1304, CCiv., “no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera”. Un cierto paralelismo con esta prevención dispositiva lo encontramos establecido en el art. 1163, CCiv., que se pronuncia constatando que “el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”, siendo al que afirme que el cumplimiento ha redundado en beneficio del menor al que corresponda la carga de la prueba.

La finalidad de un precepto del estilo del art. 1304, CCiv., no es otra que la de arbitrar una protección patrimonial completa y adecuada de los niños, niñas y adoles-

nro. 11, abril-junio 1980, p. 442, sostiene que si un menor no emancipado puede contratar, si bien de acuerdo con el régimen jurídico que preside la contratación de los menores en general, con mayor motivo podrá ser investido de la facultad de representar a otra persona, en cuyo único y exclusivo beneficio o perjuicio se producirán los efectos de la actividad sustitutoria y representativa del menor. El mismo autor reitera esa idea en Hernández-Moreno, Alfonso, “Comentarios y anotaciones acerca del artículo 1716 del Código civil”, en Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *Tratado...*, cit., ps. 440/449.

⁴⁴ Esta confirmación, por parte de los representantes legales de los actos realizados por el menor de edad, priva a éste de que una vez que salga de la patria potestad o tutela pueda anular el acto, por lo que somos partidarios de entender que en el supuesto de que esta confirmación le genere al menor de edad un daño o perjuicio, éste pueda solicitar la indemnización correspondiente a sus representantes legales, por el ejercicio irregular de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela.

centes. El mecanismo de la anulabilidad, aisladamente considerado, se convertiría en una especie de instrumento de amparo y defensa de los intereses económicos del menor de carácter meramente ilusorio, si, fruto de la aplicación del art. 1303, CCiv., —que arbitra la restitución de lo por ellos dado—, se vieran compelidos a pagar, con cargo a su fortuna, el equivalente de lo recibido o malgastado. El enriquecimiento, al que hace mención el art. 1304, CCiv., no consiste sólo en un aumento material y duradero del caudal económico, sino que exige también un empleo beneficioso por el incapaz de lo percibido. Por tanto, se entiende que tras la aludida expresión se esconde el aumento real o el beneficio experimentado por el patrimonio del menor, así como la evitación de un gasto o cuando la prestación haya venido a satisfacer carencias del individuo. Por ello no basta que los bienes objeto del contrato hayan ingresado en el haber del menor, sino que es menester que impliquen un incremento de éste o atiendan a sus necesidades⁴⁵. En suma, el menor ha de obtener una utilidad objetiva, que se consigue con un incremento patrimonial o un ahorro de gastos. La carga de la prueba del enriquecimiento injustificado recae sobre la parte que alega y reclama la restitución del menor, es decir, el contratante capaz⁴⁶.

Llegados a este punto, no debemos descuidar que los derechos especiales navarro y aragonés mantienen vigentes ciertas peculiaridades en este extremo. En Navarra, por ejemplo, se prevé la nulidad absoluta de las declaraciones de voluntad emitidas por los menores no emancipados —ley 19 de la Compilación del Derecho Civil foral de Navarra—. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 50 del propio Fuero Nuevo de Navarra, que estipula que los púberes —personas mayores de catorce años— ostentan capacidad para los actos determinados en la Compilación, y que los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no

⁴⁵ Vila Ribas, Carmen, “Comentarios al artículo 1304 del Código civil”, en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.), *Comentarios...*, cit., p. 1434. En idéntico sentido, Colás Escandón, Ana María, “Comentario al artículo 1304 del Código civil”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios...*, cit., p. 1568, y O’Callaghan Muñoz, Xavier, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2001, p. 1322.

⁴⁶ Sobre lo que hay que entender por enriquecimiento en el artículo 1304 del Código Civil, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 15/6/1918, en la que se establece que “el enriquecimiento al que se refiere el artículo 1304 del Código Civil consiste, no en la mera entrega de cierta cantidad en préstamo, sino en que el que afirma el enriquecimiento acredite cumplidamente que la suma recibida por el incapaz ha producido aumento o beneficio en su patrimonio”; y en esa misma línea argumental las sentencias del Tribunal Supremo de 22/10/1984; de 15/2/1952; de 2/1949, que declaran que “el artículo 1304 del Código Civil, con antecedentes en el antiguo privilegio *“in integrum”*, acogido en las legislaciones romana y patria en favor de incapacitados, viene siendo interpretado por la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la nutrida doctrina científica, en el sentido de que el enriquecimiento del incapacitado que le obliga a restituir lo que hubiese recibido por razón del contrato nulo que se celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, como excepción a la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el artículo 1303 del Código Civil”. Más moderna, aunque sin variar esa visión del artículo 1304 del Código Civil, es la sentencia del Tribunal Supremo, de 9/10/2003 en su fundamento de derecho tercero, RJ\2003\7736.

se contraigan obligaciones —pues en nada les perjudican—, aunque contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

En Aragón, por su parte, se ha optado por marcar con claridad una distinción entre el menor que ha cumplido los catorce años del que todavía no lo ha hecho. Al primero se le reconoce la capacidad para realizar toda clase de actos y contratos —art. 23.1, Código del Derecho Foral de Aragón⁴⁷—; no tiene, por extinción, representante legal —arts. 5.3 y 12.1 a *sensu contrario* del Código del Derecho Foral de Aragón—, si bien es cierto que, en la mayoría de los supuestos, la plena validez de sus actuaciones requiere de la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores o, en su defecto, del tutor; y, finalmente, su voluntad es decisiva para consentir intromisiones en los derechos de la personalidad —art. 24.1 del Código del Derecho Foral de Aragón—. Mientras que el segundo —menor de catorce años— opera de ordinario a través de las intervenciones de su representante legal, excepción hecha de los actos relativos a los derechos de la personalidad y demás enunciados en el art. 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, que ejercita él mismo si reúne suficiente juicio para ello⁴⁸.

3. Actos realizados por los menores de edad no emancipados perfectamente válidos y eficaces

Por último, una vez dispuesto el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por un menor no emancipado, tanto si ostenta capacidad natural —anulabilidad— como si no lo hace —nulidad absoluta—, nos quedaría por examinar una tercera categoría, integrada por aquellos actos llevados a cabo por una persona menor de edad, de manera totalmente autónoma, perfectamente válidos, cuando, en relación al propio contenido y naturaleza de ellos, a la edad y al grado de discernimiento que presente el individuo, se estime que reúne condiciones intelectivas y volitivas suficientes como para expresar un verdadero consentimiento⁴⁹. Dentro de esta especie podemos

⁴⁷ Precepto que es fiel a las pautas caracterizadoras de la regulación secular de la capacidad del menor mayor de catorce años del derecho aragonés. De hecho, este artículo 23 reproduce casi en su literalidad la mayor parte del ya derogado artículo 5.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

⁴⁸ El artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón establece: “El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) ejercer los derechos de la personalidad; b) otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales; c) llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia”.

⁴⁹ En este sentido, Manresa y Navarro, José María, “Comentario al artículo 1301 del Código Civil español”, en *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid, 1950, ps. 636/637, considera que es más difícil clasificar con precisión el caso de contratos celebrados por menores, puesto que la incapacidad de éstos es a la vez reflejo de la que supone el desarrollo aún no concluido, y de la organización familiar, no cabiendo otra solución que atender a la edad en que celebró el contrato y al predominio que entonces tuviera la incapacidad natural o la puramente legal para producir ésta. La ley parece considerar este caso como de nulidad estricta, no de inexistencia, puesto que fija plazo para que, transcurrido, se extinga la acción; pero con ello se refiere, sin duda, a contratos celebrados cerca de la mayor edad; mas no puede referirse a los que se celebren con un niño, que han de reputarse, por lo general, inexistentes. La importancia

englobar todas aquellas acciones que la ley permite a las personas menores de edad celebrar por sí mismas —arts. 162.1 y 3 y 164.3, CCiv.— y las que éstas celebren, con el consentimiento de sus progenitores o tutores, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico así lo autorice —art. 164.3, *in fine*, CCiv.—.

De igual modo, también debemos incorporar dentro de esta enumeración los actos realizados de manera absolutamente libre e independiente por parte de un menor de edad, es decir, sin necesidad alguna de intervención de sus representantes legales en sustitución o complemento de su capacidad, a pesar de que su ejercicio no esté expresamente permitido por la ley, cuando ellos estén socialmente admitidos⁵⁰

del contrato y la edad del menor son las bases, y si bien en los extremos de ésta no hay duda, surge la dificultad en los grados medios, pareciendo lo más lógico referir la nulidad a la época en que la ley autoriza la emancipación y la inexistencia a aquella otra en que ésta no es posible.

⁵⁰ Ejemplificativa en este sentido es la sentencia 11/2007 de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11/1/2007, JUR\2007\178715, en la que un adolescente de 17 años, tras recibir un adelanto del sueldo —1700 euros— por parte de la entidad para la que trabajaba, alega la nulidad del contrato de mutuo por falta de consentimiento al no poder éste tomar dinero a préstamo. Frente a esta situación, confirmando la resolución del juzgador de instancia, el órgano de apelación entiende que “aplicando analógicamente las normas del Código Civil relativas a la emancipación, a las que se debe añadir el artículo 3 del mismo cuerpo legal, puesto que hay que estar a la realidad social del momento en que se aplican tales normas, siendo común que un joven de diecisiete años, que tiene un trabajo independiente, solicite un anticipo de la nómina para adquirir un ciclomotor, y si por último se tiene igualmente presente el espíritu de la Ley Orgánica de 15/1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en cuyo artículo 2 establece que las restricciones de capacidad de obrar de los menores habrán de interpretarse de forma restrictiva, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no existe nulidad del contrato suscrito”. Otro caso es el resuelto por la sentencia 157/2004 de la Audiencia Provincial de Cantabria de 28/4/2004, AC\2004\1000, en el que unos padres ejercitan una acción de responsabilidad civil extracontractual frente a un establecimiento en el que sus hijos, ambos de 16 años de edad, se realizaron, previo pago, cada uno de 20.000 pesetas, la impresión de sendos tatuajes. Los tatuajes se realizaron satisfactoriamente, sin complicaciones de tipo sanitario o estético. Eso sí, enterados los progenitores de la existencia de los tatuajes, acudieron con sus hijos a un médico de cirugía estética para que se los eliminaran. El borrado de los tatuajes se hizo mediante la técnica de abrasión cutánea, quedando como consecuencia de ésta una secuela estética permanente, al haber reaccionado hipertróficamente las cicatrices tras la dermoabrasión. Los progenitores optaron por ejercitar la acción aquiliana porque entendían que no existía contrato ni puede existirlo entre los menores y la tatuadora, toda vez que éstos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1263 del Código Civil, no pueden prestar el necesario consentimiento que como requisito el contrato exige, y entienden que la tatuadora incurrió en negligencia al no haberse cerciorado de la mayoría de edad de los menores, o al no haberles negado la prestación hasta la acreditación de autorización fehaciente de los padres o representantes legales de aquéllos. Ante tal argumentación, el tribunal *ad quem* declara no haber lugar a la acción de responsabilidad civil extracontractual, ya que en el presente caso parece claro que entre los menores de edad —con dieciséis años cumplidos— y la demandada existió un contrato de arrendamiento de servicios, y que las obligaciones recíprocas de ese contrato se cumplieron por ambas partes: los menores pagaron el precio del arrendamiento y la demandada les ejecutó los tatuajes correctamente y sin que se produjeran reacciones indeseadas. En esta misma línea se pronuncia, describiendo la realidad portuguesa, Martins, Rosa, “Menoridade, (in)capacidades e cuidado parental”, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nro. 13, Coimbra, 2008, ps. 113/115.

—en expresión utilizada por el Código Civil de Cataluña, “aquéllos relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales”⁵¹—.

Según el parecer de la doctrina mayoritaria, concebir estos actos de la vida corriente de las personas menores de edad como socialmente aceptados y eficaces, lo que logra es: en primer lugar, reconocer al individuo, desde épocas muy tempranas, un campo de actuación particular, que se verá progresivamente ampliado en la medida en que los usos sociales ligan esa creciente capacidad de actuación autónoma a la edad de los sujetos; en segunda instancia, permitir que el menor de edad vaya tomando parte en el tráfico jurídico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su patrimonio; y, por último, garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica, puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de estos actos que un menor de edad puede ejecutar, en vinculación directa con su edad, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor de edad⁵².

En suma, los contratos celebrados por menores de edad pueden resultar: radicalmente nulos, en caso de no constar verdadero consentimiento. Tal situación sólo se producirá cuando se dé en el menor de edad una total ausencia de capacidad natural; relativamente nulos o anulables, si el menor de edad celebra contratos en principio válidos, pero de eficacia claudicante en las condiciones previstas en los arts. 1300 y ss., CCiv.; y, perfectamente válidos y eficaces, cuando en relación a su contenido y naturaleza, el menor, por su edad y nivel de desarrollo, posea condiciones de juicio y entendimiento suficientes para expresar un verdadero consentimiento —art. 1261.1 en relación con el art. 162.2.1, ambos del CCiv.—.

III. LA POLÉMICA CUESTIÓN DEL CONOCIDO COMO “DOLO DE LOS MENORES”

Un último aspecto a tener en cuenta que plantea la intervención negocial de los menores en el tráfico jurídico con relación a los terceros contratantes es la clásica cuestión del llamado *dolo de los menores*⁵³; es decir, cuando el menor de edad, a tra-

⁵¹ Vid. en este sentido el artículo 211-5, apartado b), del Código Civil de Cataluña. En un sentido similar se pronuncia el Código del Derecho Foral de Aragón, en su artículo 7.1, apartado b), al especificar que “el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales”.

⁵² Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1992, p. 1.443, e Yzquierdo Tolsada, Mariano, “La patria potestad”, en Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (coords.), *Tratado de derecho de la familia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 119.

⁵³ Lauroba Lacasa, María Elena, *El pago al acreedor incapaz (análisis del artículo 1163.1 del Código civil)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, p. 60, identifica el caso del menor —el protegido por la ley— que induce, con maniobras fraudulentas, al deudor capaz a que le pague a él en el marco de una obligación válidamente constituida, como una variante del “dolo de los incapaces”.

vés de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que, de haber sabido que negociaba con un menor, no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades —manifestación del dolo esencial del art. 1269, CCiv.—.

Esta situación queda reservada para aquellos casos en los que es de aplicación el régimen general de especial protección de la eficacia claudicante del contrato en beneficio del menor de edad, no, obviamente, en aquellos otros en los que, por el carácter del negocio y la edad del individuo, éste actúa dentro del ámbito de su propia esfera de autonomía o competencia —ya sea por estar habilitado para ello por ley o porque socialmente así se le reconoce⁵⁴—. También quedarían fuera, por supuesto, aquellas situaciones en las que el menor de edad careciera absolutamente de intelecto y voluntad suficientes para llegar a comprender y querer el contenido y las consecuencias derivadas del acuerdo adoptado. En otras palabras, cuando el contrato fuera nulo de pleno derecho.

Las *maquinaciones insidiosas* del menor de edad —que presuponen, evidentemente, un mínimo de capacidad natural y unas ciertas aptitudes mentales y volitivas— están, pues, precisamente dirigidas a rebasar el límite de lo que social y jurídicamente se le consiente actuar, por sí, con plena validez, y, simultáneamente, a hacerlo de tal forma que evite las prevenciones suscitadas en quien en modo alguno interesa contratar con un régimen que pone la subsistencia del contrato en manos del propio menor o de sus representantes legales.

Esta actuación dolosa del menor presenta un aspecto muy especial y particular que lo diferencia del dolo en la formación de los actos jurídicos en general. Por lo regular, la intención u objetivo del sujeto con capacidad limitada no es la de imponer una relación contractual desventajosa a la otra parte, sino a la inversa, dejarla sin efecto; es más, ese vínculo negocial, habitualmente, suele ser beneficioso o satisfactorio para el interviniente capaz. De aquí que éste, en principio, no muestre interés alguno en la nulidad del convenio, sino, al contrario, en su subsistencia. En definitiva, será precisamente el menor de edad quien, para sustraerse de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades, invoque su incapacidad, con el firme propósito de finiquitar el acto jurídico que excede de sus aptitudes negociales, viniendo a ser justamente esta anulación la que causa perjuicio al estipulante de buena fe.

De la redacción del art. 1302, CCiv., se desprende que la parte que no puede impugnar un contrato anulable por cuestiones de capacidad se encuentra en una posición incómoda y endeble, en cuanto que los efectos del negocio penden en manos de otras personas, pudiéndose llegar a mantener esa situación de objetiva inseguridad durante un considerable período de tiempo⁵⁵. Se desprende, por consiguiente, que el Código Civil no parece preocuparse, en modo alguno, de la situación del contratante no legitimado para accionar, acaso por suponer que es siempre culpable, causante de la anulabilidad y, por ende, indigno de protección. En otras palabras, traemos a colación y aplicamos a rajatabla el adagio de "*qui cum alio contrahit vel est, vel debe*

54 Jordano Fraga, Francisco, "La capacidad...", cit., ps. 901/903.

55 Delgado Echeverría, Jesús: "Comentarios al artículo 1302 del Código civil", en Albaladejo García, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, p. 14.

esse non ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit” —el que contrata con otro, sabe o no debe ignorar la condición de éste—⁵⁶.

Tal circunstancia nos lleva a afirmar que la única opción válida de quien en esta forma conviene consiste en soportar la vigencia del acuerdo suscrito, cumplir, en tanto no sea anulado, las obligaciones que de él dimanar, con la única expectativa de que se le reintegre de aquello en que demuestre se enriqueció el sujeto con capacidad limitada —art. 1304, CCiv.⁵⁷—. Ahora bien, aun reconociendo que el legislador español parte de una presunción de inocencia del sujeto incapaz, el que con él contrató —o con quien sufrió violencia o intimidación de un tercero, o padeció error—, podría ser perfectamente ajeno o desconocer por completo esas causas que conllevan la anulación del contrato.

Antiguamente, en el derecho romano, frente a situaciones como las descritas no se auxiliaba a los menores que actuaban dolosamente⁵⁸; por el contrario, se aplicaba la conocida máxima de la *malitia supplet aetatem*⁵⁹ —la malicia compensa la minoridad—, y, en aras de proteger el interés y la buena fe del tercero contratante, se convertía el negocio jurídico en inimpugnable. No obstante, los peligros que la aplicación estricta de este criterio podían comportar en orden a una disminución excesiva de la protección que al menor dispensaba la normativa legal, obligaron a una posterior evolución de esta institución, exigiéndose para poder hablar de dolo del menor la presencia de genuinas maquinaciones, tretas y engaños. Con ello se vino a dar respuesta a la práctica usuraria de preconstituir el dolo del menor —y con él, la inatacabilidad del contrato— con el uso de cláusulas de estilo en que aquél se declaraba mayor de edad⁶⁰. Era, pues, necesario impedir que todo el aparato protector de la minoridad quedara inutilizado por una disposición que pronto se hubiera convertido en estipulación estándar⁶¹.

Consecuencia de esa necesaria transformación, hoy día, ciertos ordenamientos jurídicos se han hecho eco de ese aforismo, si bien revistiéndolo de las menciona-

⁵⁶ D. 50, 27, 19.

⁵⁷ Cossío y Corral, Alfonso de, *El dolo en el derecho civil*, Comares, Granada, 2005, ps. 218/219.

⁵⁸ Digesto 4.4.9.*2: “Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus; ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel comodata, vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit?. Et placet, in delictis minoribus non subveniri; nec his itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum iniura dedit, non ei subvenietur”. También Digesto 4.4.32 y C. 2.35.1. Y aparece como una de las excepciones del Senadoconsulto Macedoniano (Digesto 14.1.6).

⁵⁹ Regla que, por influencia romana, recogieron también las Partidas: “Las leyes ayudan a los engañados, no a los engañadores”. Ley 6, Título XIX, Partida Sexta.

⁶⁰ El propio De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, cit., t. II, “Derecho de la persona”, ps. 192/193, alerta del peligro de que se convierta en práctica de usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una falsa acusación —prefabricada— de engaño sobre la edad del menor. Por ello, y sobre todo por haberse sustituido el sistema de la *restitutio in integrum* por el de la anulabilidad, nuestro Código no permite oponer a la impugnación del contrato celebrado por un menor la excepción de su dolo o su malicia.

⁶¹ Planiol, Marcel, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, “Las obligaciones”, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1950, ps. 106/107.

das precauciones que eviten un uso abusivo de él. Sin ir más lejos, en el *Code Napoléon* se distinguen dos situaciones claramente diferenciadas entre sí: la del menor que comete maniobras dolosas para hacerse aparecer ante los demás como mayor de edad, en cuyo caso el art. 1310 del Code Civil francés lo hace responsable de las obligaciones resultantes de sus delitos o cuasi delitos, no pudiendo en este caso alegar su incapacidad⁶²; y la circunstancia en que el menor simplemente se hubiera limitado a afirmar su mayoría, en cuyo caso el propio Código francés proclama que esa mera declaración, por su parte, no impide su derecho a la restitución⁶³, lo que a *sensu contrario*, por tanto, vendría a equivaler a la responsabilidad del menor por sus maniobras fraudulentas—art. 1307 del Code Civil francés⁶⁴—. En el primero de los casos, el mecanismo de reparación previsto por el derecho civil francés consistirá en el mantenimiento del contrato sobre cuya irregularidad se ha burlado al cocontratante.

También el *Codice Civile* italiano consagra modernamente esa regla tradicional romana, y asume como propia, aunque de una manera más directa, la dualidad de situaciones prescritas por la norma francesa, estableciendo en su art. 1426 que “el contrato no es anulable si el menor ha ocultado dolosamente su minoría de edad; pero la simple declaración de ser mayor no es obstáculo para su impugnación”⁶⁵. En idéntico sentido se pronuncian el Código Civil portugués en su art. 126⁶⁶ y el B.G.B. austríaco en sus disposiciones 866⁶⁷ y 248⁶⁸.

Regresando de nuevo al derecho español, y situándonos ante el supuesto de hecho de que el menor actuare dolosamente haciéndose pasar por mayor de edad y, en definitiva, en plenitud de condiciones para cerrar un determinado negocio jurídico, se plantea el interrogante de si se extiende a este caso la protección y el trato de favor dispensado al menor tanto por el art. 1302, CCiv., permitiéndole instar la anulabili-

⁶² El artículo 1310 del Código Civil francés se pronuncia en el siguiente sentido: «Il n'est point —le mineur— restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit».

⁶³ Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925, p. 91. Parece adoptar esta visión la sentencia del Tribunal Supremo español de 24/6/1898, en la que se declaró que la mera presentación en el otorgamiento de un contrato de préstamo de una cédula por la que inexactamente resultaba ser el prestatario mayor de edad no era la maquinación insidiosa que pudo inducir al prestamista a celebrar el contrato, ni constituía el dolo que define el artículo 1269 del Código Civil español.

⁶⁴ El artículo 1307 del Código Civil francés prevé que «La simple déclaration de majorité, faite par le mineur na fait point obstacle à sa restitution».

⁶⁵ En su versión original en italiano, el artículo 1426 del Codice Civile versa del siguiente tenor: “Il contratto non é annullabile se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non é di ostacolo all'impugnazione del contratto”.

⁶⁶ Establece el artículo 126 del Código Civil portugués: “Nao tem o direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o acto tenha usado de dolo com fin de se fazer passar por maior ou emancipado”.

⁶⁷ El artículo 866 del B.G.B. austríaco menciona: “Quien dolosamente afirma que es capaz para inducir a otro a celebrar un contrato, está obligado al resarcimiento, si este último careciera de medios para informarse de su incapacidad”.

⁶⁸ Por su parte, el artículo 248 del B.G.B. austríaco reza: “Un menor de edad, para concluir un negocio, es responsable de todos los daños y perjuicios, cuando la otra parte no tuvo medio de comprobar tal afirmación”.

dad del acuerdo, como por el art. 1304, CCiv., limitando o restringiendo la restitución a “*in quantum locupletiores facti sunt*” —en cuanto se enriqueció con la cosa o prece que recibiera—⁶⁹.

De conformidad con el tenor literal de ambos preceptos, parece que el Código Civil español, aun habiendo contratado el menor fraudulentamente, se inclina por permitirle ejercitar la acción de anulabilidad y beneficiarse así de sus previsiones. No se hace eco, por tanto, nuestra normativa civil, ni siquiera en su fórmula más evolucionada, de la regla romana de la *malitia supplet aetatem*. Todo ello propiciado por la circunstancia de que en nuestro contexto jurídico la referencia a la buena fe del menor aparece como un *factum* incuestionable, y sólo él o sus representantes legales están habilitados para impugnar —art. 1302, CCiv—⁷⁰.

Frente a este método de interpretación gramatical adoptado por nuestro legislador —exégesis auténtica—, cierto sector doctrinal ha mostrado su disconformidad, considerando la solución más idónea aquella que propugna que el dolo del menor —al igual que sucede en Francia, Italia, Portugal y Austria— venga a convalidar el contrato, impidiendo, de esta forma, su anulación. Esta tesis, favorable a la admisión o al redescubrimiento en nuestro ordenamiento jurídico civil de la regla que determina que la *malicia suple la minoridad*, toma como principal argumento de justificación la idea o la eventualidad de que era justamente ésta la postura mantenida tanto por la tradición histórica española como por la jurisprudencia anterior al Código Civil, e incluso por alguna posterior⁷¹.

Por lo que a los antecedentes normativos se refiere, el texto de las Partidas dio acogida a la figura contenida tras la expresión “*malitia supplet aetatem*”⁷², extendiénd-

⁶⁹ Como respecto del pupilo se establece en el Digesto 26, 8, 5: “*Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est*” —Vendiendo el pupilo sin la autoridad del tutor no se obliga, y tampoco comprando, sino en cuanto se hizo más rico—.

⁷⁰ Para nada compartimos la interpretación que de dicha máxima realiza De la Válgoma, María: “Edades ciertas e inciertas en derecho”, en *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 237, al considerar que el principio de la *malitia supplet aetatem* significa reconocer capacidad para el acto que se contemple a una persona, cuando se demuestra que, a pesar de no haber cumplido la edad requerida para él, estaba en condiciones de realizarlo adecuadamente.

⁷¹ Vid. Lauroba Lacasa, María Elena, *El pago...*, cit., ps. 63/64; véase también Cossío y Corral, Alfonso (de): *El dolo...*, cit., ps. 373/382. En un sentido similar se pronunciaba Mucius Scaevola, Quintus, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. XX, artículos 1214 a 1314 del Código Civil —De las obligaciones. De los contratos—, p. 1027, quien entendía que en este punto debe tenerse en especial consideración la buena o mala fe con que se haya procedido por las personas capaces.

⁷² Ley 4, Título I, Partida Quinta: “Otrosí decimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviese, e lo negasse, diciendo que non, que por tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado”; Ley 6, Título XIX, Partida Sexta: “Diziendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdría el pleyto que asi fuesse fecho con él, e non deve ser desatado después, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores”.

dola, además, a la mujer que oculta su condición de tal para burlar las limitaciones legales impuestas a su sexo y condición⁷³. Claramente primaba, por tanto, la protección de la contraparte de buena fe frente a la del incapaz.

Es incomprensible, afirman los representantes de esta corriente de opinión, que se niegue la acción de anulabilidad a quien obró correctamente y en la inteligencia de que la persona con quien contrataba tenía el pleno goce de la facultad de obligarse. En consecuencia, concluyen estos autores, la aplicación estricta y literal del art. 1304, CCiv., en no pocas ocasiones, puede resultar tan inmoral y deshonesto que difícilmente debiera ser sostenida por el recto espíritu de los tribunales, teniéndose que imponer, en su parecer, un criterio por el que se la limitara al caso concreto de haber actuado con mala fe quien convino con el incapaz⁷⁴.

Ante el reseñado panorama, con independencia de la vigencia o no en nuestro derecho positivo del axioma latino objeto de nuestro análisis, entendemos de cierta relevancia el formular, *prima facie*, dos tipos de observaciones⁷⁵. Una primera, tendente a subrayar, a dar por sentado, que el adagio *malitia supplet aetatem* es claramente expresivo del criterio histórico de preferencia por la *bona fides* a costa del menor —o del incapaz, en términos generales—, al menos cuando éste actúa dolosamente, creando la apariencia de su plena capacidad de obrar; y, en segundo término, entender como legítima la incertidumbre sobre el significado del silencio que guarda nuestro Código Civil en este punto concreto⁷⁶.

A tenor de esta última reflexión, algunos autores⁷⁷ han planteado la disyuntiva de por qué no ver en esa omisión, en esa falta de pronunciamiento expreso de nuestra normativa civil, en lugar de la renuncia o el abandono del criterio imperante y vigente en la tradición jurídica española hasta llegado el momento de la codificación, una sim-

⁷³ Ley 3, Título XII, Partida Quinta: “Por cuales razones pueden las mugeres ser fiadores por otri...La sesta (razón) es cuando la mujer se vistiese vestiduras de varón engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por fiador, cuydando que era varón. Ca el derecho que han las mugeres en razón de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: más por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente”.

⁷⁴ Mucius Scaevola, Quintus, *Código Civil...*, cit. p. 1027, se alinea con esta tendencia y se cuestiona: “¿Qué no ha de parecernos al observar que, por la disposición del artículo 1304 del Código Civil, quien se condujo de esta manera legítima —actuando de buena fe—, víctima probablemente de documentos o apariencias hábilmente simulados, además de perder el beneficio que pretendía con el convenio, se encuentre en el trance de devolver lo que percibió y de perder, por otra parte, lo que había entregado?”.

⁷⁵ Gordillo Cañas, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos Madrid, 1986, ps. 169/171.

⁷⁶ Para dar respuesta a estas situaciones, un sector minoritario de la doctrina ha pensado en acudir a la utilización de la *acción de jactancia*. Es decir, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si fue ya consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo. Aplicando esta teoría dogmática al supuesto que nos ocupa, López San Luis, Rocío, *La capacidad...*, cit., ps. 159/164, se pregunta si cabría la posibilidad de que la persona capaz pudiera provocar el acto o su confirmación.

⁷⁷ Gordillo Cañas, Antonio, *Capacidad...*, cit., ps. 169/171.

ple laguna a colmar desde el derecho histórico —base 1ª de la ley de 11/5/1888⁷⁸—. Esta posibilidad, además, parecería enlazar mejor con el todavía vigente art. 10, Ley de Usura, de 23/7/1908, que afirma que “el prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad” y pondría, asimismo, a la normativa española en perfecta consonancia con las disposiciones internacionales más modernas y avanzadas en la materia⁷⁹.

Del mismo modo, y atendiendo ahora a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, la sentencia de 21/11/1899 se manifestó en ese mismo sentido al afirmar que “...no se pueden estimar infringidas... las leyes y doctrinas que se invocan en los motivos del recurso por la sola consideración de que a uno de los testigos del testamento le faltaran siete meses para ser mayor de edad, porque estando tenido este testigo como mayor, según aprecia el tribunal sentenciador y resulta comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor, los mismos efectos que si realmente hubiese tenido la edad cumplida, por ser aquélla una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida cuando concurren condiciones tan especiales como las del caso actual”.

Parecida argumentación había sido esgrimida años antes por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 11/7/1868⁸⁰, al considerar que “fue verificada la venta de estos bienes por el menor N. B., no sólo ocultando esta cualidad, sino afirmando con juramento que era mayor de 25 años y no estaba sujeto a la patria potestad, sobre cuyos hechos se han practicado amplias pruebas por las partes, que ha apreciado la sala sentenciadora, estimando que el vendedor demostraba por su aspecto y demás cualidades personales ser mayor de 25 años, y que además vivía ciertas temporadas separado de sus padres y formando familia aparte, sin que contra a estas apreciaciones se haya alegado infracción de ley alguna o doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales; así que, supuestas estas consideraciones, la ejecutoria que absuelve de la demanda... no ha podido infringir las leyes y doctrinas contenidas en las sentencias de este tribunal que inoportunamente se invocan”.

Igualmente, tras la promulgación del Código Civil, el propio Tribunal Supremo sentó esa misma línea de opinión. Tal es el caso de la sentencia de 29/1/1904, en la que

⁷⁸ También García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Sociedad Tipográfico Editorial, Madrid, 1852, p. 17, sostuvo, al glosar el artículo 987 de su proyecto, que por derecho romano y patrio eran válidas las obligaciones de los que, habiendo llegado a la pubertad, carecían de curador; pero se les concedía el beneficio de la restitución “*in integrum*” en el caso de sentir lesión o daño, a menos que hubiese habido por su parte dolo o malicia.

⁷⁹ Para De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil...*, cit. p. 193, este precepto no afecta su tesis. Así, la creencia del prestamista —aun creada dolosamente por el menor— no altera la condición del contrato a este respecto, y seguirá siendo impugnabile como contrato de préstamo al menor, sólo que la condición de menor de edad no será tenida en cuenta para calificar de usurario el préstamo a efectos civiles y penales.

⁸⁰ En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo de 27/4/1860 y de 31/3/1870.

se afirma que “considerando que el tribunal sentenciador estima válido y eficaz el contrato en que funda su acción la parte actora, porque al otorgarlo el menor D. J. L. C. hizo la manifestación de ser mayor de veinticinco años, y porque además de parecerlo por sus circunstancias personales y cédula al efecto por el mismo exhibida, dio fe el notario de conocerle y de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que, esto supuesto, sean de estimar los tres primeros motivos del recurso... no ofreciendo duda alguna según el sentido, alcance y tenor de la expresada ley que en ningún caso puede alegar una persona la circunstancia de su menor edad para pretender la nulidad de lo pactado cuando ha engañado en la forma antes expresada a la persona con quien contrató”.

Otro grupo de autores, en cambio, aun admitiendo la vigencia del principio *malitia supplet aetatem*, y frente al problema de determinar en qué va a consistir el deber del menor de resarcir o en qué va a concretarse su responsabilidad, no secundan ni son partidarios de la opción apuntada inicialmente, partidaria de que la debida indemnización se traduzca en el mantenimiento de la validez y eficacia del contrato, para no perjudicar de esta forma al tercero de buena fe. Lo que podríamos denominar en términos coloquiales una respuesta “a la francesa”⁸¹.

Esta solución, subrayan estos juristas, iría en contra de la letra y el espíritu de la ley, porque ha de observarse que, en este caso, la indemnización no puede en modo alguno extenderse al interés contractual positivo, es decir, a los daños y perjuicios que se puedan seguir del incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que ha de limitarse al interés contractual negativo, o, lo que es lo mismo, a los daños y perjuicios que se hayan podido producir por la declaración de nulidad del contrato. En otras palabras, que han de reponerse las cosas al estado en que estarían si el contrato no se hubiere llevado a efecto⁸².

Afirmado lo anterior, no hay que olvidar que para que haya dolo se exige, por su propia esencia, una voluntad plenamente consciente y libre o, lo que es lo mismo, un sujeto imputable, y que tal requisito no se da en aquellos individuos que, por razón de su corta edad o por la enfermedad mental que padecen, carecen de voluntad propiamente dicha, y son, por ende, incapaces de prestar consentimiento. De este modo, en el contrato otorgado por un infante o por un demente no puede hablarse de una voluntad viciada, por la sencilla razón de que falta toda voluntad, no existe consentimiento,

⁸¹ En este sentido, se pronuncia De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil...*, cit., ps. 192/193, quien justifica su posición en el artículo 1.314 del Código Civil. Este precepto, después de establecer la regla general de que la acción de impugnación se extingue cuando el que pueda ejercerla haya causado, por dolo o culpa, la pérdida de la cosa objeto del contrato y que debiera devolver, dispone que si la causa de la impugnación fuese la incapacidad de algunos de los contratantes, la pérdida, aun causada con dolo o culpa, no será obstáculo para que prevalezca, con tal de que aquélla sea durante el período de la incapacidad. El dolo o culpa del menor, concluye el autor, no borra la condición de anulable del negocio que realice.

⁸² Cossío y Corral, Alfonso de, *El dolo...*, cit., p. 222. El propio autor admite, no obstante, que siempre deberá atenderse a los distintos casos que puedan presentarse en esta materia, ya que la solución variará en atención a las diferentes clases de incapacidad; según la culpa o negligencia con la que haya actuado la parte capaz; atendiendo a la capacidad natural y delictual del sujeto; y de acuerdo con la existencia o inexistencia de dolo, en el sentido de falsa afirmación consciente de la propia capacidad.

y, por lo tanto, el contrato al que le falta ese requisito esencial es una mera apariencia de contrato, careciendo de existencia.

El dolo, en suma, exige la concurrencia de un mínimo de capacidad natural, una conciencia plena de la trascendencia del acto que se realiza. Sin embargo, y a pesar de lo declarado, hay autores que consideran que, existiendo intención dolosa por parte del incapacitado y buena fe en la parte capaz, no existe obstáculo alguno que se oponga al nacimiento de una responsabilidad que ha de traducirse en una obligación de resarcimiento, nacida al margen del contrato y fundada en el delito civil, para la que la parte contractualmente incapaz está perfectamente habilitada.

Esta postura o posición lo que pretende es no dejar al contratante capaz en una situación desventajosa. El contrato celebrado por el menor de edad que reúna aptitud para entender y querer es anulable por falta de capacidad, pero, aun habiendo dolo por su parte, una vez ejercitada la acción de anulabilidad, la restitución del art. 1304, CCiv., no quedaría bloqueada. Ahora bien, ello no significa que el menor de edad no incurra en responsabilidad, porque una cosa es que el contrato se anule y que se hagan las restituciones correspondientes, y otra que el contratante capaz no pueda ser indemnizado por los perjuicios a él ocasionados como consecuencia de la impugnación del contrato. Esta opinión es reafirmada y compartida por un sector de juristas que sostienen que, partiendo siempre de que el dolo del menor de edad no bloquea la aplicación del art. 1304, CCiv., así como que el contrato pueda ser impugnado por el menor o por su representante legal, ello no es razón suficiente para que el cocontratante tercero deba carecer de todo tipo de amparo. Así, la protección del menor de edad en forma de posibilidad de desvincularse del contrato, que no decae a pesar de su dolo, debe compaginarse con la responsabilidad de éste por los perjuicios causados al tercero que de buena fe —el dolo recíproco se compensa según art. 1270, CCiv.— resultó engañado por la actuación —no bastarían meras declaraciones— del menor⁸³. En estas circunstancias, este tipo de responsabilidad determina: 1) que el perjuicio, para ser indemnizable, reúna los requisitos exigidos por el art. 1902, CCiv.; 2) que la responsabilidad pueda recaer sobre el patrimonio del menor o de su guardador, conforme a las previsiones del art. 1903, CCiv.; y 3) que el daño, como delictual, se apreciará midiendo el menoscabo patrimonial que directamente se derive del acto doloso o culposo, y no del que resulte de la ineficacia del contrato⁸⁴.

Nos encontraríamos, por consiguiente, ante una responsabilidad precontractual del menor —*dolo in contrahendo*—, que tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios que le produce al tercero la anulación del contrato por el menor o el representante legal —*interés contractual negativo*—, siendo el daño indemnizable el derivado del acto doloso del menor, no el de la falta de cumplimiento del contrato —*interés contractual positivo*—⁸⁵. En definitiva, se indemnizará el valor de la cosa entregada y no restituible, y los gastos hechos para la celebración del contrato, pero no los beneficios que se hubieran podido obtener de haber sido válido el contrato, pues

83 Jordano Fraga, Francisco, "La capacidad...", cit., ps. 901/903.

84 De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil...*, cit., ps. 192/193.

85 Al tercero contratante, como estipula Cossío y Corral, Alfonso de, *El dolo...*, cit., ps. 373/382, ha de respondersele en el mismo estado de cosas que si el contrato no se hubiera llevado a efecto.

el interés del tercero a la conservación del contrato se sacrifica frente a la protección del menor de edad.

Sopesando los pros y los contras de los diferentes y circunstanciales argumentos esgrimidos por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia acerca de cómo reaccionar ante la actuación dolosa de un menor de edad, que afirma y se declara capaz para concluir un determinado negocio jurídico, reputamos como la solución más idónea, a la vez que la más adaptada al verdadero espíritu dimanante de nuestros preceptos legales, aquella que defiende la convalidación del contrato otorgado por el menor de edad, impidiendo, en consecuencia, su anulación, opción que, tal y como hemos apuntado, fue la aplicada por la jurisprudencia anterior y posterior al Código Civil, siguiendo el texto de las Partidas. El dolo del menor, en consecuencia, le excluye de la especial protección brindada por el derecho en materia negocial⁸⁶.

Además de ese argumento histórico, también existe la posibilidad de acudir al título preliminar del Código Civil, en una interpretación de carácter sistemático, cuyo art. 7.1 prescribe que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. La *bona fides*, como principio general del derecho, informa e integra todo el ordenamiento jurídico y simultáneamente se manifiesta como norma de conducta general que tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio. En el derecho de obligaciones, la buena fe se proyecta en forma concreta sobre cada uno de los afectados por la relación jurídica. Por lo que al menor de edad contratante se refiere, determina que éste ha de ejercitar su derecho actuando según la confianza depositada por la otra parte. Así, si el menor de edad no ajusta su comportamiento a la buena fe y perjudica con ello a la contraparte en el negocio jurídico, debe ser privado de las ventajas que de manera ordinaria le corresponderían⁸⁷. Si frente al binomio *buena fe del contratante capaz - incapacidad del menor* prima la segunda, cuando concurra mala fe en el menor de edad —persona con capacidad limitada—, la protección deberá ceder.

Una última cuestión que se plantea es si el dolo del menor de edad debe influir en el carácter unidireccional que la impugnación de los contratos celebrados por los menores de edad tiene. Esto es, si la presencia, en el tercero que contrata con el menor, de un vicio que afecta esencialmente su declaración de voluntad hace que él pueda pedir la anulación del negocio, ya que su interés específico de conservar el contrato no se protege, y que no tenga que soportar su impugnación posterior por el menor o su representante legal. Partiendo de los principios generales del negocio jurídico, podría pensarse afirmativamente; ahora bien, desde la perspectiva singular de la protección del menor, tendríamos que manifestarnos en sentido contrario.

Ante tal tesitura, hay autores que estiman que no hay razón alguna que impida que se reconozca en tales supuestos una acción de impugnación, es decir, se atribuya legitimación activa a la parte capacitada con base en el dolo que ha afectado su declaración de voluntad. Resultaría inicuo exigirle el cumplimiento de sus prestaciones en

⁸⁶ Lauroba Lacasa, María Elena, *El pago...*, cit., ps. 64/65, aplica analógicamente este mismo criterio para resolver la cuestión de si el pago efectuado por el menor de edad que, con maniobras fraudulentas, ha inducido al deudor capaz a que le pague a él, está bien realizado, llegando a la conclusión afirmativa de que el pago será perfectamente válido, sin entrar a analizar si lo recibido le ha resultado útil o no —artículo 1.163.1 del Código Civil—.

⁸⁷ Ferreira Rubio, Delia M., *La buena fe: el principio general en el derecho civil*. Montecorvo, Madrid, 1984, p. 242.

un contrato que en cualquier momento puede quedar sin efecto, causándose con ello perjuicios irreparables a la víctima de la conducta dolosa⁸⁸.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, “Comentario al artículo 1263 del Código Civil”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia: ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, vol. 2, Tecnos Madrid, 1984.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María, “Comentario al artículo 1304 del Código Civil”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso (de), *El dolo en el derecho civil*, Comares, Granada, 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, t. I, parte general, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- *Derecho civil de España*, t. II, “Derecho de la persona”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- DE LA VÁLGOMA, María, “Edades ciertas e inciertas en derecho”, en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Comentarios al artículo 1302 del Código Civil”, en Albaladejo García, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993.
- ENNECCERUS, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil*, t. I, parte general, vol. II, primera parte, Bosch, Barcelona, 1981.
- FERREIRA RUBIO, Delia M., *La buena fe: el principio general en el derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Sociedad Tipográfico Editorial, Madrid, 1852.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.
- HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso, “Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nro. 11, abril-unio 1980.
- “Comentario y anotaciones acerca del artículo 1716 del Código Civil”, en Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil*, t. I, parte general, vol. II, primera parte, Bosch, Barcelona, 1981.
- JORDANO FRAGA, Francisco, “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, t. LXVIII, octubre 1984.
- LAUROBA LACASA, María Elena, *El pago al acreedor incapaz (análisis del artículo 1.163.1 del Código Civil)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.

⁸⁸ Cossío y Corral, Alfonso de, *El dolo...*, cit., ps. 218/222.

- LINACERO DE LA FUENTE, María A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo Madrid, 1990.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, “Comentario al artículo 1301 del Código Civil español”, en *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid, 1950.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1992.
- MARTINS, Rosa: “Menoridade, (in)capacidades e cuidado parental”, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nro. 13, Coimbra, 2008, Coimbra Editora.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1992.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, “Comentario al artículo 166 del Código Civil”, en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, “Comentario al artículo 236-11 del Código Civil de Cataluña”, en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.), *Persona y familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011.
- MUCIUS SCAEVOVA, Quintius, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. XX, artículos 1214 a 1314 del Código Civil —De las obligaciones. De los contratos—.
- NAVARRO VIÑUALES, José María, “Introducción a la legislación de derecho civil aragonés”, en *Legislación civil de Aragón, La Notaría*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989.
- PLANIOL, Marcel, *Tratado práctico de derecho Civil francés*, t. VI, “Las obligaciones”, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1950.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. I, “Doctrina general del contrato”, Bosch, Barcelona, 1978.
- PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. I, “Parte general: sujeto y objeto del derecho”, Bosch, Barcelona, 1979.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925.
- SÁNCHEZ-CALERO, Francisco J., “La capacidad del menor no emancipado”, en *Libro-homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, Universidad de Almería, Almería, 2000.
- SANTOS BRIZ, Jaime, “Comentario a los artículos 1088 a 1314 del Código Civil”, en Albácar López, José Luis (coord.), *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, artículos 1088 a 1444 del Código Civil, Trivium, Madrid, 1995.
- TORRALBA SORIANO, Vicente, “La incapacidad contractual”, en *Estudio de derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

- Vaquero Aloy, Antoni, "Comentario al artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña", en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.), *Persona y familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011.
- Vila Ribas, Carmen, "Comentarios al artículo 1304 del Código Civil", en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- Von Thur, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. I, "Las personas", Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano, "La patria potestad", en Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (coords.), *Tratado de derecho de la familia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de abril de 1860.
STS de 11 de julio de 1868.
STS de 31 de marzo de 1870.
STS de 21 de noviembre de 1899.
STS de 29 de enero de 1904.
STS de 15 de junio de 1918.
STS de 9 de febrero 1949.
STS de 15 de febrero de 1952.
STS de 9 de diciembre de 1953, RJ\1954\284.
STS de 29 de noviembre de 1958, RJ\1958\3811.
STS de 25 de junio de 1959, RJ\1959\2933.
STS de 28 de mayo de 1965, RJ\1965\3083.
STS de 19 de diciembre de 1977, RJ\1977\4763.
STS de 14 de marzo de 1983, RJ\1983\1475.
STS de 4 de abril de 1984, RJ\1984\1926.
STS de 21 de mayo de 1984, RJ\1984\2497.
STS de 22 de octubre de 1984, RJ\1984\4990.
STS de 1 de febrero de 1986, RJ\1986\408.
STS de 30 de marzo de 1987, RJ\1987\1839.
STS de 2 de junio de 1989, RJ\1989\4283.
STS de 9 de julio de 1990, RJ\1990\5788.
STS de 10 de junio de 1991, RJ\1991\4434.
STS de 10 de marzo de 1994, RJ\1994\1731.
STS de 9 de mayo de 1994, RJ\1994\3894.
STS de 17 de febrero de 1995, RJ\1995\1105.
STS de 23 de diciembre de 1997, RJ\1997\8902.
STS de 4 de mayo de 1998, RJ\1998\3230.
STS de 21 de enero de 2000, RJ\2000\113.
STS de 9 de octubre de 2003, RJ\2003\7736.
STS de 3 de marzo de 2006, RJ\2006\5772.
STS de 22 de abril de 2010, RJ\2010\2380.
STS de 8 de julio de 2010, RJ\2010\6030.
STS de 5 de febrero de 2013, JUR\2013\38737.
SAP de Granada de 5 de marzo de 2003, AC\2003\1011.

SAP de Cantabria de 28 de abril de 2004, AC\2004\1000.
SAP de Valencia de 30 de junio de 2005, AC\2005\1168.
SAP de Córdoba de 11 de enero de 2007, JUR\2007\178715.
SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2010, JUR\2011\36200.

REFORMA DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS EN EL DERECHO CHILENO (LEY 20.680 DE 2013)

por MAURICIO TAPIA R.*

I. INTRODUCCIÓN

La ley 20.680, de 21/6/2013 (que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados), reformó el Código Civil chileno en materia de cuidado personal de los hijos, incorporó las nociones de corresponsabilidad parental y cuidado compartido, además de derogar la denominada “atribución preferente de todos los hijos menores a la madre”.

Este artículo efectúa una revisión crítica de las modificaciones introducidas por esta reforma, en materia de corresponsabilidad parental, cuidado personal de los hijos, relación directa y regular y patria potestad.

1. ¿Los padres tienen iguales derechos respecto del cuidado de los hijos? ¿Las decisiones judiciales deben guiarse preferentemente por el interés del niño? En pleno siglo XXI, aunque parezca sorprendente, el derecho chileno respondía —hasta junio de 2013— que los padres no tenían iguales derechos y que los prejuicios legales valían más que el interés del niño. La consecuencia era evidente: la postergación de la participación del padre en la crianza de los hijos luego de la separación; la perpetuación del estereotipo de la mujer encargada de labores “domésticas”; y, sobre todo, niños en medio de una batalla donde lo último que se consideraba era su bienestar.

2. El lector puede preguntarse cómo tolerábamos esta injusticia. Muchos no la aceptamos y luchamos contra ella con nuestros modestos medios académicos en la discusión parlamentaria de estos proyectos, tal como lo hicieron, con mucha más propiedad, varias organizaciones sociales promotoras de la igualdad y defensa del interés de los niños. Pero varios también defendían el estado anterior de cosas, tal como en su momento se opusieron ferozmente al reconocimiento de derechos civiles a la mujer, a la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, al reconocimiento del divorcio, y como hoy se oponen a otorgar derechos a las uniones civiles y a modificar la sociedad conyugal para remediar la discriminación contra la mujer. Son los

* Profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (mtapia@derecho.uchile.cl).

mismos, y apoyados por los mismos entes religiosos, que confunden sus creencias con la ley civil¹.

3. Por ello, esta reforma de las reglas sobre cuidado personal de los niños luego de la separación es probablemente una de las más relevantes discutidos en el Parlamento en los últimos años en materia de derecho civil.

Este proyecto fue iniciado gracias al incansable trabajo de organizaciones sociales —como la organización Amor de Papá— que supieron encausar la demanda social por leyes que velen de mejor forma por el interés de los niños y que aseguren, en su beneficio, la presencia permanente de sus progenitores luego de la ruptura matrimonial².

4. El proyecto, de esta forma, desde su origen, apuntó a dos propósitos perfectamente consistentes con el principio de interés superior de los niños y de igualdad constitucional.

El primer objetivo era garantizar la presencia de ambos padres en su crianza y educación, mediante un sistema que permitiera, cuando el bienestar del niño así lo demande y se presenten las condiciones adecuadas, establecer judicialmente lo que se ha denominado “tuición compartida”, esto es, un régimen de residencia con una alternancia que posibilite a los padres compartir derechos y obligaciones en tales tareas fundamentales para su bienestar.

El segundo propósito era erradicar una discriminación histórica contra el padre, prevista en el antiguo art. 225 del Cód. Civil, que concedía automáticamente el cuidado de todos los hijos a la madre luego de la separación, sin siquiera constatar si ello garantiza o no su bienestar. Tal regla, como lo habían concluido los principales especialistas nacionales, era contraria a la Constitución por oponerse al principio de igualdad, envolvía una concepción estereotipada de los roles femeninos y masculinos y, lo más grave, terminaba perjudicando a los hijos al asignar mecánicamente a la madre la labor de custodia y al padre la tarea de un simple proveedor.

5. De manera insólita, en la discusión parlamentaria de este proyecto esos dos objetivos fueron desdibujados. Por una parte, respecto de la tuición compartida, se pivó al juez de la posibilidad de otorgarla cuando al menos uno de los padres la solicita, y se le asignó una definición tan estricta que se dificulta una residencia alternada del menor. En segundo lugar, se pretendía perpetuar la discriminación contra el padre, efectuando maquillajes al art. 225 del Cód. Civil, que incluso, como lo afirmó la Asociación de Abogados de Familia, empeorarían la situación vigente hasta ese momento.

Tal revés se debió en esencia a la intervención del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) en la discusión parlamentaria de este proyecto, que defendió con ahínco tanto la limitación de la tuición compartida como la mantención de la discriminación

¹ Al respecto, el autor de este artículo ha analizado la controvertida y lenta evolución legislativa en Chile en materia de filiación, en la siguiente publicación: “Constitucionalización del derecho de familia (s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* (Santiago), 2007, nro. 8, ps. 155/199. También en: *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, ps. 123/135.

² El autor de este comentario tuvo la oportunidad de colaborar en el proceso de redacción y discusión de esta reforma, por invitación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (2012-2013).

contra el padre. Muchos, entonces, nos preguntamos por qué el SERNAM intervenía en un proyecto que perseguía el interés de los hijos, y que no se encuentra por ello en términos estrictos en la competencia de un servicio público encargado de políticas de género a favor de las mujeres.

Afortunadamente, el Congreso, en la última etapa del trámite parlamentario, revirtió esa regla discriminatoria, pero conservó, lamentablemente, la regulación precaria de la tuición compartida.

Sin duda contribuyó en ese cambio y a la desaparición de la regla discriminatoria la fuerte presión de las organizaciones sociales de defensa de la igualdad de los padres, y en alguna medida también una carta abierta firmada por cuarenta y dos profesores de derecho civil de distintas universidades de todo el país, dirigida a los parlamentarios, que hizo presente fundadamente cómo esa regla de atribución preferente y automática de todos los hijos a la madre luego de la separación era contraria a la Constitución y perjudicaba sobre todo a los hijos³.

6. Como se desprende de lo anterior, se trata de una reforma relevante, pero incompleta, que sin duda requerirá pronto nuevas intervenciones del legislador.

Para analizar en detalle su alcance, en los párrafos siguientes se examinará: II. En primer lugar, la noción de “corresponsabilidad” de la reforma. III. En segundo lugar, el cuidado compartido que reconoce la reforma. IV. En tercer lugar, la desaparición de la regla de la atribución preferente a la madre. V. En cuarto lugar, los criterios legales para la atribución del cuidado de los hijos. VI. En quinto lugar, las modificaciones en materia de relación directa y regular. VII. Finalmente, una revisión de otras modificaciones efectuadas por esta ley.

II. CORRESPONSABILIDAD

7. La reforma acentúa, como principio general, la igualdad de derechos y deberes en la crianza y educación de los hijos, tanto cuando los padres viven juntos como luego de la separación (art. 224 del Cód. Civil).

La modificación de este artículo introduce el principio de “corresponsabilidad” de los padres en el ejercicio de estos derechos y deberes, que alude a una distribución equitativa de ellos, en “virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

Como se sabe, la regulación de los derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos adolece en el derecho chileno de una falencia estructural que lo aleja de todo el derecho comparado relevante, al establecer un reconocimiento fragmentado de tales derechos y obligaciones que termina perjudicando a los hijos, tal como lo demuestra la experiencia judicial de las últimas décadas.

La regulación nacional —antes y luego de la reforma— pone acento excesivo en la “residencia” del menor luego de la separación de sus padres. Tal aspecto es sólo uno de los derechos-deberes entre padres e hijos, en el marco de un conjunto de potestades que involucra, entre otros, la crianza, educación y establecimiento, participación

³ La historia de esta ley 20.680 se encuentra disponible en línea: www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20680&anio=2014 (consultada por última vez el 18/2/2014).

en decisiones relevantes de la vida del hijo (elección de colegio, elección y dirección en la religión, etc.), mantención o socorro (alimentos), la autorización de salida del país, representación y administración de sus bienes.

El sistema jurídico nacional, al centrar las disposiciones en la regulación de la residencia del hijo, menosprecia otros derechos y deberes que son tanto o más importantes, como la participación en las decisiones relevantes de la vida del hijo (por ejemplo, aquéllas relativas a la definición del colegio donde estudiará o si practicará alguna religión, y la forma en que ésta se conducirá).

8. En efecto, la reglamentación nacional menciona aisladamente algunos de estos derechos y deberes, pero adolece de las siguientes graves falencias en perjuicio de los hijos (que no se remediaron con la reforma):

i) La principal falencia es la carencia absoluta de una visión de conjunto, a través de la regulación de la denominada autoridad parental, concepto que en la experiencia comparada engloba este conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos.

La expresión hace referencia a un “poder-función” (“autoridad”), esto es, un poder que se emplea para ejercer la función de padre y en beneficio del hijo y no de su titular. Este poder es atribuido —en los sistemas que lo contemplan— siempre a ambos padres. De ahí la utilización de la expresión “parental”, cuyo sentido natural y obvio es “perteneciente o relativo a ambos padres” (que es distinto, evidentemente, a “paternal” o “paterno”, como se hacía referencia antes en el derecho nacional).

La carencia de esta regulación sistemática es en parte la explicación de por qué se percibe socialmente una asimetría tan radical entre la posición del padre y de la madre luego de la separación: el primero es reducido a un aportador de recursos (alimentos) y a un extranjero “visitante” del hijo, desligado de su vida cotidiana, y la segunda, porque carga con todos los cuidados personales diarios, tiende a sentirse “dueña” de los hijos y, por ende, responsable privativa de su dirección y decisiones relevantes.

En cambio, regulando estos derechos y deberes bajo este concepto comprensivo se permite atribuir su titularidad “siempre” (antes y después de la separación) a ambos padres, modelando el ejercicio de algunos de estos derechos y deberes conforme a la solución que más se adapte a la protección del interés preferente del hijo en atención a sus circunstancias (por ejemplo, la cuestión de la residencia).

La atribución de la autoridad parental a ambos tiene, de esta forma, una innegable carga simbólica (ambos padres son titulares de iguales derechos y les gravan idénticos deberes), pero también un evidente efecto práctico. Así, en ese contexto, la residencia del hijo, que es sólo uno de los aspectos de esta autoridad y que puede ser asignada a uno de los padres, no resta injerencia del otro en el ejercicio de otros derechos y deberes como, por ejemplo, el poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas relevantes (la elección de colegio, la opción por una religión, la participación activa en su formación valórica, etc.).

En ese sentido, me parece muy pertinente la regulación que se propone en la materia por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Argentina, que sin duda da cuenta de la contribución de la notable jurista y gran amiga Aída Kemelmajer de Carlucci (arts. 638 y ss.).

ii) En la materia, como se dijo, la reforma introduce el “principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en for-

ma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” (art. 224, inc. 1º, del Cód. Civil); agregando que el cuidado personal compartido estimula la “corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes” (art. 225, inc. 2º, del Cód. Civil); y que la relación directa y regular debe “asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo” (art. 229, inc. 4º, del Cód. Civil).

No obstante, en el texto final de la reforma se eliminó la referencia, que había sido aprobada por el Senado, de que, si los padres viven separados, “compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes” (art. 225, inc. 4º, del Cód. Civil).

La incorporación de la noción “corresponsabilidad” puede ser estimada, en principio, un avance en el sentido de ser un atisbo de sistematización de nuestra legislación en un sentido similar al indicado, intentando establecer una distribución equitativa de derechos y deberes entre los padres respecto de los hijos, antes y después de la separación.

iii) No obstante, esta innovación parece insuficiente y a la vez imprecisa, por las siguientes razones.

Ante todo, porque las nociones que se utilizan (“responsabilidad” y “corresponsabilidad”) son figuras jurídicas que el Código Civil emplea en otro sentido: como el efecto (indemnización de perjuicios) proveniente de la comisión de un hecho ilícito y cuya regulación sistemática se encuentra en el tít. XXXV del Libro IV.

En ese título, incluso, existe una disposición que le otorga tal alcance específicamente en los vínculos entre padres e hijos: “Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa” (art. 2320, inc. 2º, del Cód. Civil). En efecto, la “responsabilidad” es una fuente de las obligaciones que ha recibido, en virtud de la ley y del enorme desarrollo jurisprudencial desde la dictación del Código Civil, un inequívoco sentido en orden a designar la obligación de indemnizar perjuicios por la comisión de actos ilícitos. En el caso preciso de la disposición citada, la responsabilidad de los padres alude a la denominada “responsabilidad por el hecho de los hijos”, que obliga a aquéllos a indemnizar a terceros víctimas de actuaciones de los niños que les causen daños.

Más aún, el propio Libro I del Código Civil, que contiene las disposiciones sobre el cuidado personal y la administración de los bienes de los hijos que se modificaron, contiene referencias a la “responsabilidad” en el mismo sentido indicado. Así acontece con el art. 256 del Cód. Civil, que señala que “El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes”. A lo que alude esta norma es a fijar una regla de responsabilidad civil (esto es, pago de indemnización de perjuicios) por mala administración de los bienes del hijo.

Estas normas demuestran de forma elocuente cómo el Código utiliza el término “responsabilidad” en un sentido completamente diverso al que pretende darle la modificación legal en comento. Por ello, con la aprobación de esta reforma en esos términos, se introduce incoherencia en la regulación, desde el momento en que el mismo término jurídico (que antes tenía un sentido unívoco en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia) se utilizará para describir fenómenos totalmente distintos.

Es cierto que el concepto de “corresponsabilidad” o “responsabilidad parental” existe en algunos sistemas comparados y documentos internacionales sobre la materia. Pero es cierto también que el derecho civil chileno se ha destacado, desde la época de Andrés Bello, por ser sumamente riguroso a la hora de pretender introducir o importar expresiones foráneas, de forma que no rompan el espíritu general de la legislación y que mantengan la debida “correspondencia y armonía” que debe existir entre todas sus partes, como ordena el art. 22 del Cód. Civil.

Luego, porque la denominada corresponsabilidad parental no se traduce en poderes efectivos para que el juez pueda establecer un cuidado compartido efectivo, en ausencia de acuerdo entre los padres, tal como se mencionará más adelante.

Asimismo, porque la reforma es particularmente ambigua, al no regular de manera sistemática la autoridad parental, sobre si se comparten efectivamente los derechos y deberes entre los padres luego de la separación y en ausencia de acuerdo. Como se dijo, la referencia expresa en la materia fue borrada del texto final en la última etapa de discusión parlamentaria.

Por otra parte, el sentido que se les asigna en la reforma a los términos “responsabilidad” y “corresponsabilidad”, en el contexto de esta regulación sobre el cuidado personal y la relación directa y regular, se presenta como bastante imperfecto e incompleto.

Es una regulación imperfecta desde el momento que se vincula innecesariamente estos conceptos al establecimiento de la custodia compartida y el establecimiento de la relación directa y regular. En realidad, no sólo en tales casos, sino en todas las circunstancias los padres deben compartir equitativamente los deberes y derechos respecto de los hijos, cualquiera sea el régimen de cuidado o visitas. Es cierto que en el trabajo de la Comisión de Constitución del Senado se morigeró esta conexión entre corresponsabilidad y cuidado compartido (en particular, mediante el texto aprobado para el inc. 1° del art. 224 del Cód. Civil), pero la ausencia de una regulación sistemática para esta figura sigue vinculando ambos conceptos.

En ese mismo sentido, resulta también ser una regulación incompleta, desde el momento en que sólo menciona específicamente algunos de los derechos y deberes vinculados a la autoridad parental (crianza y educación). Como se dijo, la regulación de la autoridad parental comprende un universo amplio de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, que usualmente se enumeran al comienzo de tales disposiciones.

Al respecto, es lamentable que algunas indicaciones formuladas en la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, que iban en el sentido de introducir una regulación sistemática en la materia (aun cuando también refiriéndose equívocamente a la “responsabilidad parental” y no a la “autoridad parental”), fuesen desechadas por acuerdo de mayoría, por considerar que iban más allá de las ideas matrices de la reforma.

III. CUIDADO COMPARTIDO

9. La reforma establece expresamente la posibilidad de que los padres “acuerden” un régimen de cuidado personal compartido de los hijos (art. 225, inc. 1°, del Cód. Civil). En la materia, la regla introducida por la reforma dispone lo siguiente: “El

cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad” (art. 225, inc. 2°, del Cód. Civil).

El inc. 1° de ese art. 225 agrega que los padres que viven separados pueden “de común acuerdo” determinar que el cuidado personal de los hijos corresponda a “ambos de forma compartida”.

Por último, el inc. 4° de ese mismo artículo aclara que el juez puede atribuir el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo la posibilidad de que otorgue una modalidad de custodia compartida en ausencia de acuerdo entre ellos.

10. En síntesis, si uno de los propósitos de esta reforma era regular la custodia compartida, las disposiciones aprobadas frustran parcialmente ese objetivo, al menos por las siguientes razones:

i) Ante todo, porque el juez carece, según esta regla de la reforma, de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres. Esto es, se otorga a cada padre un derecho de veto para oponerse y hacer inviable un cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos.

Esto es negativo por varias razones. Desde luego, es criticable porque no significa un avance sustancial respecto de la situación anterior a la reforma, en que los tribunales ya se encontraban aprobando acuerdos de custodia compartida. La única ventaja de este texto es que viene a disipar las dudas acerca de la legalidad de esa medida. Pero tal ventaja se diluye, como se expondrá, por el hecho de que se le reconoce a esta figura una definición restrictiva.

También es objetable porque con esto se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. En efecto, frente a la eventualidad de que el tribunal pueda, en ausencia de acuerdo, asignar una custodia compartida, ambos padres se sentirán proclives a mostrarse más “razonables” en la búsqueda de un esquema de cuidado que beneficie al hijo y que logre una participación equitativa en su crianza. En otras palabras, la facultad judicial de asignar el cuidado personal compartido estimula los acuerdos y facilita la participación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos.

Por otra parte, la propia experiencia comparada muestra que es perfectamente factible y conveniente que el juez pueda establecer una modalidad de cuidado compartido, bajo tres supuestos. El primero es que tal medida sea solicitada al menos por uno de los padres, cuestión que hace presumir que existe disposición de ambos para cuidar al hijo: respecto del padre reticente, porque confía en que la custodia se le asignará, y respecto del padre solicitante, porque precisamente su pretensión es participar activamente en el cuidado del hijo. El segundo supuesto es que la asignación de este cuidado compartido se haga por el juez sobre la base de ciertos criterios, cuestión que ya se hace en la reforma, pues el nuevo art. 225-2 del Código Civil señala criterios para el establecimiento de todo régimen de cuidado personal (con esto, también se erradica todo riesgo de otorgarlo en casos de violencia familiar, conflictos exacerbados y otras situaciones que pondrían en riesgo el interés del menor). El tercer supuesto es que de alguna forma se constate el funcionamiento del régimen decretado, por ejemplo, estableciéndolo de forma provisoria y sujeto a una revisión por el tribunal en un breve plazo.

Cabe destacar que con estas prevenciones el sistema de asignación del cuidado personal compartido por el juez ha funcionado adecuadamente en Francia, de cuyo derecho es históricamente tributario y cercano el sistema chileno.

ii) Luego, también la definición propuesta para el cuidado personal es ambigua y restrictiva, por varias razones:

a) Porque entiende el cuidado personal compartido como un “régimen de vida” determinado en esencia por la “residencia” del hijo, para incidir en su crianza y educación. Esto es erróneo, pues, como se explicó, los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos son mucho más amplios. Así, por ejemplo, la disposición nada dice acerca del derecho de ambos padres de participar en la adopción de decisiones importantes para el hijo, vacío que también se vincula a la crítica expuesta más arriba sobre la ausencia de una regulación sistemática en la reforma de la “autoridad parental”.

b) Porque parece vincular, como también se dijo, la “corresponsabilidad” (concepto, por lo demás, impropio, como lo expuse) a la existencia de un cuidado compartido, cuando es evidente que en todo escenario, cualquiera sea el régimen de cuidado del hijo, ambos padres deben ser titulares de iguales derechos y deberes respecto del hijo.

c) Porque introduce en la definición una restricción que puede hacer inoperante el régimen, al exigir que el cuidado compartido deba pasar por un “sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”.

Es evidente que toda forma de cuidado compartido exige una cierta alternancia en la residencia del menor (aunque puede ser en proporción variable), cuestión que se opone a la definición de la reforma, que exige “continuidad” y “estabilidad” en la residencia.

Resulta particularmente grave que no se haya aclarado en la discusión parlamentaria el alcance de esta disposición, defendida por el SERNAM, pues da la impresión, a partir de sus términos, que en realidad con ello se excluye cualquier alternancia en la residencia del menor, elemento que es consustancial a un cuidado y residencia compartidos. Esto es, con esta norma en verdad se estaría negando todo cuidado y residencia compartidos.

En otros términos, mediante esta definición, incluso las decisiones que actualmente pronuncian los jueces autorizando cuidados compartidos con residencia alternativa, podrían estimarse ilegales.

Paradójicamente, en consecuencia, esta definición puede significar un retroceso en relación al actual estado de cosas, negando toda posibilidad de que los padres puedan acordar un cuidado compartido que involucre alternancia en la residencia del menor. Todo dependerá de la forma en que la interpreten los tribunales, pero efectivamente existe un riesgo de restricción en tal sentido.

d) Porque, por último, tampoco define en términos generales las modalidades de custodia y residencia compartida, entre las cuales se encuentra la residencia alternativa y la modalidad con residencia principal. Este vacío priva al juez de criterios para establecer, en razón de las circunstancias del caso y del interés de los hijos, modalidades adaptadas de cuidado compartido.

11. En síntesis, en esta materia la reforma no asegura un efectivo cuidado compartido desde el momento en que i) No permite que el juez pueda conceder esta mo-

alidad de cuidado personal y residencia a petición de uno de los padres, conforme a los criterios legales de tutela del interés superior del hijo y por un período de prueba sujeto a revisión de su funcionamiento. La experiencia comparada muestra que esta medida es una buena forma de estimular los acuerdos y asegurar una participación equitativa de los padres en el cuidado de los hijos. ii) Introduce la prevención de que esta modalidad de cuidado debe efectuarse por “un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”, que puede transformar en letra muerta esta disposición, pues, por definición, un cuidado compartido requiere cierta alternancia en la residencia de los hijos. Esta restricción de la reforma puede considerarse como un retroceso en relación al estado actual de nuestro derecho, y podría terminar por obstaculizar acuerdos de custodia compartida que actualmente se aprueban por los tribunales. iii) No enuncia las modalidades principales de cuidado personal y residencia compartida, como aquélla con residencia alternativa y residencia principal, de forma de aportar criterios a los jueces en la búsqueda de soluciones adaptadas para tutelar el interés de los hijos.

IV. DESAPARICIÓN DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE A LA MADRE

12. Como se señaló, en la materia, la norma vigente hasta la reforma disponía lo siguiente: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos” (art. 225, inc. 1º, del Cód. Civil).

Ésta era quizá la mayor falencia de la ley chilena, pues envolvía una regla abiertamente perjudicial para los hijos y discriminatoria contra el padre, que ha sido impugnada en el Tribunal Constitucional por ser contraria a la Constitución, que envuelve un sesgo ideológico contra la mujer, y que la mayoría de la doctrina nacional también consideraba contraria al principio de igualdad.

Más aún, esta regla se percibía socialmente como una disposición de clara arbitrariedad contra los padres y que perjudica sobre todo el interés de los hijos, a quienes se termina por privar total o parcialmente de la presencia de uno de sus progenitores en su crianza y educación.

La regla era también contraria al interés superior del hijo, porque si bien con frecuencia puede ser conveniente que los niños (particularmente los lactantes) residan con la madre, ello no ocurre en todos los casos.

La disposición permitía, por el contrario, que las madres sintieran en todo evento a los hijos como “de su propiedad”, lo que reducía la posibilidad de acuerdos que beneficiaran una repartición equitativa de los derechos y deberes entre los padres y la presencia de ambos en su crianza y educación.

En efecto, una disposición de esta naturaleza no hacía más que confirmar una distribución estandarizada de roles entre el hombre y la mujer que provoca, en definitiva, una reducción de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos: la madre parece relegada a la función de custodia y el padre a la función de proveedor.

Tal perspectiva perjudicaba ante todo a los hijos, y era inconsistente con los modelos actuales de relación filial, donde es posible a simple vista percibir una participación mayor del hombre en el cuidado y educación de los hijos, por una parte, y una incorporación creciente de la mujer en actividades remuneradas, por otra. Basta con

constatar cómo han proliferado las organizaciones sociales que luchan por una mayor participación de los padres en el cuidado cotidiano de los hijos, reflejo de un cambio progresivo de cultura y una revisión de tales roles.

Además, la preferencia legal otorgada a la madre, como ha sostenido reiteradamente la doctrina nacional y como es posible constatar en la práctica, envolvía una ventaja procesal estratégica, de tal suerte que los padres llegaban al proceso en un claro pie de desigualdad en relación a su pretensión sobre la custodia del hijo: la madre invocando una atribución que le viene concedida por la ley por el hecho de ser tal, y el padre intentando demostrar por qué razones el juez debería desestimar tal preferencia jurídica.

La regla era, además, abiertamente inconstitucional, pues no resistía ningún análisis desde la perspectiva del principio de igualdad, presentándose como una discriminación arbitraria contra el padre.

En este punto no es necesario ahondar, pues la doctrina mayoritaria en Chile ha insistido —como también se ha hecho en los países donde existía esa regla— que esta disposición establecía una discriminación sobre un criterio arbitrario (pues no obedece a ningún patrón de proporcionalidad).

13. Debe recordarse que esa regla era absoluta: se ordenaba que “todos” los hijos debían residir y estar al cuidado de la madre. Ni siquiera se hacía la distinción —como originalmente se hacía en la legislación nacional— entre hijos hombres y mujeres, y tomando en cuenta su edad.

Debe recordarse también que esa regla nacional era completamente excepcional en el concierto mundial y, porque se opone a varios instrumentos internacionales, era bastante probable que, de mantenerse, nuestro país habría recibido nuevas condenas internacionales por afectar el principio de igualdad (de la CIDH, en particular).

Así también, fundada una supuesta “aptitud natural” de la mujer para cuidar a los hijos, esta regla materializaba una concepción prejuiciada y estereotipada de ésta, que no se condice con la creciente repartición equitativa entre el hombre y la mujer de las labores de cuidado de los hijos y del hogar común, por una parte, y de obtención de recursos y de desarrollo profesional, por otra.

14. Esta norma discriminatoria subsistió prácticamente durante toda la tramitación parlamentaria de la reforma.

No obstante, en su último trámite constitucional fue sustituida por la siguiente: “A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo” (art. 225, inc. 3°, del Cód. Civil).

Esto es, luego de la separación de los padres, para determinar el cuidado personal de los hijos menores debe estarse a lo siguiente:

i) Ante todo, prevalece el acuerdo de los padres, quienes pueden otorgar el cuidado personal a uno de ellos u otorgarlo a ambos de manera compartida (art. 225, inc. 1°, del Cód. Civil). Este acuerdo debe referirse a todos los hijos menores (antes, la ley permitía la separación de los hermanos, hoy no), y debe determinar de inmediato el régimen de relación directa y regular que beneficiaría al padre que no tenga el cuidado de los hijos.

Debe tenerse en cuenta lo expuesto más arriba acerca de la definición restrictiva que se le otorgó al cuidado personal compartido, y los problemas que ello podría provocar cuando el acuerdo se efectúe ante el tribunal de familia (en el marco del “acuerdo completo y suficiente”).

ii) A falta de acuerdo, el juez sólo puede otorgar el cuidado personal de los hijos a uno de los padres (art. 225, incs. 4° y 6°, del Cód. Civil), sobre la base de los criterios incorporados por la reforma en el art. 225-2° del Cód. Civil, analizados más adelante en este comentario.

iii) Ahora bien, mientras no exista acuerdo, y no se pronuncie el tribunal, la reforma establece una regla de alcance provisorio, en orden a que los hijos menores seguirán al cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo (art. 225, inc. 3°, del Cód. Civil).

La regla propuesta obedece a un consenso logrado en la Comisión Mixta (última etapa del proceso legislativo de la reforma), entre quienes propendían a la eliminación de la atribución preferente a la madre de todos los hijos y quienes estaban por su mantención, insistiendo en la necesidad de una regla “supletoria” o “provisoria” que resolviera el cuidado de los hijos mientras no existiera acuerdo o decisión judicial.

Finalmente, se optó por esta regla transaccional que borra la preferencia materna, pero que de todas formas contiene una norma supletoria (haciéndose eco de las afirmaciones —erróneas, en mi parecer— de que la ausencia de una norma de esta naturaleza aumentaría la litigiosidad).

15. No obstante, la disposición plantea nuevas interrogantes.

En primer lugar, ¿cómo se acreditará la convivencia para estos efectos? Usualmente los hijos conviven con ambos padres antes de la separación. En tal caso, ¿con quién de los padres se estimará convivir?; ¿basta que la convivencia se radique por unas semanas o días en uno de los padres para que éste logre la preferencia legal?

En segundo lugar, la misma noción que se utiliza (“convivencia”) no tiene una acepción precisa en este sentido. De hecho, etimológicamente sólo significa “vivir en compañía de otro”, y las escasas utilizaciones que tiene en el derecho nacional le atribuyen un significado vinculado a una relación estable de pareja sin vínculo matrimonial (tal como se hizo presente en la misma discusión parlamentaria por el propio SERNAM). Así, es posible anticipar dudas de interpretación. ¿Qué sucede, por ejemplo, en casos en que la relación de pareja está rota pero ambos padres siguen viviendo con los hijos, o cuando ellos viven con los abuelos?

Por último, es posible también sostener que esta norma envuelve ciertos riesgos, pues si ella atribuye una preferencia (aunque sea transitoria) al padre o madre que convive con los hijos, es lógico que podría ello envolver un incentivo implícito a convertirse en el único padre que convive con los hijos, tratando de conservar el hogar común y presionar para que el otro parta. La regla, por esto, puede traer aparejado un incentivo implícito a la violencia intrafamiliar.

De todas formas, y en lo que importa para los efectos de este comentario, esta regla funciona como una medida supletoria y provisorio, mientras no exista acuerdo o decisión judicial, y en el caso en examen ya existe un convenio sobre la materia y debe entenderse que prima por sobre esa regla.

V. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS MENORES

16. En la materia, la reforma introduce una serie de criterios copulativos que deben ponderarse judicialmente para la definición del régimen y atribución del ejercicio

del cuidado personal, tales como la vinculación afectiva entre padres e hijos, la aptitud de los padres para proporcionarles un entorno adecuado, la aptitud de cada padre a cooperar con el otro y asegurar la relación directa y regular, la opinión expresada por el hijo, entre otros (art. 225-2° del Cód. Civil).

Cabe destacar la acertada decisión de introducir estos criterios en el Código Civil, y no en la Ley de Menores, como venía propuesto por la Cámara de Diputados, cuestión que incluso se oponía a sugerencias formuladas a nuestro país por organismos internacionales.

17. Estos criterios son los siguientes:

i) “La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar”.

Cabe destacar sobre este criterio que se incorporó expresamente la consideración del vínculo del hijo con los restantes integrantes del grupo familiar del padre o madre que solicita su cuidado personal.

ii) “La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad”.

Sobre este criterio se destaca que en otra disposición (art. 225, inc. 5°, del Cód. Civil) se aclara que las decisiones judiciales sobre la atribución del cuidado personal no pueden fundarse “exclusivamente” en la capacidad económica de los padres. Evidentemente, es un factor que deben tener en cuenta los jueces al momento de decidir, pero no por ello deben prescindir de otras consideraciones que puedan llevar a concluir que uno de los padres asegura de mejor forma que el otro el interés preferente del hijo.

iii) “La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo”.

Este fue un criterio largamente debatido, pues el SERNAM pretendía introducir una sanción en orden a impedir que el padre que no hubiese hecho tal contribución pudiese optar por el cuidado personal (norma que se quería introducir en el art. 225 del Cód. Civil). Finalmente, sólo se reguló como un criterio, sin asignarle tal sanción, cuestión que es consistente con el hecho de que no existe tampoco en la reforma una sanción equivalente a la obstaculización de la relación directa y regular.

iv) “La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inc. 5° del art. 229”.

v) “La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades”.

Esta disposición es riesgosa, por cuanto por su intermedio pueden adoptarse decisiones sobre un esquema de relaciones familiares que ya no existe y que es completamente diverso del que sucede a la separación. Durante la armonía familiar es usual que los padres se distribuyan roles, y que uno de ellos dedique mayor tiempo al cuidado cotidiano del hijo, mientras que el otro asigne una mayor parte de su jornada a obtener los recursos para la familia. Luego de la ruptura, los roles necesariamente se alteran, y es natural que el padre que estaba a cargo del cuidado cotidiano pretenda acceder a un trabajo remunerado y que el padre que esencialmente tenía un rol de proveedor deba y quiera tener una mayor participación en el cuidado del hijo.

Si la decisión del juez se toma sobre la base del pasado, es evidente que uno de los padres puede ser perjudicado. En otros términos, la decisión sobre el cuidado personal debe ser enfocada hacia el futuro, hacia aquello que asegure de mejor forma el interés del menor y la aptitud de los padres, y no hacia un esquema pasado que necesariamente ya no se prolongará.

Estas aprehensiones, planteadas en la Comisión de Constitución, al menos lograron incorporar la expresión “especialmente” en esta regla.

vi) “La opinión expresada por el hijo”.

Se destaca también el haber generalizado la regla de considerar la “opinión expresada por el hijo”, y no especialmente cuando el hijo haya alcanzado los 14 años de edad, cuestión que también habría ido en contra de instrumentos internacionales en la materia.

vii) “El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar”.

viii) “Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio”.

ix) “El domicilio de los padres”.

x) “Cualquier otro antecedentes que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

Cabe destacar, finalmente, que es una modificación favorable el que se hayan establecido criterios para la asignación del cuidado personal, que ponen atención en su interés superior, desvinculándose con ello el cambio de atribución del cuidado personal del carácter sancionatorio que tenía antes de la reforma.

VI. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

18. La reforma efectúa varias modificaciones en la materia.

i) Ante todo, invierte la redacción de la regla fundamental en materia de relación directa y regular, que antes señalaba: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber...” (art. 229, inc. 1º, del Cód. Civil). La nueva norma, acertadamente, le otorga una nueva redacción que pone en evidencia que tal relación directa y regular no es excepcional, sino que es una regla generalísima: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular...”.

ii) No se incluyó la referencia a que esta relación directa y regular debe ser “personal”, que venía en el texto aprobado por la Cámara de Diputados (repetido en varios incisos de los arts. 225 y 229 del Cód. Civil). Esta exigencia pretendía efectuar una restricción innecesaria, que no se condice con las posibilidades materiales de muchos padres de mantener contacto permanente con el hijo y participar en su crianza —en beneficio de su interés superior—, a pesar de que razones labores o de otra índole le impidan residir en la misma ciudad.

iii) Se eliminaron algunos sesgos ideológicos, que provenían del texto aprobado por la Cámara de Diputados, y que hacían una expresa referencia de que esta relación directa y regular se refería al “vínculo paterno filial” entre el padre no custodio y el hijo (o “relación paterno filial”, como se señalaba también más adelante en el texto), suponiendo con ello que es siempre el padre (y no la madre) a quien se priva del cuidado personal y a quien se le otorga la relación directa y regular (art. 229, incs. 2º y 3º, del Cód. Civil).

En su lugar, el texto de esa disposición alude, en la redacción aprobada por la reforma, al “vínculo familiar”.

iv) Se dispone claramente que el juez, cuando establezca el cuidado personal del hijo a cargo de uno de los padres, debe necesariamente, de oficio o a petición de parte en la misma resolución, fijar la relación directa y regular que le corresponde al otro (art. 225, inc. 4º, del Cód. Civil).

v) Se aclara que la relación directa y regular tiene por propósito mantener la relación familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y el hijo, mediante un contacto “periódico y estable”, de forma de fomentar una “relación sana y cerna”, velando por su “interés superior”, su “derecho a ser oído” y la “evolución de sus facultades” (art. 229, incs. 2º, 3º y 4º, del Cód. Civil).

vi) Tal como en el caso del cuidado personal, la reforma introduce criterios pertinentes para acordar o fijar por el juez la relación directa y regular, como la edad del hijo, su vínculo con el padre o madre (según corresponda), la relación con parientes cercanos, el régimen de cuidado personal, entre otros (art. 229 del Cód. Civil). Asimismo, cabe destacar que estos criterios se introducen en el mismo texto del Código, y no en la Ley de Menores, cuestión que parece consistente con el derecho común que expresan y con la relevancia de su contenido.

vii) Se acentúa que, al acordar o fijar por el juez el régimen de relación directa y regular, se debe velar por asegurar la “mayor participación y corresponsabilidad” de los padres en la vida del hijo (art. 229, inc. 4º, del Cód. Civil). Si bien la expresión “corresponsabilidad” es discutible, como ya se expuso, al menos deja en evidencia la necesidad de que la autoridad parental sea ejercida por ambos padres, en toda su amplitud, con independencia de la residencia del hijo.

viii) Se establece expresamente el deber del padre que ejerza el cuidado personal de no obstaculizar la relación directa y regular del otro con el hijo (art. 229, inc. 5º, del Cód. Civil). No se le asigna una sanción específica a la infracción a este deber, en particular, la atribución del cuidado personal del hijo al otro padre.

VII. REVISIÓN DE OTRAS MODIFICACIONES

19. La reforma introduce otras modificaciones relevantes. En los párrafos siguientes se expondrán las principales.

i) Dispone que la modificación del régimen de cuidado personal acordado o fijado por el juez no procede cuando se hace “indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, sino “cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo hagan conveniente” (art. 225, inc. 4º, del Cód. Civil).

Esta modificación presenta varias ventajas: a) sustituye la norma que planteaba la sustitución del titular del cuidado personal como una “sanción” a conductas culposas (maltrato, descuido, etc.), centrando el análisis sobre la conveniencia para el interés del hijo (es decir, en la pregunta ¿con quién se encuentra asegurado de mejor forma el interés superior del niño?); b) deroga el carácter excepcional de esta medida (graficada en la expresión “indispensable”); y, por último, c) se desvincula esta norma de las “inhabilidades” de los padres, previstas en el art. 42 de la Ley de Menores, las que se aclaran que “sólo” se aplican respecto del art. 226 del Cód. Civil (esto es, cuando

el cuidado personal es solicitado por un tercero), suprimiendo con ello una práctica judicial errónea en la materia.

ii) Introduce una medida de apremio, claramente definida, para obligar a hacer entrega del hijo si se hubiere decretado ello por sentencia judicial (art. 227, inc. 3º, del Cód. Civil).

iii) Deroga el art. 228 del Cód. Civil, que establecía una odiosa disposición que obligaba a solicitar autorización del cónyuge para tener en el hogar común al hijo no nacido de ese matrimonio.

iv) Asimismo, constituye un gran avance el que se haya reconocido expresamente la posibilidad de que los “abuelos” puedan solicitar al juez el establecimiento de un régimen de relación directa y regular con el niño (art. 229-2º del Cód. Civil). Si bien este derecho se podía entender implícito en disposiciones de leyes especiales, resulta particularmente simbólico y efectivo el que se reconozca abiertamente este derecho en el texto de la legislación común.

v) Por último, en materia de mejoras a la legislación, cabe mencionar el que se haya perfeccionado en parte la “patria potestad”.

No obstante, resulta lamentable que no se haya aprovechado esta oportunidad para unificar el tratamiento de los derechos y deberes personales y patrimoniales respecto de los hijos (como ocurre en prácticamente todo el derecho comparado), eliminando la institución de la “patria potestad”, que es una noción que, debe recordarse, nació para discriminar a la mujer.

En todo caso, entre las mejoras a este texto está el asignar, en el inc. 2º del art. 244 del Cód. Civil, de consuno la patria potestad al padre y a la madre “a falta de acuerdo”.

Asimismo, resulta destacable el que se haya hecho la distinción entre actos de “mera conservación”, donde los padres pueden actuar separadamente (aunque ejerzan la patria potestad conjuntamente) y los otros actos (que involucran disposición, y donde deben actuar conjuntamente, o con intervención judicial a falta de acuerdo). Con ello se desestima la equívoca redacción que venía aprobada por la Cámara de Diputados, que aludía a una actuación conjunta sobre actos de “representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones” (art. 244, inc. 3º nuevo, del Cód. Civil). Era evidente, en efecto, que tal disposición daría lugar a serios problemas de interpretación (¿qué actos de representación prescinden absolutamente de envolver la afectación de derechos y obligaciones?), resultando, por lo demás, ajena a nuestra tradición jurídica.

LA HERENCIA EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES: EL VIUDO, LA LEY Y EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

por MARÍA ARACY MENEZES DA COSTA*

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil de Brasil del año de 1916 ha permanecido hasta el año de 2003, cuando entró en vigor el Código de 2002. Hasta entonces, las alteraciones que tenía eran por leyes dispersas, que modificaban el articulado.

En la herencia, la parte más significativa ha sido a través de leyes que aceptaran las uniones de hecho como entidades familiares. La primera ha sido la ley 8971, del año de 1994¹. Después, la ley 9274, de 1998², ha llegado para complementar la primera. Las uniones de hecho hasta entonces no tenían recepción legal en la legislación de Brasil. La concubina no tenía derechos, solamente impedimentos³.

La sucesión legítima no tenía al viudo como heredero necesario, tan sólo como heredero en tercer lugar después de los descendientes y ascendientes⁴. Solamente con el Código de 2002, que empezó a tener efectos un año después, fue que el viudo ha sido considerado heredero necesario. O sea: si la persona muere, y es casada, y quie-

* Doctora en Derecho. Maestra en Derecho. Especialista en Planeamiento Educacional. Licenciada en Letras. Ex Vicedirectora de la Facultad de Derecho de PUC/RS y de la Escuela Judicial AJURIS/RS. Jueza jubilada, abogada, profesora, autora de libros y artículos nacionales e internacionales. Miembro del Consejo Editorial de la Revista da AJURIS y del Consejo Editorial Internacional de la Revista de Derecho de Familia de CR.

¹ http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.971-1994?OpenDocument, Ley 8971, de 29/12/1994. Regula el derecho de los compañeros a alimentos y sucesión.

² http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.278-1996?OpenDocument, Ley 9278, de 105/1996. Regula el § 3 del art. 226 de la Constitución Federal.

³ Art. 1719 del Código de 1916: “No pueden, también, ser nombrados ni herederos ni legatarios: (...) la concubina del testador casado”.

⁴ Art. 1723 del Código de 1916: “El testador que tiene descendientes o ascendientes como sucesores no podrá disponer de más que la mitad de sus bienes; la otra pertenecerá de pleno derecho a los descendiente o, en su falta, a los ascendientes, de los cuales constituye la legítima, conforme lo dispuesto en ese Código” (arts. 1603 a 1619 y 1723).

re hacer testamento, hay que dejar la “legítima” —50% de sus bienes— para los herederos necesarios, que son, hoy, en el orden sucesorio, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge⁵.

Esa modificación ha ocurrido porque el nuevo Código tiene un eje más protector direccionado al cónyuge que sobrevive, para que tenga amparo en virtud de la viudez⁶.

De esa forma, en el Código Civil de 2002, la concurrencia del cónyuge con los descendientes y ascendientes pasó a operar de conformidad con el régimen de bienes. La idea que prepondera es que, en la concurrencia sucesoria, cuando el viudo no tiene derecho a la mitad de los bienes por el régimen de casamiento, tiene derecho a concurrir en la herencia sobre los bienes particulares del muerto con los otros herederos, sean descendientes o ascendientes. Pero, si tiene la mitad de los bienes, no participa de la herencia de esos bienes con las otras clases de herederos que lo anteceden, los descendientes y los ascendientes.

II. LA CONCEPCIÓN DE FAMILIA Y LA SUCESIÓN LEGÍTIMA

La familia actual no es ni mejor ni peor que la del siglo pasado. Empero, su modelo es muy diferente de las estructuras de poder y de afecto de arquetipos anteriores.

En la mitad del siglo pasado se ha iniciado una modificación en el perfil de la familia brasilera, con la urbanización de las ciudades, la luz eléctrica, los modos y costumbres de Europa que llegaron con la corte portuguesa. Se ha operado una mezcla de culturas con el aumento de ciclo inmigratorio.

La familia ha adquirido una cara más afectiva, las personas obtuvieron la posibilidad de escoger su par, ha ocurrido una reformulación de los roles del hombre y la mujer tanto en los lares como el mercado de trabajo. Asimismo, ha permanecido la sumisión de la mujer al hombre: primero a su padre, después a su hermano y después a su marido.

El cuño autoritario de las relaciones paternas filiales empezó a desaparecer.

En el siglo pasado, el matrimonio era indisoluble, la mujer ejercía el papel de concepción, generación y creación de los hijos, sin que se dé relevancia a su placer; tenía que ser pura, y si era adúltera era condenada. El aborto era prohibido y recriminadas las prácticas contraceptivas. Lo que era condenado en el siglo pasado, llamadas posturas “ilegítimas”, poco a poco ha tomado forma, como el derecho femenino al orgasmo, la práctica sexual después de los cincuenta años, el exceso de relaciones y pasatiempos amorosos, las opciones por el amor libre, la practica homosexual.

A las mujeres todo les estaba prohibido; a los hombres, todo permitido. Para el hombre, la complacencia; para las mujeres, la recriminación.

Si miramos una foto de familia del siglo pasado, vemos que era común que el padre estuviera sentado, su mujer atrás de él, en pie, y los hijos a su alrededor, también de pie. Esa especie de foto expone los trazos de la familia de antes, y por ella se puede confirmar las transformaciones de la familia actual en Brasil, principalmente por el lugar que ocupan los personajes. Hoy, la mujer sale de su posición de atrás del hom-

⁵ Art. 1845: “Son herederos necesarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

⁶ Barbosa, Águida Arruda, “A concorrência sucessória e a ampliação dos conflitos familiares”, *Revista Brasileira de direito de Família*. vol. 1, nro. 1, Síntese, IBDFAM, Porto Alegre, abr/jun 1999, p. 153.

bre y se pone a su lado; los hijos transpiran más afecto... La mujer levantó su mirada, tiene una postura firme, ocupó su espacio participativo al lado de su marido, participando, organizando y administrando la vida de la familia.

Los hijos abandonaron su papel secundario, asumiendo su papel económico en la vida familiar, se destacan por sus cualidades y pasan a tener capacidad decisoria.

La idea de afectividad se ha tornado el gran parámetro modificador de las relaciones familiares.

Se ha formado un nuevo escenario, donde todos empiezan a tener una visión más clara de esos nuevos personajes, del nuevo “*script*” que constituye la familia de la posmodernidad.

Con la Constitución de 1988, el vínculo de afectividad ha sido valorizado, pues, además de la familia con el casamiento, también la unión de hecho ha sido valorizada. Eso porque la familia ha sido entendida como formación social que tiene en vista la persona y sus componentes. El derecho del sucesor surge en virtud de la muerte del *de cuius*, teniendo en cuenta las cualidades específicas del heredero y sus relaciones con el autor de la herencia en el medio de la convivencia familiar. Es la concretización del principio de la solidaridad constitucional. Las reglas que consagran la sucesión necesaria establecen la posibilidad de distribución de los valores materiales entre los familiares, atendiendo a sus necesidades como concretización de una vida digna⁷.

Tiene inicio un lento progreso de ideas, concepciones, maneras de ver los hechos de la vida y las relaciones humanas, distinto de lo que se tenía hasta entonces. La ruptura paradigmática ocurrió.

Pero las modificaciones que el nuevo Código ha traído no son bien aceptadas por todos. Principalmente en lo que trata de la sucesión del compañero en las uniones de hecho, que tienen un tratamiento diferenciado que en el matrimonio.

Mismo en el matrimonio, la inclusión del viudo como heredero necesario no ha agradado a todos. Y mucho menos su participación como concurrente con los demás herederos, sean los descendientes, sean los ascendientes... y es esa parte, justamente, la más controvertida: el viudo que tiene concurrencia en la herencia con los demás herederos necesarios.

“La ley, en ese caso, al contrario de cumplir su función, como dice Freud, de instituir un nuevo orden jurídico con el vacío de la muerte que necesariamente instituye una nueva configuración a la familia, puede hacer eco al desamparo traído por la muerte”⁸.

III. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE

Los derechos sucesorios del cónyuge están más ampliados que en el Código anterior. Antes, era solamente llamado en tercer lugar, si no tuviera descendientes y ascendientes. Venía como heredero legítimo, pero no era considerado heredero necesario, o sea, su cónyuge podía testar todos sus bienes para otras personas, sin tener que dejar la mitad —la legítima— para el viudo. Los herederos necesarios eran tan solamente los descendientes y los ascendientes.

⁷ Nevares, Ana L. M., “Os direitos sucessórios do cõnjuge e do companheiro”, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBD FAM, vol. 1, nro.1, abr/jun 1999, p. 144.

⁸ Barbosa, Águida Arruda, “A concorrência...”, cit., p. 169.

Promovido a heredero necesario con el nuevo Código Civil⁹, el cónyuge sobreviviente, si no hay descendientes ni ascendientes, tiene garantizado su participación en la herencia, como mínimo, a la mitad de los bienes (la legítima)¹⁰.

Gran novedad del Código de 2002 ha sido que el cónyuge tiene participación en la herencia juntamente con los descendientes, *dependiendo del régimen de bienes*. Si era casado, por (el régimen de) la comunidad universal de bienes, tiene la mitad —es copropietario— y por eso no tiene derecho a concurrir con los descendientes en la herencia. Lleva solamente su mitad.

Juntamente con descendientes del muerto, el viudo tiene participación en la herencia con relación a los bienes cuando no tiene mitad, o sea: si tiene la mitad, no concurre con los descendientes; si no tiene la mitad, concurre con los descendientes. Se puede ver en la organización sucesoria del Código en vigor que hay una preocupación con el viudo, pues o bien es heredero —y su situación económica estará garantizada— o bien es dueño de la mitad —cuando de la misma forma está protegido económicamente—.

El art. 1829¹¹ ha provocado modificaciones radicales en el orden de la vocación hereditaria. Pero ese dispositivo no tiene consecuencias si el muerto estaba casado bajo el régimen de la comunidad universal, o si el régimen de comunión parcial no ha dejado bienes particulares, y no tiene consecuencias también, si estaba casado, en la separación obligatoria de bienes.

En el Código anterior, solamente sería llamado si no hubiera descendientes ni ascendientes (en tercer lugar), conforme el artículo 1603¹² del Código de 1916.

Actualmente, en Brasil, el viudo tiene derecho real de habitación en la morada de la familia, independientemente del régimen de bienes, desde que sea la única de aquella especie.

La concurrencia del viudo en la herencia con descendientes del muerto ocurre en algunas situaciones, que dependen del régimen de bienes de su casamiento. Ya con

⁹ Art. 1845: “Son Herederos necesarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

¹⁰ *Ementa*: Embargos de declaración. Agravo de instrumento. Sucesiones. Inventario y división. Muerta que no ha dejado herederos en las líneas descendiente y ascendiente. Casamiento en régimen de separación total de bienes. Testamento de la parte disponible hecho por la fallecida en favor de colaterales. Bienes existentes adquiridos en la constancia del matrimonio. Habilitación del cónyuge sobreviviente en inventario de los bienes de la muerta. Derecho a herencia que se reconoce a lo cónyuge sobreviviente, que no se confunde con la mitad por el régimen de casamiento. Alegación de omisión en el juzgado. Inocurrencia de los requisitos del artículo 535 del CPC. Rediscusión del mérito. Imposibilidad. Precuestionamiento. Embargos de declaración des acollidos. (Embargos de declaración 70042376822, Séptima Cámara Civil, Tribunal de Justicia do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, juzgado el 11/5/2011).

¹¹ Art. 1829: “La sucesión legítima se llama en el orden siguiente: I. a los descendientes, en concurrencia con el cónyuge sobreviviente, salvo si casado éste con el muerto en el régimen de la comunión universal, o en la separación obligatoria de bienes (art. 1640, párrafo único); o, si en el régimen de la comunión parcial el autor de la herencia no ha dejado bienes particulares; II. a los ascendientes, en concurrencia con el cónyuge sobreviviente; III. al cónyuge sobreviviente; IV. a los colaterales”.

¹² Art. 1603, CCiv. 1916: “(I)a sucesión legítima se llama en el orden siguiente: I. a los descendientes; II. a los ascendientes; III. al cónyuge sobreviviente; IV. a los colaterales; V. a los municipios, al Distrito Federal o a la Unión”.

los ascendientes, si no hay descendientes, la concurrencia ocurre *siempre*, independientemente del régimen de bienes.

IV. LA CONCURRENCIA DEL CÓNYUGE CON LOS DESCENDIENTES

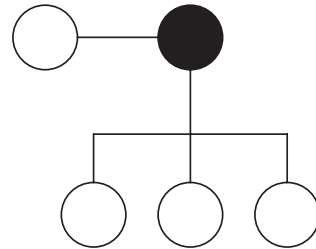
De conformidad con el artículo 1829, el cónyuge *no concurre* en la herencia con los descendientes si estuvo casado en régimen de comunión universal de bienes, o régimen de separación obligatoria de bienes, o en régimen de comunión parcial de bienes *sin* bienes particulares del muerto (anteriores al matrimonio o posteriores por donación o por herencia).

Por otro lado, de conformidad con el mismo artículo, el cónyuge sobreviviente *concorre* en la herencia con los descendientes (art. 1832) en el régimen de separación de bienes con pacto antenupcial, en el régimen de participación final de los acuerdos¹³ y en el régimen de comunión parcial de bienes *con* bienes particulares del muerto.

En los casos en que *concorre*, la herencia será dividida de la forma siguiente:

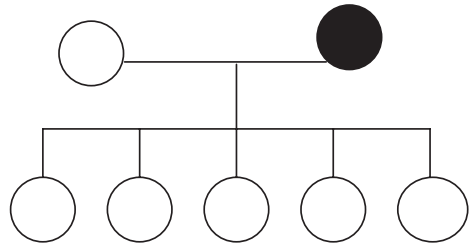
Los bienes serán divididos en cuotas iguales entre los descendientes y el cónyuge sobreviviente si el muerto dejare hasta tres descendientes, y el sobreviviente sea también ascendiente de los herederos; lo mismo si el muerto dejare cualquier número de descendientes y el cónyuge sobreviviente *no* es ascendiente de los herederos (art. 1832),

Hereditario	Cuota
Cónyuge	200
Descendiente	200
Descendiente	200
Descendiente	200
Total	800



Si, por otro lado, el muerto tenía más de tres descendientes y el cónyuge sobreviviente es ascendiente de los herederos, el viudo va recibir la cuarta parte de esos bienes, y el restante será dividido entre los descendientes del muerto que sean también descendientes del cónyuge sobreviviente:

Hereditario	Cuota
Cónyuge	200
Descendiente	120
Descendiente	120
Descendiente	120
Descendiente	120
Descendiente	120
Total	800

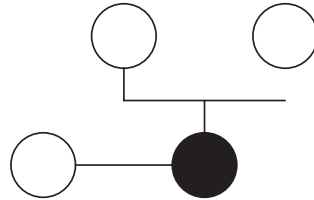


¹³ Art. 1672: "En el régimen de participación final de los acuerdos, cada cónyuge tiene patrimonio propio, conforme determina el artículo siguiente, y tiene, cuando se termina el matrimonio,

Con relación a la concurrencia con los ascendientes, el cónyuge sobreviviente concurre *siempre*, independientemente del régimen de bienes (1837), y lo hace de la forma siguiente:

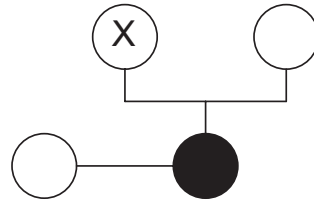
a) Concurriendo con ascendientes de primer grado, *padre y madre del fallecido*, el cónyuge sobreviviente recibirá un tercio de la herencia.

Herderos	Cuota
Cónyuge	266.666,66
Padre	266.666,66
Madre	266.666,66
Total	800.000,00



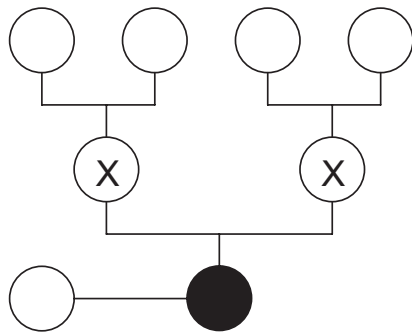
b) Concurriendo solamente con el *padre o con la madre* del muerto —ascendientes de primer grado— el cónyuge sobreviviente recibirá la mitad de la herencia:

Herederos	Cuota
Cónyuge	400.000
Padre o Madre	400.000
Total	800.000



c) Si la concurrencia es con ascendientes de segundo grado, tercero o más, el cónyuge sobreviviente recibirá la mitad de la herencia, y el restante será dividido, por líneas, entre los ascendientes herederos:

Herederos	Cuota
Cónyuge	400.000
Ascendente A	100.000
Ascendente B	100.000
Ascendente C	100.000
Ascendente D	100.000
Total	800.000



derecho a la mitad de los bienes adquiridos por la pareja, a título oneroso, en la constancia del matrimonio". Art. 1673: "Componen el patrimonio propio los bienes que cada cónyuge tenía cuando se casó, y los por él adquiridos a cualquier título, en la constancia del casamiento".

El Código Civil de 2002¹⁴, en su artículo 1845¹⁵ —sin correspondiente en el Código anterior—¹⁶, determina que el cónyuge pasa a integrar el rol de los herederos necesarios, pero menciona solamente el cónyuge, silenciando respecto del compañero en las uniones de hecho¹⁷.

Igualmente, el Código Civil de 2002 no se manifiesta al respecto de las situaciones en que el muerto tiene hijos con madres diversas, y el cónyuge sobreviviente es ascendiente de unos herederos pero no es de los otros, que son de otras madres.

V. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SU POSICIÓN DIFERENCIADA ANTE EL DISPOSITIVO LEGAL: UNA CONSTRUCCIÓN *CONTRA LEGEM*

Una situación se muestra muy clara en todo esto por el artículo 1829 del Código Civil: si hay descendientes del muerto, el viudo *no concurre* con ellos sí estuvo casado en el régimen de comunión universal (pues ya es dueño de la mitad de todo), o en régimen de separación obligatoria (como para los mayores de 70 años, no conforme el párrafo único del art. 1640, como dice de forma errada el Código, sino según el artículo 1641); o si en el régimen de la comunión parcial, el autor de la herencia no tuviera bienes particulares. En los otros regímenes, entonces, concurre: comunión parcial con bienes particulares (concorre sobre los bienes particulares tan solamente)¹⁸, participación final en los acuerdos, y *separación total con pacto antenupcial*.

Entretanto, las personas empezaron a mostrarse contrariadas en virtud de que, en el régimen de separación absoluta de bienes, si la persona no ha querido comunicar sus bienes en vida, y por eso escogió el régimen de separación absoluta, es cierto —dicen ellas— que no quisiera también que ellos se comunicasen a la otra persona en virtud de su muerte.

Esa manifestación ha encontrado eco principalmente para casos en que una persona con 60 años, muy rica, divorciada, con hijos, se casa con otra de 30, muy pobre. Se casan con separación de bienes por pacto antenupcial —nada se comunica, ni los bienes, ni los frutos, ni los rendimientos—. Entretanto, dos meses después esa per-

¹⁴ Novo Código Civil Brasileiro, ley 10406, de 10/1/2002. De Melo Braga Tapai, Giselle (coord.), *Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante*, prefácio do Prof. Miguel Reale, 2a. ed., revista e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

¹⁵ Ver nota 10,- art. 1845.

¹⁶ Código Civil de 1916, ley 3071, de 1/1/1916.

¹⁷ Costa, Maria Aracy Menezes da, "O direito das sucessões no novo código civil brasileiro", *Revista da AJURIS*, nro. 88, t. I, Porto Alegre, diciembre de 2002, ps. 261-275 (c/errata en nro. 89, p. final).

¹⁸ *Ementa*: Agravo de instrumento. Sucesión del cónyuge. Art. 1829, I del Código Civil. Casamiento en régimen de comunión parcial de bienes. Mitad sobre los bienes adquiridos en el matrimonio y derechos hereditarios solamente sobre los bienes particulares. Cuando casados en el régimen de la comunión parcial de bienes, la sucesión del cónyuge ocurre con el sobreviviente en concurrencia con los descendientes solamente con relación a los bienes particulares, una vez que sobre los bienes comunes ya le tocará la mitad. Negaron el recurso. Unánime. (Agravo de instrumento 70045853652, Sétima C"mara Cível, Tribunal De Justicia de RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, juzgado el 28/3/2012).

sona de 60 años muere... Por la ley, la viuda va concurrir con los hijos del muerto, y la herencia tendrá que ser dividida en cuatro partes... Injusticia, dicen los que están en contra del nuevo artículo 1829... En verdad, puede parecer una injusticia, pero... así es...

Las modificaciones en el Código Civil de 2002 han sido tanto buenas como malas... malas principalmente para las uniones de hecho, que tuvieron un retroceso ante la nueva ley. Pero así es la ley.

Si ese descontento se limitase a simples manifestaciones contrarias a nueva ley, todo bien, pero no, ha ido más distante. Un recurso llegó al Superior Tribunal de Justicia, y la decisión ha sido sorprendente. En el recurso especial 992.749 - MS (2007/0229597-9), la tercera Sala del Superior Tribunal de Justicia (STJ) llegó a conclusión de que el cónyuge sobreviviente que estaba casado en el régimen de la separación convencional de bienes —con pacto antenupcial— no participa de la herencia, no tiene concurrencia con los descendientes del muerto.

La decisión examinó un pedido de tres descendientes del muerto para negar la participación de la viuda de su padre como heredera. El juez no lo ha acogido, y decidió que la viuda tenía, sí, derecho a herencia. Los herederos han recurrido, por entender que el régimen de la separación convencional es válido no sólo para la vida sino también para la muerte, y que entender diferente es una violación a la voluntad de las partes. Argumentaron que si su padre se hubiere querido casar con separación total, no es para que una vez muerto sus bienes vayan a la viuda. La idea es que si eligió el régimen de separación de bienes, ha sido justamente para que la otra parte de la pareja no tenga los bienes, ni en vida, ni después de su muerte: no herede la viuda...

El Tribunal de Justicia de Mato Grosso do Sul (TJMS) negó el recurso de los hijos. Los hijos recurrieron y el caso fue al Superior Tribunal de Justicia. La relatora, ministra Nancy Andrighi, al decidir, destacó que no hay para el cónyuge casado con separación total de bienes derecho a mitad, y tampoco a herencia, pues se debe respetar el régimen de bienes pactado en vida, y ese pacto obliga en la vida y en la muerte.

La situación no termina ahí, es más que eso: la ministra relatora ha concluido que la separación obligatoria a que se refiere el artículo 1829, I, del CCiv./2002 es “género que congrega dos especies”: la separación convencional y la separación legal, y por eso en los dos regímenes el cónyuge sobreviviente no es heredero *necesario* (sic).

Así está la conclusión sintetizada del juzgamiento del Superior Tribunal de Justicia: “Recurso especial 992.749 - MS (2007/0229597-9). Relatora: ministra Nancy Andrighi - Out/2009.

“Derecho civil. Familia y sucesiones. Recurso especial. Inventario y partición. Cónyuge sobreviviente casado en el régimen de separación convencional de bienes, por medio de acuerdo prenupcial por pública escritura. Interpretación del art. 1829, I del CCiv./2002. Derecho a competir con los descendientes hereditarios de la persona fallecida. No ocurrencia.

— Impuesto el análisis del art. 1829, I del Código Civil, dentro del contexto del sistema jurídico, interpretando el dispositivo en armonía con los demás que componen la temática, en una atenta observancia de los principios y directrices teóricas que le dan forma, marcadamente, la dignidad de la persona humana, por medio de la autonomía de la voluntad, que se abre, en el plan de la libre manifestación de la voluntad humana, a través de la autonomía de la voluntad, de la autonomía privada y de la con-

secuente auto-responsabilidad, bien como de la confianza legítima, de la cual fluye la buena fe: la ética por fin, viene complementar el sustentado principio lógico que debe delinear los contornos de la norma jurídica.

“— Hasta la promulgación de la ley 6515/1977 (Ley de Divorcio), ha permanecido en el derecho brasileño, como régimen legal de bienes, el de la comunión universal, en el cual el cónyuge sobreviviente no concurre a la herencia, porque ya tiene la mitad de todo el patrimonio de la pareja; a partir de la vigencia de la Ley de Divorcio, el régimen legal de bienes en el casamiento cambió para comunión parcial, lo que ha sido confirmado por el art. 1640 del Código de 2002.

“— Se mantiene el régimen de la comunión parcial de bienes, de conformidad con el postulado de la auto-determinación, cuando contempla el cónyuge sobreviviente con el derecho a la mitad de los bienes, además de la concurrencia hereditaria sobre los bienes comunes, mismo que tenga bienes particulares, los cuales, en cualquier hipótesis, son divididos únicamente entre los descendientes¹⁹.

“— El régimen de separación obligatoria de mercancías, que se refiere el art. 1829, inc. I, del CCiv./2002 es género que congrega dos especies: i) la separación legal, ii) la separación convencional. Una está en la ley, y la otra en la voluntad de las partes y los dos obligan a los cónyuges a su observancia una vez estipulado el régimen de separación de bienes²⁰.

“— No hay, para el cónyuge casado por la separación de bienes, derecho a la mitad de los bienes, y tampoco a la concurrencia sucesoria, respetándose el régimen de bienes estipulado, que obliga las partes en la vida y en la muerte. En los dos casos, entonces, el cónyuge sobreviviente no es heredero necesario²¹.

“— Entendimiento en sentido diverso ocasionaría clara antinomia entre los artículos 1829 I y 1687²² del CCiv./2002, lo que llevaría a una ruptura de la unidad sistemática de la ley codificada, llevando a la muerte del régimen de separación de bienes. Por eso, debe permanecer la interpretación que armoniza y torna complementarios los citados dispositivos.

¹⁹ Se debe poner especial atención a que no es así que deciden en general los tribunales de justicia (ver nota 18), que entienden que en el régimen de comunión parcial el cónyuge sobreviviente tiene derecho a la mitad de los bienes comunes y hereda sobre los bienes particulares —exactamente al contrario de lo que entiende la relatora ministra Nancy Andrighi—, del Superior Tribunal de Justicia.

²⁰ Esa es la parte más sorprendente del juzgamiento, una vez que es una construcción direccionada a dar soporte a un pedido específico; y parece que, en la inexistencia de otro fundamento, se fuerza una conclusión, como construyendo un falso silogismo.

²¹ Acá el equívoco de la relatora cuando habla de heredero necesario, pues el cónyuge siempre lo es. Si hay descendientes o ascendientes, no es llamado; lo mismo que decir que los ascendientes no son herederos necesarios cuando hay descendientes... son, pero en el orden, tiene primero a los descendientes. Solamente no teniendo se llama a los ascendientes; y no habiendo ni descendientes ni ascendientes, se llama al cónyuge. Si la persona muerta en esa situación no tuviera descendientes y tampoco ascendientes, ¿qué se haría con su fortuna? ¿No se la da al viudo? ¿Por qué? ¿Porque estaba casado en el régimen de separación pactada? No tiene fundamento.

²² Art. 1687: “Estipulada la separación de bienes, éstos permanecerán con la administración exclusiva de cada uno de los cónyuges, que los podrá libremente alienar o gravar de *onus real*”.

“— En el proceso examinado, la situación de hecho vivida por la pareja —declarada desde luego la insusceptibilidad de su reexamen en este grado de recurso—, es la siguiente: i) no tuvieron gran convivencia, pero un matrimonio que duró meses, más concretamente, diez meses; ii) cuando de ese segundo matrimonio, el fallecido ya tenía formado todo su patrimonio y tenía una enfermedad paralizante; iii) la pareja ha escogido voluntariamente casarse por el dispositivo de separación convencional, optando a través de un acuerdo prenupcial elaborado en escritura pública, por la incommunicabilidad de todos los bienes adquiridos antes y después del matrimonio, incluidos los frutos y los rendimientos.

“— La amplia libertad que adviene de la posibilidad de un pacto acerca del régimen de bienes, prevista por el derecho patrimonial de familia, no puede ser cercenada por la imposición flemática del derecho de sucesiones, pues el fenómeno sucesorio ‘traduce la continuación de la personalidad del muerto por la presión jurídica de los tratos patrimoniales hechos en vida’.

“— Es, por lo tanto, un acto de libertad de forma conjunta, a lo cual el fenómeno de la sucesión no puede establecer limitaciones.

“— Si la pareja firmó un pacto en el sentido de no tener patrimonio común, y si no ha solicitado el cambio del régimen pretendido, no ha tenido donación de un cónyuge al otro durante el matrimonio, si no hay testamento o legado para el viudo, cuando podrían ellos tomar esa iniciativa de forma libre y lícita, no puede el intérprete de la ley promover al cónyuge sobreviviente a la condición de heredero necesario, concurriendo con los descendientes, so pena de grave violación al régimen de bienes pactado.

“— Habría sin duda, en tales situaciones, el cambio de régimen matrimonial *post mortem*, o sea, con el fin del casamiento por la muerte de uno de la pareja, estaría modificado el régimen de separación convencional de bienes pactado en vida, permitiendo al sobreviviente el recibimiento de bienes de única propiedad del autor de la herencia, lo mismo patrimonio que recuso, por ocasión del pacto antenupcial, por voluntad propia.

“— Por último, hay que recordar la buena fe objetiva, como un requisito de lealtad y honestidad en la conducta de las partes, en el sentido de que el cónyuge supérstite después de expresar libremente y legalmente su voluntad, no puede fugarse de ella, y por consecuencia pretender un derecho del cual él mismo recusó en el proceso de habilitación para el matrimonio, en conjunto con el autor de la herencia, el régimen de la separación convencional de bienes, en pacto antenupcial por escritura pública.

“— El principio de la exclusividad, que rige la vida de la pareja y prohíbe la injerencia de terceros o del propio Estado en las opciones de forma lícita en cuanto a aspectos patrimoniales y extra-patrimoniales de la vida familiar, torna más fuerte la única interpretación posible del artículo 1829, inc. I, del Código Civil de 2002, en armonía con el artículo 1687 del mismo cuerpo legal, que asegura los efectos prácticos del régimen de bienes lícitamente buscado, bien como mantiene la autonomía privada guiada por la eticidad.

“Recurso especial procedente.

“Pedido cautelar incidental juzgado perjudicado”.

Hay que destacar, con la máxima venia, dos puntos fundamentales en ese juzgamiento, con los cuales no se tiene el mismo pensar:

a) que la decisión contiene un concepto erróneo respecto del heredero legal y el heredero necesario. El cónyuge, sea cual sea el régimen de bienes, es heredero necesario, pues el artículo 1845 del Código Civil lo dice expresamente²³. Hay una diferencia entre “heredero necesario”, que es para el cual el muerto debe dejar la mitad de sus bienes, y heredar necesariamente. Cuando no hay descendientes y también ascendientes, el cónyuge es el tercero llamado a suceder. Y, si no hay ni descendientes ni ascendientes, a él corresponde la mitad de la herencia —sea cual sea el régimen de bienes—. El cónyuge no puede ser alejado de la herencia por testamento de una persona que no tenga descendientes ni ascendientes, pues es heredero necesario.

b) La segunda situación es la interpretación forzada que se ha dado en ese recurso, de forma de alejar la viuda de la herencia. No es posible determinar que la separación obligatoria de bienes sea *género*, y las *especies* sean las *separaciones legal y separación convencional*, porque la separación “legal” es una *imposición de ley*; no se tiene otra opción porque son situaciones determinadas, expresadas en la ley, es obligatoria²⁴; la otra, la separación convencional, es, como el propio nombre dice, una “*convención*” entre las partes, que se concretiza con un acuerdo, el “pacto antenuptial”, documento formal hecho por escritura pública, que la pareja elige para su vida. No tiene obligación ninguna de casarse por ese régimen. Decir que “obliga” es muy amplio —*obliga después, no antes*—. Después de que las partes hacen un contrato, hay, seguramente, una obligación respecto de lo que han asumido, pero es una obligación decurrente de una opción —y no una obligación de la cual no podrían excusarse—.

Como se puede verificar, la decisión analizada y sus fundamentos están dirigidos para el resultado que se pretendía para el caso concreto, y se encuentra claramente —y reconocidamente— *contra legem*.

VI. CONCLUSIÓN

Cuando se busca fundamentos en los principios, hay flexibilidad para su aplicación a cada situación. Pero, por lo que se verifica en ese juzgamiento del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, no es el caso.

No se puede adaptar la ley al caso concreto, aceptándola o no, pero sí hay que aplicar o no aplicar el texto legal. No se trata en ese caso de un principio que puede ser abierto y aplicable dentro de un caso concreto, y con él hacer una construcción adecuada, justa y bien fundamentada: para el caso en análisis, hay una clara determinación de la ley. Si la ley no está buena, entonces hay que modificarla.

Hace ya más de doce años que el Código Civil brasileño ha sido promulgado y no se modificó el artículo que ahora, después de muchos años, está siendo objeto de rechazo en el Superior Tribunal de Justicia.

La lectura que hace el Superior Tribunal de Justicia en ese caso —el único caso que llegó al tribunal— está totalmente direccionada a un caso concreto, y la no apli-

²³ Art. 1845. Ver nota 10.

²⁴ Art. 1641: “Es obligatorio el régimen de separación de bienes en el casamiento: 1. de las personas que lo contraen con inobservancia de las causas suspensivas de celebración de casamiento; II. de la persona mayor de 70 años”.

cación de la ley ha sido una elección para que no se hiciera injusticia (a los hijos, no a la viuda).

La pareja, por cierto, tenía conocimiento de las leyes en el momento de su matrimonio. Estuvieron casados solamente por diez meses. Cada uno de ellos podría, si lo quisiera, hacer un testamento en que direccionaría el 50% de sus bienes a quien le interesara. El autor de la herencia podría hacerlo también a sus tres hijos. De esa forma, la viuda se quedaría con menos. Pero no lo ha hecho, y si no lo hizo, no lo quiso.

Por más que se reconozca a la ilustre jurista, con contribuciones fantásticas para el derecho de familia, no se comparte la misma idea de la relatora ministra Nancy Andrighi, ni de los demás componentes de la elevada Corte brasileña en ese juzgamiento, con la máxima venia y gran respeto.

Y no hay otra forma de manifestar la idea diversa, a no ser analizar la decisión y exponer los motivos de la divergencia en forma razonada. Es lo que se pretendió hacer con esa decisión, reconocidamente *contra legem*.

LOS HETEROGÉNEOS SIGNIFICADOS DE LA “PROTECCIÓN”. UN ANÁLISIS DE LOS NUEVOS CIRCUITOS Y DISPOSITIVOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

por CARLA VILLALTA* y VALERIA LLOBET**

I. INTRODUCCIÓN

La infancia y su protección han sido categorías indisolublemente ligadas desde el mismo momento en que la primera fuera “descubierta”¹. Esta invención o descubrimiento —al decir de algunos historiadores— llevó, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, a la emergencia de un moderno sentimiento de infancia que, no obstante sus grandes variaciones, aún es posible rastrear en las actuales concepciones sobre la niñez. Afirmar la larga duración de estas categorías no implica, sin embargo, pensar que se hayan mantenido iguales a sí mismas durante el transcurso de los siglos, sino que invita a pensar en las formas en que una y otra han sido dotadas de diferentes significados en tan distintos momentos históricos. En otras palabras, esta cuestión nos conduce a tener en cuenta que tanto la “infancia” como su “protección” son construcciones sociales, dinámicas y variables culturalmente. Además, son también categorías eminentemente políticas, en tanto remiten a sistemas clasificatorios de edades, a partir de los cuales se imponen divisiones del mundo social, y a valores en torno a qué es concebible y/o adecuado para quienes integran esa categoría y para quienes son imaginados como los responsables de su cuidado y educación².

* Doctora en Antropología Social por la Universidad de Buenos Aires. Equipo de Antropología Política y Jurídica, Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Investigadora adjunta CONICET.

** Doctora en Psicología por la Universidad de Buenos Aires. Programa de Estudios Sociales en Infancia y Juventud, Universidad Nacional de San Martín. Investigadora adjunta CONICET.

¹ Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987. También Gélis, Jacques, “La individualización del niño”, en Ariés, P. y Duby, G., *Historia de la vida privada*, t. 4, Taurus, Barcelona, 1994.

² Colangelo, Adelaida, “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje”, Serie Encuentros y Seminarios, 2005. disponible en www.me.gov.ar/curriculum/publica/oei_20031128/ponencia_colangelo.pdf.

Ahora bien, si la protección de la infancia es un tópico al que se ha aludido desde el momento mismo de su “invención”, es preciso señalar que las formas de intervención social a las que dio lugar esa noción se han visto frecuentemente atravesadas por distintas disputas en torno a su legitimidad, a las formas que asumiría esa protección, así como respecto de quiénes serían los agentes privilegiados para hacerla efectiva. Ello ha conducido a la instrumentación de distintos dispositivos y mecanismos que —preciso es recordarlo— al menos desde principios del siglo XX han estado guiados por el lema del “bienestar de la infancia”³.

Bajo este lema se crearon diferentes instituciones y organismos —tales como juzgados de menores, defensorías, institutos y hogares, políticas y arreglos de provisión social—, se idearon e implementaron diferentes medidas y tratamientos, se expandieron y consolidaron una serie de saberes sobre el niño, y surgieron especialistas y expertos, a la vez que nuevos y distintos “problemas” fueron construidos.

Si colocamos aquí estas cuestiones es porque posibilitan pensar en las actuales formas de intervención social y en la retórica de derechos de los niños/as y adolescentes como productos —no acabados, ni completos— de largos procesos en los que una diversidad de actores ha reclamado para sí la legitimidad para intervenir, y ha intentado imponer sus posturas en relación a lo que entendían y entienden es “lo mejor” para un niño. Vistos desde esta perspectiva, esos procesos, aun cuando tengan un correlato material en la sanción de nuevas leyes o en la creación de nuevas instituciones, no se reducen a ello. Al contrario, es posible notar que estos procesos sólo se comprenden si los inscribimos en la arena de la política y de las prácticas reales y efectivas que dan cuerpo a aquello que se ha denominado como “protección de la infancia”. Y ello porque, entre otras cosas, la definición de la protección de los niños y niñas constituye una superficie en la que se disputan distintos proyectos respecto de las formas legítimas de inclusión social y de reproducción de la propia sociedad⁴.

Desde esta perspectiva, en este trabajo analizaremos algunas de las tensiones que emergen cuando se pretende adecuar la “protección” de la infancia provista por el Estado a un “enfoque de derechos”. Como es sabido, la retórica de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Argentina, así como en otros países de la región, se expandió con fuerza una vez sancionada la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en el año 1989⁵.

En efecto, tal instrumento o, mejor dicho, la interpretación que de él se hizo en nuestro contexto, representó para muchos actores un *hito* que fue utilizado para discriminar tajantemente las prácticas institucionales que hasta ese momento se habían desarrollado —e identificarlas así con el “paradigma tutelar” o de la “situación irregular”— de aquellas que deberían ser desarrolladas desde aquel momento en adelante y que conllevarían un cambio profundo en la propia definición de la niñez, en tanto los niños y niñas debían pasar a ser considerados no ya “objetos de tutela” sino “sujetos de de-

³ Fonseca, Claudia, “Os direitos da criança. Dialogando com o ECA”, en Fonseca, Claudia; Terto, Veriano y Caleb Farias, Alves (orgs.), *Antropologia, diversidade e direitos humanos. Diálogos interdisciplinares*, UFRGS, Porto Alegre, 2004.

⁴ Llobet, Valeria, *¿Fábricas de niños? Las instituciones para menores en la era de los derechos*, Novedades Educativas, Buenos Aires, 2010.

⁵ Fonseca, Claudia, “Os direitos...”, cit.; Schuch, Patrice, *Práticas de justiça. Antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*, UFRGS, Porto Alegre, 2009.

rechos”. De tal forma, la eficacia del discurso de derechos de los niños como articulador político fue grande, en tanto resultó totalizador de las narrativas del pasado y permitió la construcción de una ruptura a partir de su emergencia como discurso legítimo.

Esta “interpretación fundacional” de la Convención y del discurso de derechos de los niños —orientada fundamentalmente a la crítica de las instituciones totales, las facultades omnímodas de los jueces de menores y, entre otras cosas, la judicialización de la pobreza— se extendió durante toda la década de los 90 en la Argentina⁶. Sin embargo, si bien distintos actores y activistas de los derechos de los niños consideraban que la modificación de leyes, la abolición de facultades de intervención y la estipulación de plazos precisos y determinados para ella eran una necesidad insoslayable y perentoria —cuestión que llevó a recrear una mirada *animista* sobre la eficacia de la norma—, fue recién en el año 2005 cuando se sancionó una nueva ley nacional de “Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”. La mayor innovación que trajo consigo esta nueva normativa fue la derogación de la Ley de Patronato de Menores, que regía en la Argentina desde el año 1919, la conformación de un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en los niveles federal, provincial y municipal, y la creación de las medidas de “protección integral” y de “protección excepcional” de derechos que deben ser tomadas por los organismos administrativos de protección de derechos y ya no por el Poder Judicial.

Si los procesos de reformulación legal —tal como señala Schuch⁷— pueden ser espacios pertinentes para el estudio de la constitución de los derechos, siempre que

⁶ Tal como hemos desarrollado en otros trabajos, si atendemos a la forma en que la Convención sobre los Derechos del Niño/CDN (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 e incorporada a la Constitución Nacional argentina en 1994) fue significada y connotada en nuestro contexto local, podemos observar que este instrumento actuó como catalizador de una serie de cuestionamientos a las instituciones destinadas a la minoridad que tenuemente se venían sucediendo desde mediados de los 80. En el marco del proceso político originado con la defensa de los derechos humanos tras la última dictadura militar (1976-1983), la CDN sirvió de estandarte para un movimiento que procuraba una reforma profunda del sistema destinado a los “menores”. Y así fue significada como fundadora de un “nuevo paradigma”, en tanto tal, incommensurable al anterior. Sin embargo, la noción de “discontinuidad” dificultó el registro de las continuidades presentes en él. Asimismo, la crítica focalizada en las dimensiones más moralistas de la intervención judicial sobre los menores (centrada en la necesidad de recortar la amplia competencia que tradicionalmente tuvieron los jueces de menores) no permitía visualizar su expresión más sutil en naturalizaciones de las desigualdades de género y de clase persistentes en las formas de significar las organizaciones familiares y las experiencias infantiles no hegemónicas. Finalmente, el foco en la transitoriedad de las medidas de internación como ápice de transformación del complejo tutelar obliteró la posibilidad de considerar el “para qué” y el “cómo” de la intervención. Tal “interpretación fundacional” que caracterizó el campo de las políticas destinadas a la infancia pobre durante la década del 90 comenzó a ser revisada y resignificada en los primeros años del presente siglo. Para un análisis de este proceso ver: Villalta, Llobet et al., 2011. Para otro análisis del mismo proceso, Beloff, Mary, “Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía”, presentación en el IV Séminaire “Perspectives régionales: intégration économique et une protection sans discrimination des droits sociaux et économiques dans les Amériques”, organizado por el Centre d’Études sur le Droit International et la Mondialisation, Montreal, Université de Quebec, 2005.

⁷ Schuch, Patrice, *Prácticas de justicia...*, cit.

consideremos que esa construcción no sólo está informada por reglas y procedimientos, sino fundamentalmente por formas de pensamiento o maneras de “imaginar la realidad”⁸ que revisten de significados a la multiplicidad de prácticas, saberes y dispositivos empleados para la constitución y protección de esos derechos, nuestro interés en este trabajo es dar cuenta de algunas de las características que ha asumido este proceso de reformulación normativa en dos contextos particulares. Para ello, retomaremos parte de una investigación colectiva realizada en el marco de un convenio entre el Programa Interdisciplinario de la UBA sobre Marginaciones Sociales (PIUBAMAS) y la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) en las provincias de Mendoza y San Juan⁹, a fin de focalizar el análisis en las formas en que la protección de la infancia es resignificada. En otras palabras, si la “protección” de la infancia pobre por largo tiempo fue sinónimo de “judicialización”, “tutela” e “institucionalización”, el objetivo en este trabajo es analizar cómo en este nuevo escenario distintos agentes intentan desarmar esa analogía y, no sin contradicciones, resistencias y dificultades de distinto tipo, construir otras alternativas. Para ello, en primer lugar focalizaremos el análisis en el campo de tensiones que se visibiliza al momento de instrumentar “medidas de protección integral de derechos”, en particular entre los organismos administrativos de protección de derechos, el Poder Judicial y las áreas de educación y de salud. En segundo lugar, analizaremos cómo son connotadas y significadas por los profesionales de los organismos de protección de derechos las problemáticas en función de las cuales las “medidas de protección excepcional de derechos” son más frecuentemente adoptadas¹⁰. De tal manera, nuestro interés es dar cuenta y analizar los presupuestos y esquemas interpretativos a partir de los cuales distintos agentes instrumentan tales medidas, y cómo a partir de ellos, así como de las pujas y conflictos interinstitucionales que la adopción de éstas plantea, los sentidos dados a la “protección” son construidos, reapropiados, resistidos y/o contestados¹¹.

Ahora bien, antes de adentrarnos en este análisis describiremos brevemente el contexto normativo de las dos provincias en las cuales se ha desarrollado la investi-

⁸ Geertz, Clifford, *Conocimiento local. Hecho y ley*, Paidós, Buenos Aires, 1994.

⁹ Para la realización de esta investigación, cuya directora fue Carla Villalta y la codirectora Valeria Llobet, se conformó un equipo con las/os siguientes investigadoras/es: Carolina Ciordia, Marlene Russo, Gabriela Magistris, Marina Medan, Paula Mateos. En distintos momentos, colaboraron también Florencia Gentile, Agustín Barna, Eduardo Traversi, Julián Pérez Álvarez y Cecilia Fernández Tuñón.

¹⁰ La nueva normativa estipuló la existencia de dos tipos de medidas. Por un lado, las medidas de protección integral de derechos que suponen la movilización de recursos a fin de garantizar a los niños los derechos que tienen “vulnerados”—esto es, la tramitación de subsidios para vivienda, becas para estudio, tratamientos médicos, la inclusión en programas de políticas públicas, etc.—, privilegiando de esta forma el fortalecimiento de sus vínculos familiares. Por otro lado, las “medidas excepcionales de protección de derechos” que deben ser aplicadas una vez que se hayan agotado las anteriores, e implican la separación de los niños de su medio familiar cuando, según el texto de la ley, “estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio” (art. 39, ley 26.061). Estas últimas tienen un plazo de duración de noventa días, aunque se prevé la posibilidad de prorrogarlas si por “acto fundado” se establece que la situación que dio origen a su adopción continúa.

¹¹ Fonseca, Claudia, “Os direitos...”, cit.; Schuch, Patrice, *Práticas de justiça...*, cit.

gación en la que se basa este trabajo, y la reconfiguración institucional impulsada por la sanción de la normativa nacional, a fin de identificar los organismos y agentes que dan forma a los *nuevos circuitos de la protección*.

II. LO NACIONAL Y LO LOCAL: UNA NORMA, DIVERSOS CONTEXTOS

La ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada en la Argentina a fines del año 2005, fue presentada como una verdadera conquista por distintos actores que desde principios de la década de 1990 se encontraban bregando por una reforma normativa que pusiera fin a casi un siglo de “patronato”. En efecto, esta nueva norma reemplazó a la cuestionada Ley de Patronato de Menores (del año 1919), postuló la creación de un Sistema Integral de Protección de Derechos que debe estar compuesto por todos los organismos y agentes que diseñen, ejecuten e implementen políticas para la niñez, recortó distintas atribuciones judiciales y, entre otras cuestiones, estipuló que la separación de los niños de su familia debe ser una medida de *ultima ratio* que en ningún caso puede originarse en la falta de recursos económicos y que debe ser tomada por los organismos administrativos de protección de derechos correspondientes a cada jurisdicción, y no por el ámbito judicial.

Sin embargo, al ser la Argentina un país federal, se han originado distintos debates respecto de si tal normativa resulta directamente aplicable en las distintas jurisdicciones que lo conforman o si, al contrario, es necesaria la sanción de una ley local que recoja los lineamientos y directivas de la nueva norma nacional¹². Aun cuando tal debate no está zanjado, lo cierto es que paulatinamente la mayoría de las provincias ha comenzado —a instancias de diversos actores locales, pero también a partir de un fuerte impulso del Estado nacional— un proceso de adecuación legislativa, ya sea mediante la sanción de nuevas leyes o a través de la generación de protocolos de actuación que intentan receptar los nuevos postulados relativos a la conformación de un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En este proceso, distintos han sido los derroteros seguidos por las diferentes jurisdicciones. Además, es necesario tener en cuenta que la situación legislativa provincial previa a la sanción de la ley 26.061 no era homogénea, puesto que había jurisdicciones que ya habían sancionado nuevas normativas locales acordes al enfoque de derechos propuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), mientras que otras aún mantenían las leyes inspiradas en el mentado “paradigma tutelar”.

¹² El tema de la adhesión legislativa provincial a una ley nacional en un Estado federal como el argentino ha suscitado distintos debates en el mundo jurídico. Por un lado, están quienes sostienen la innecesariedad de la sanción de una ley de adhesión a la ley nacional, en tanto la ley 26.061 contiene cuestiones de derecho de fondo —facultad delegada por las provincias a la Nación— y no meramente de forma, que serían las únicas atribuciones exclusivas de la provincia. A su vez, al tratarse de una ley de adecuación de un tratado internacional, con mayor razón aún genera la necesidad de aplicación automática, en tanto su omisión podría generar responsabilidad internacional al Estado argentino, que responde por los Estados provinciales. Más aún, algunos constitucionalistas llegan a afirmar que, existiendo ley de adhesión a la ley nacional, la falta de adecuación a nivel local (ley propia provincial) hace incurrir a la provincia en omisión legislativa.

Las provincias de Mendoza y San Juan —ubicadas ambas en la región de Cuyo— constituyen dos ejemplos de esta situación. En efecto, la provincia de Mendoza ha sido una de las jurisdicciones pioneras del país en sancionar, en el año 1995, una nueva ley de infancia mediante la cual se intentó receptor los lineamientos de la CDN¹³, pero cuyo objetivo central fue recortar la amplia competencia que detentaban los juzgados de menores (que tanto tenían facultades para intervenir en el caso de niños/as y adolescentes acusados de haber cometido un delito, ser víctimas de él o encontrarse en una situación de “abandono moral y/o material”). De esta manera, aquella ley provincial impulsó la creación de juzgados de familia para el tratamiento de los niños y niñas víctimas de delito y/o en situación de “desamparo”, y también creó juzgados de responsabilidad penal juvenil cuya competencia es el juzgamiento de menores de edad autores de delitos.

Al contrario, en la provincia de San Juan, durante la década de 1990, no se verificaron innovaciones legislativas. Recién en el año 2002 fue sancionada una ley provincial de infancia que sólo logró implementarse muy parcialmente y que —al igual que la ley provincial mendocina— estipulaba que las medidas de protección de derechos debían ser tomadas por el ámbito judicial¹⁴.

Por ello, la sanción de la ley nacional 26.061 enfrentó a ambas provincias a la necesidad de adecuar y adaptar los procedimientos previstos para la adopción de medidas de protección de derechos. En Mendoza, ello implicó suspender la aplicación de la ley nacional en territorio provincial por el lapso de dos años y elaborar diferentes protocolos de actuación, que entraron en vigor en el año 2008 mediante una acordada de la Suprema Corte de Justicia provincial. A partir de ese momento, se creó la Dirección Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia (como área específica de niñez y autoridad de aplicación de la ley 26.061), y los Organismos Administrativos Locales de Protección de Derechos (OAL), cuya función es intervenir en todas aquellas situaciones en que los niños/as se encuentren con sus “derechos vulnerados”, e instrumentar —tal como fija la ley nacional— medidas de “protección integral” o bien medidas de “protección excepcional de derechos”, que implican la separación de los niños de su medio familiar. A su vez, distintos municipios han creado Servicios de Protección de Derechos (SPD) que deberían actuar como recepción primera de los casos y/o consultas, y articular con los OAL (dependientes de la Dirección de Niñez provincial) en los casos en que resulte necesario adoptar una medida de protección excepcional de derechos.

En San Juan, la situación legislativa provincial tampoco se ha modificado con posterioridad a la sanción de la nueva ley nacional. No obstante, se promulgó una ley de adhesión a la normativa nacional, se firmó el Protocolo y el Pacto por la Niñez (en el año 2005), se intentó jerarquizar el órgano administrativo, que pasó de ser un área dentro de una subsecretaría para ser una dirección autárquica dependiente directamente de la Gobernación, y se crearon Dispositivos Territoriales de Protección de Derechos (que deberían cumplir las funciones encomendadas por la ley nacional a los organismos administrativos de protección de derechos).

¹³ Se trata de la ley 6354, de Protección Integral del Niño y del Adolescente, que fue impulsada tanto por organizaciones locales de defensa de los derechos de los niños como por organismos internacionales.

¹⁴ Se trata de la ley 7338, de “Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes”.

A pesar de la creación de esta nueva institucionalidad —que, a diferencia de lo que ocurre en Mendoza, no tenía precedentes en la provincia¹⁵—, debido a las resistencias de grandes sectores del Poder Judicial y, entre otras cuestiones, a la escasa trayectoria que tienen en la provincia las políticas de infancia acordes a un “enfoque de derechos”, actualmente en la práctica cotidiana se genera una *situación mixta*, donde en algunas ocasiones son los órganos administrativos los que toman las medidas de protección integral y de protección excepcional de derechos, y otras veces éstas son directamente adoptadas por el Poder Judicial, a través de los juzgados de menores, que aún —e incluso a pesar de la sanción de la ley provincial del año 2002— no han remozado sus funciones ni estructura.

En ambas provincias, por lo tanto, se verifica un proceso de transición en el que los intentos de reconfiguración institucional y de creación de nuevos procedimientos y circuitos se enfrentan con resistencias y obstáculos de distinto tipo. Si entre tales obstáculos —como con insistencia señalaron muchos de los agentes entrevistados¹⁶— se cuenta la falta de suficientes recursos económicos para crear una nueva y sólida institucionalidad, no menor importancia revisten otros que no son tan claramente visualizados por los agentes y profesionales de las políticas públicas destinadas a la infancia, pero que no por ello carecen de peso a la hora de procurar transformar circuitos e intervenciones. Esas son las tensiones en las que focalizaré a continuación.

III. UN CAMPO DE TENSIONES: LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Las características más innovadoras de la nueva normativa nacional han sido, por un lado, sustraer de la esfera judicial la facultad de adoptar “medidas de protección de

¹⁵ De hecho, si bien Mendoza fue una jurisdicción pionera en adecuar su ley provincial a los postulados de la CDN, en crear diferentes organismos para darle cumplimiento (por ejemplo, las Oficinas de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en especial en el municipio de Guaymallén), y tiene una sostenida tradición asociativista en su sociedad civil, lo que implicó que durante la década del 90 surgieran distintas ONGs dedicadas a la defensa de los derechos de los niños/as que recibieron impulso de UNICEF, entre otros; en San Juan nada de esto se verifica. En efecto, el organismo especializado en políticas de infancia en esta última provincia era, hasta hace poco tiempo, la Dirección de Protección al Menor, que funcionaba como una instancia auxiliar de los juzgados de menores. Por otro lado, las organizaciones de la sociedad civil existentes en San Juan son muy escasas, y en su mayor parte tienen dependencia eclesial (Cáritas, Hogar de Nazareth) o bien se trata de fundaciones de cuño empresarial (p. ej., Arcor-Frutos de Cuyo, SCOP y Barrick Gold), que han montado estructuras específicas dedicadas al desarrollo social.

¹⁶ El trabajo de campo se desarrolló durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010, mientras que en febrero y marzo de 2011 se realizaron algunas entrevistas de control, fundamentalmente con funcionarios del área de las políticas de infancia y de las áreas de salud y educación. La técnica que centralmente se utilizó fue la realización de entrevistas estructuradas y semi-estructuradas a distintos tipos de actores, a saber: a) funcionarios del área de políticas de infancia (direcciones provinciales de niñez) y de las áreas de educación y salud; b) profesionales del área de políticas de infancia; c) profesionales de OSC; d) agentes del Poder Judicial (jueces y funcionarios judiciales). En total se realizaron setenta y cinco entrevistas. Asimismo, se recopilaron datos secundarios (documentación y estadísticas oficiales) y se realizaron instancias de observación en distintos servicios y programas.

derechos” y encomendar esta tarea a organismos administrativos —promoviendo así la denominada “desjudicialización” de las causas sociales—. Por otro, estipular la creación de un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que debe estar conformado por “todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privada, en el ámbito nacional, provincial y municipal” (art. 32, ley 26.061). Así, la normativa otorga centralidad a la “transversalidad, integralidad y corresponsabilidad” en el diseño e implementación de las políticas específicas del área.

Ahora bien, en la práctica cotidiana —y más allá de las adaptaciones que cada provincia ha realizado mediante protocolos y normativas de adhesión— se observa que los intentos de implementación de los postulados de esta nueva norma han dado origen a situaciones diversas y conflictivas.

Tanto en la provincia de Mendoza como en la de San Juan, los organismos encargados de instrumentar las “medidas de protección integral” —ya sea los Órganos Administrativos Locales (OAL) y los Servicios de Protección de Derechos municipales (SPD), en un caso, y los Dispositivos Territoriales (DT), en el otro— intentan desarrollar una tarea de articulación de los recursos existentes y para ello se vinculan con distintos efectores de políticas públicas. En tal sentido, en ambas provincias se encuentra bastante extendida —fundamentalmente en las capas altas de la gestión de las áreas de infancia y en algunos casos entre los profesionales— la noción de que resulta imperioso trabajar para que cada uno de los organismos y actores que cotidianamente se relacionan con la infancia y sus familias asuma un papel activo en la instrumentación de las medidas de protección integral de derechos.

Esta idea que, con sus matices y con distinta intensidad, fue expresada por diferentes funcionarios y agentes de cada una de las provincias, pareciera ser, no obstante, casi privativa de las áreas de infancia, teniendo un lugar muy secundario en las agendas y preocupaciones de otro tipo de organismos. El mismo énfasis con el que ella es planteada por los actores del área específica, así como las oportunidades en que ha sido expresada —mayoritariamente cuando el tema abordado es el de la articulación y/o el de las relaciones interinstitucionales entabladas para la promoción y protección de derechos de los/as niños/as—, revelan que éste es un tema que ha sido “problematizado” principalmente por ellos. Problematización que de por sí deja entrever la existencia de dificultades de distinto tipo para que la pretendida “corresponsabilidad” pueda concretarse.

Ejemplo de este tipo de dificultades son las surgidas en la relación que tanto los Órganos Administrativos Locales (OAL), los Servicios de Protección de Derechos (SPD), los Dispositivos Territoriales (DT) y/o las áreas de niñez de distinto nivel jerárquico —en una palabra, los nuevos organismos de protección de derechos creados y/o reconfigurados para dar cumplimiento a la ley 26.061— mantienen con aquellos ámbitos y políticas de “tipo universal” que tradicionalmente fueron ideados y tuvieron por objeto a la “infancia”. Es decir, aquellos organismos destinados principalmente a los *niños* que se ajustaban a las conductas esperadas y esperables atribuidas a “la infancia” o a aquellos niños que podían ser fácilmente encauzados en ellas¹⁷.

¹⁷ En nuestro país, al igual que en otros países de la región, como es sabido y ha sido ampliamente analizado (García Méndez, 1997; Guemureman y Daroqui, 2001; Carli, 2002),

Estas dificultades que emergen con frecuencia cada vez que se intenta diseñar y llevar a la práctica la noción de “integralidad” de las políticas sociales de infancia¹⁸, en el particular campo de las medidas de protección integral y excepcional de derechos, parecen asumir contornos más nítidos y potentes. Además, la naturaleza de tales inconvenientes da por tierra con la idea de que los conflictos sólo se suscitarían entre las áreas administrativas y el Poder Judicial, y ello obliga entonces a reconsiderar los pretendidos beneficios casi automáticos que, según el discurso de muchos de los activistas que impulsaron el cambio de normativas, tendría de por sí la “desjudicialización” de situaciones de pobreza. En otras palabras, sin negar la importancia del corrimiento del Poder Judicial y de la limitación de sus facultades, el análisis detenido de los inconvenientes y dificultades suscitadas permite complejizar nuestra mirada. De tal manera, ahondar en el análisis de las relaciones que los nuevos organismos de protección de derechos entablan con otros efectores de políticas públicas nos conduce a explorar el campo de tensiones abierto en el interior mismo del Poder Ejecutivo.

En este campo de tensiones, las que cobran un protagonismo mayor son aquellas originadas con el área de salud y el área de educación. Allí se observa que la pretendida “integralidad” y/o “corresponsabilidad” en muchos casos se desvanece cuando de lo que se trata es de intervenir en situaciones que los distintos agentes caracterizan como de “descuido”, de “riesgo” y/o “urgentes”.

las políticas de protección de la infancia tuvieron una doble faceta según a qué niños, niñas y adolescentes se dirigieran. La clásica distinción entre “niños” y “menores” habilitó la conformación de dos circuitos institucionales levemente conectados, pero diferenciados, que, en función de las conductas esperables y “normales” adjudicadas a la infancia, se dirigían, por un lado, a quienes se ajustaran a ellas, y, por otro lado, a quienes se evaluaba que, por distintos motivos —expresados en términos de peligro o riesgo, o de disfuncionalidades y carencias de sus medios familiares— no podían cumplir con esos estándares. Si las políticas de educación, de salud y de esparcimiento —por nombrar las principales y emblemáticas— se dirigían a la infancia, otro tipo de políticas fueron ideadas y puestas en práctica para tramitar la protección de aquellos que desde principios del siglo XX fueron conocidos como los “menores”. Sin abundar en detalles, interesa señalar aquí que esta diferenciación caló hondo en las prácticas institucionales —de uno y otro circuito de organismos— y proveyó las bases para dotar de legitimidad a específicos actores que se encontraron habilitados para actuar cuando de niños o de menores se tratara. Esquemáticamente, podemos decir que si la escuela fue el ámbito por excelencia para los niños, para los menores se reservaron la justicia, los institutos y la policía. Agentes e instituciones que fueron conformando un campo institucional particular: el campo de la minoridad. García Méndez, Emilio, “La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión represión a la infancia adolescencia como sujetos de derechos”, en *Derecho de la infancia/ adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Colombia, 1997.; Guemureman, Silvia y Daroqui, Alcira, *La niñez ajusticiada*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

¹⁸ Este tipo de dificultades se traducen en el diseño de programas y políticas ideados para niños/as que, en virtud de algunas características, son considerados “tipos especiales” y que requieren, por lo tanto, “asistencia especial”. Ejemplo de ello son los programas que se diseñan en función de la “situación de riesgo” por la que atraviesan los/as niños/as, y así cobran vida los programas y/o servicios para “niños/as en situación de calle”; para niños víctimas de violencia y/o malos tratos; para adolescentes infractores a la ley penal, etc.

1. Entre escuelas, jueces y organismos de protección

“Yo le dedico mucho tiempo de la mañana, por ejemplo, de mis horas de trabajo, a conversar con las directoras de las escuelas para que comprendan hasta qué punto tienen ellos que incluir no sólo al chico en lo educativo sino también al problema. Ellos incluyen al chico y entienden que el problema tiene que quedar afuera, el problema también está incluido, si el chico tiene un problema familiar, un problema de conducta, un problema de adicción, lo que fuese, generalmente se tiende a derivarlo y nosotros lo que estamos tratando es que contengan un poco más, que retengan al chico con su problema y en todo caso al momento de hacer una derivación que sea una derivación responsable, quiere decir: yo derivó porque ya hice todo lo que yo tenía que hacer, por eso derivó, no porque no sé lo que tengo que hacer” (Profesional de políticas de infancia 06 - Mendoza).

Según los profesionales de los distintos organismos de protección de derechos entrevistados, el área de educación en ambas provincias se ha caracterizado tradicionalmente por la posesión de una lógica propia —con una impronta verticalista y jerárquica— y, en muchos casos, los objetivos de política educativa que se plantea no parten de una visión integral e integrada en términos de derechos de los niños y adolescentes, sino antes bien de un enfoque recortado del niño en cuanto “alumno”¹⁹. De hecho, las referencias al área de educación como un “compartimento estanco”, “rígido” y “cerrado” han sido frecuentes, y en la dimensión de las prácticas cotidianas de los organismos de protección de derechos los profesionales entrevistados se enfrentan con distintas dificultades.

Una de las principales, en el caso de la provincia de Mendoza —tal como reseña la entrevista citada—, está dada por la derivación de casos que tanto los OAL como los SPD reciben desde el área educativa. En efecto, el hecho de que las escuelas consulten y/o realicen denuncias sobre situaciones puntuales relacionadas con temas tales como reiteración de faltas, abandono o deserción escolar, o problemas de conducta, demuestra —según los profesionales entrevistados— las falencias que la institución escolar tiene para responsabilizarse del rol que le cabe y generar estrategias de inclusión y de permanencia de los niños/as en ella. Para muchos de los profesionales del área de niñez entrevistados, este tipo de situaciones demuestran una suerte de desresponsabilización del área de educación que no sólo provoca el “colapso” de los organismos administrativos de protección de derechos debido a la gran cantidad de consultas recibidas, sino también es indicativa de la pervivencia de procedimientos que resultan en la continuidad de una lógica de intervención basada en la derivación de los “casos problemáticos”, que para la escuela tanto pueden ser situaciones en donde existan indicios de “violencia”, como también casos de “descuido o negligencia” en tanto los niños concurren *sucios* a la escuela. Así, aun cuando actualmente esas situaciones “conflictivas” no sean ya derivadas, en el mejor de los casos, al Poder Judicial, son en cambio reorientadas hacia el organismo administrativo a fin de que “resuelva” el problema.

¹⁹ Carli, Sandra, *Niñez, pedagogía y política. Transformaciones de los discursos acerca de la infancia en la historia de la educación argentina entre 1880 y 1955*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2002.

A ello se suma el hecho de que algunas escuelas revelan actitudes claramente expulsivas. Ya sea porque persiste la costumbre de no inscribir a los niños/as que no tengan documentos, de no aceptar a niños que han repetido de grado, o no abrir vacantes para niños con sanciones (amonestaciones) o catalogados como niños con “problemas de conducta”. Todo ello, que conforma buena parte de la demanda recibida por los OAL y los SPD, obliga a instrumentar acciones puntuales e individualizadas a fin de que a ese niño, niña o adolescente le sea garantizado su “derecho a la educación”.

“Esto de ampliar los niveles de inclusión es también colaborar con los chicos en estos temas en los espacios donde están, entonces que se sostengan en la escuela es articular con la escuela para que haya estrategias de seguimiento, si no se hace la exclusión del chico, muchas veces, con rapidez, ya sea porque se porta mal, entonces inmediatamente... que vaya al psicólogo o que lo mandan a la escuela especial o le dicen ‘bueno, no vengas más, no vengas más, ya tenés todo aprobado’. Y son chicos que pierden ese espacio de poder ir a la escuela. En otros casos no, no es así con todas las escuelas es ésa la realidad, pero en algunas ya es algo permanente, incluso si existe algún chico en condiciones difíciles lo derivan” (Profesional de OSC 18 - Mendoza)

Además, si de un lado el “derivacionismo” parece caracterizar la lógica de intervención de las escuelas, en ocasiones también se observa lo contrario, ya que en algunas situaciones en que resultaría necesario realizar una consulta o derivación, ésta no es efectuada. Tal el caso de situaciones de posible maltrato y/o de violencia hacia niños que, estando escolarizados, llegan al organismo administrativo por otras vías y no por la escuela. Al respecto es interesante notar que si algunos profesionales atribuyen este tema al “desconocimiento de la ley” por parte de los docentes y autoridades educativas, otros elaboran otras interpretaciones vinculadas a la selectividad de la mirada y al diferencial diseño de abordajes que ella conlleva, lo que hace que el carácter de la intervención dependa de cuál sea el niño, niña o adolescente que presenta el “problema”. En palabras de un profesional de vasta trayectoria en el campo de políticas de infancia:

“Una cosa que yo les digo también a los docentes: llega un chico maltratado con un ojo así a la escuela, al grado, y le dicen ‘¿qué te pasó?’, ‘y me golpeé, me caí’, ‘¿quién es tu mamá y tu papá?’, ‘es tal persona’. Y a la madre le dicen: ‘mire ese chico tiene este problema’, cuando los padres vienen a la escuela dicen ‘bueno, tuvimos estos problemas’, dicen ‘bueno, resuélvanlos’. Cuando un pibe viene de una clase más vulnerable el docente no llama a los padres, hacen la denuncia directamente. Hay otro tipo de consideración y de discriminación a los chicos de extracciones más vulnerables, por una cuestión de desprotección dicen ‘no’ (...) es una cuestión de protección, directamente denunciamos la situación ‘porque los padres son unos borrachos, son esto o lo otro’, una cuestión bien de concepción hacia la pobreza” (Profesional políticas de infancia 26 - Mendoza).

Este tema, según funcionarios del área de educación entrevistados, podría también vincularse a una cuestión que determina buena parte de las prácticas del sistema educativo, la de la responsabilidad civil de los directores de escuelas. De acuerdo a esta interpretación, en ocasiones los docentes no realizan la denuncia correspondiente “por temor”, en la medida en que no se sienten amparados por un marco le-

gal. Cuestión que, desde la perspectiva de estos agentes, con la ley 26.061 se encontraría saldada. Si bien volveremos a este tema más adelante, baste señalar aquí que la interpretación del marco legal que realicen los agentes, esto es, la clave de lectura que utilicen para dotar de sentidos a la ley y definir sus alcances, incidirá fuertemente en los efectos que ésta tenga. Expresiones tales como la ley 26.061 “vino a dar legalidad a las prácticas que ya nos encontrábamos desarrollando” o “ahora tenemos una ley que respalda el trabajo que veníamos haciendo” por parte de agentes del área de educación, antes que ser interpretadas de manera literal y concluir así linealmente que *siempre* las acciones e intervenciones se idearon desde un marco de derechos, deben conducirnos a indagar cuáles son los marcos de significación a partir de los cuales los agentes atribuyen sentidos a la norma y definen entonces la “protección” de derechos. Al respecto resulta muy significativa la interpretación que hacía de la ley 26.061 una funcionaria del área de educación entrevistada:

“La escuela empieza a hacerse cargo de los problemas como un actor protagonista, no diciendo ‘y bueno vamos a hacer la denuncia no nos queda otra’. No, ahora es ‘tenemos que hacer la denuncia’. Vos hacés la denuncia como docente y también sabés que tenés una ley que te dice que la tenés que hacer (...) Entonces yo creo que esta nueva ley de protección hace que avale un modelo de intervención de los directores con una legalidad muy clara (...) Antes los chicos dejaban las escuelas, es el caso más clásico, y bueno dejaba la escuela. Hoy en día hay todo un seguimiento. Por ahí lo menos eficiente en esto es la intervención del juzgado. Yo supongo que ante situaciones muy problemáticas que tienen una denuncia porque un chico no vaya a la escuela si no está en el marco de otras carátulas que tenga la familia, el juzgado no interviene. Pero al menos para la escuela es una herramienta que ayuda en su modelo de gestión, y de presión. Sí, sí, también de presión. Porque dicen ‘no, mirá va a ir al juzgado’. Un caso en una escuela que vayan del juzgado a visitar a una familia eso se difunde en toda la comunidad” (Funcionaria del área de educación - Mendoza).

De tal manera, y más allá de que exista un protocolo específico con el área de Educación en el que se estipula claramente que toda consulta y/o denuncia por parte de las escuelas debe ser efectuada al organismo administrativo de protección de derechos correspondiente, la interpretación que los agentes de este área realizan de la nueva normativa es que ella los habilita para dar intervención al juez, y la valoran por ello positivamente, en la medida en que la visita del “juzgado” tendría un efecto ejemplificador.

En estas situaciones parece observarse entonces la perdurabilidad de una lógica de funcionamiento que recrea a la escuela como un dominio cerrado sobre sí mismo, que deriva y/o denuncia los “casos problemáticos”. Además, en este ámbito, en muchos casos, la autoridad del supervisor y/o del reglamento interno parece tener más fuerza que cualquier otro actor o instrumento legal. Así, por ejemplo, en el área provincial de educación aún continúan en vigencia normas de baja jerarquía que permiten a las escuelas privadas el “derecho de admisión”, u otras que prevén la inmediata suspensión del alumno/a que ingrese al establecimiento un arma (de fuego, blanca o arrojada, entre las que se incluyen hondas, dardos y flechas), estipula una serie de sanciones (desde la reubicación del alumno en otro establecimiento, la obligación de realizar un tratamiento terapéutico, hasta la pérdida de la condición de alumno regular), e impone para los docentes y directivos de la escuela la obligación de efectuar la

denuncia policial. De tal forma, aun cuando estas resoluciones contradicen lo estipulado por la ley 26.061 y el protocolo correspondiente, en las dinámicas cotidianas de funcionamiento cobran validez y legitimidad.

En la provincia de San Juan se observan también, aunque de un modo diferente, algunas de las dificultades enumeradas hasta aquí. En efecto, la caracterización de que la educación formal “deja afuera a muchos niños”, ya sea bajo la modalidad del fracaso escolar o directamente no abriendo vacantes o no aceptando a determinados niños, y la dificultad de articular acciones con este efector de la política pública fueron mencionadas por distintos funcionarios y profesionales. También sucede que ante la ausencia de articulación y/o ante la imposibilidad de que la escuela o el área de educación en general asuman su papel de *corresponsables* en el Sistema de Protección Integral de Derechos, se debe activar en el tratamiento de cada caso puntual la red de relaciones de la que disponga el profesional interviniente. En tal sentido, una profesional del área de infancia expresaba las acciones emprendidas y las dificultades detectadas:

“E: ¿Hay protocolos o un manual de procedimientos ya establecido?”

“—: No. Por lo general la trabajadora social habla con la maestra, en algunos casos que se necesite el apoyo de la secretaria social o del director de Niñez, en muy pocos casos se lo molesta a él, pero no se ha podido articular con educación. Se llama a la maestra, o se manda un informe de lo que se está trabajando con la familia que es parte del abordaje que se está haciendo, pero con educación no podemos trabajar” (Profesional de políticas de infancia 41 - San Juan).

Sin embargo, lo que resultó más significativo en esta jurisdicción fue el hecho de que la escuela no apareciera como un actor que demande y/o consulte en forma frecuente a los Dispositivos Territoriales o al área de niñez por casos de vulneración de derechos de los niños. De hecho, en el trabajo de campo realizado no apareció como una cuestión problematizada —como sí sucedió en Mendoza— el hecho de que la escuela, sus autoridades o docentes realicen excesivas demandas o consultas al órgano administrativo. Antes bien, la percepción que prevaleció es la del área de educación como un ámbito autónomo que pocas vinculaciones entabla con “el afuera”²⁰.

De tal manera, además de suplir estas dificultades con la activación de redes interpersonales y de seguimientos individualizados, desde el área de niñez se diseñan programas específicos que intentan revertir la vulneración de derechos de una clase de niños: aquellos que no son aceptados en las escuelas. Tal el caso del Programa de Inclusión Infanto-Juvenil dependiente del Área Preventiva Comunitaria de la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia. Como relataba un funcionario del área de niñez:

“Porque Inclusión Infanto-juvenil, que es un programa que funciona acá, lo que hace es en conjunto, por ejemplo, nosotros a principio de año la mayor demanda que tenemos en este programa es de chicos que no los reciben en las escuelas. Entonces, articulamos con ellos, que son también quienes nos ponen en conocimiento de estas situaciones, y al Ministerio de Educación ¿por qué este chico no entra? Y, porque no

²⁰ Según los profesionales de la Dirección de Niñez que trabajan en la atención directa de niños/as y familias, las decisiones que adopta la escuela respecto de un niño/a son muy difíciles de revertir. En tal sentido, una profesional relataba: “Una mamá que viene y dice: me han expulsado a mi hijo por mala conducta y no podemos hacer más nada”. (Profesional de políticas de infancia 45 - San Juan).

tiene la edad, y porque no sé qué (...) porque después está el otro trámite que son los CENS de educación de adultos, las escuelas nocturnas. Pero, a ver, lo que nosotros consideramos es que un chico de 12 años, que ya no tiene edad para comenzar en primer grado, no creemos que tampoco tenga que ir a una escuela nocturna con un adulto” (Funcionario del área de niñez 36 - San Juan).

Esta imposibilidad de trabajar conjuntamente ha llevado en ocasiones a la paradójica situación de que los profesionales de los Dispositivos Territoriales o del área de niñez “judicialicen” el caso o se valgan de que el caso ya se encuentre “judicializado” para intentar obtener una respuesta del área de educación. Sin embargo, este uso —que puede ser considerado “estratégico” de la instancia judicial— no asegura, como relataba esta profesional, que la medida de protección se concrete:

“Lo que sí nos cuesta muchísimo coordinar, que ha sido el derecho más difícil para trabajar es con la educación. Cuando hay un chico que ha quedado fuera del circuito escolar por alguna razón no hemos podido insertarlo, no hemos podido coordinar con las maestras, es algo que no hemos podido. (...) A veces tenemos un oficio judicial donde la jueza pide que el niño vuelva a la escuela, y no hay caso, no lo recibe la escuela. Lo echaron por mala conducta, porque faltaba mucho, porque era muy rebelde, porque era muy sumiso. No los recibe la escuela, no los recibe. O porque tiene baja nota, no los reciben. (...) Siempre tienen un pero: que ya se le ha dado, que no se lo puede integrar por la etapa del año, porque ese niño no está para estar en esa escuela que tiene que ir a una escuela especial. Siempre tienen un pero. Y no, no podemos insertarlos, con educación no podemos ¡y eso que está el pedido del juez! No podemos, es muy difícil trabajar con educación” (Profesional de políticas de infancia 45 - San Juan).

Situaciones como ésta nos introducen en un tema que condensa uno de los principales obstáculos para efectivizar tanto el Sistema de Protección Integral de Derechos como la “desjudicialización” de las causas sociales. En tal sentido, si para lograr que un niño/a sea incluido en la escuela se apela a la instancia judicial, en tanto, como también relataba una funcionaria de la provincia de Mendoza, “si un juez toma la medida de que un chico sea incluido en la escuela, un docente, un director no cuestiona esa medida, pero si la medida es tomada por el Poder Ejecutivo se cuestiona más” (funcionaria del área de niñez —Mendoza), es posible observar que la pervivencia de este tipo de prácticas no depende tan sólo de la mayor o menor voluntad de intervención del Poder Judicial. Antes bien, mucho se relaciona con la capacidad de las distintas áreas de políticas públicas para instrumentar acuerdos y circuitos legítimos de acción, y de acciones que logren revertir los sistemas de clasificación que subyacen a la determinación de cuáles niños pueden ser “alumnos”.

2. Hospitales y comités especializados: descuidos, negligencia y denuncias

Una situación similar a la descrita hasta aquí es observable en el caso de las relaciones que las áreas ejecutivas de infancia, y específicamente los servicios ideados para adoptar las medidas de protección estipuladas en la ley 26.061, etablan con el área de salud.

Para instrumentar medidas de protección que involucran al área de salud, ya sea porque se debe asegurar un tratamiento médico a un niño, una consulta psicológica

o la obtención de un turno en un centro de salud, los profesionales de los servicios de protección de derechos también cumplen un papel de mediadores y articuladores, y para ello activan sus redes de relaciones profesionales o personales de modo que, como relataran distintos agentes, el turno necesario no se obtenga para dentro de tres meses o que el niño/a o adolescente sea atendido en el centro de salud aun cuando concorra sin un “adulto responsable”²¹. En tal sentido, aquí también los profesionales estiman como mucho más efectiva la red informal de relaciones que cualquier otro mecanismo de exigibilidad de tipo formal, como, por ejemplo, realizar reclamos colectivos o instar formalmente a que las distintas áreas gubernamentales garanticen los derechos de los niños.

Ahora bien, las relaciones más conflictivas con este sector parecen darse respecto de aquellas situaciones que son catalogadas por los servicios de salud bajo los amplios e indefinidos rótulos de “riesgo” y de “maltrato”. Y ello porque la mirada médica predominante frente a indicios que puedan conducir a sospechar que alguno de estos “intolerables”²² se encuentra presente, antepone la urgencia y la necesidad de preservar la integridad física del niño y, en muchos casos, “judicializa” la situación.

Tanto en Mendoza como en San Juan existen áreas especializadas en maltrato infantil dependientes del Ministerio de Salud provincial. En la provincia de San Juan, mediante una resolución ministerial del año 2000, se creó el Comité de Maltrato Infante Juvenil del Hospital de Rawson. Programa que interviene en casos en los que se sospecha que los niños son víctimas de violencia física, de abandono y/o de negligencia.

Para graficar qué se entiende por negligencia, por ejemplo, una profesional de este Comité relataba:

“En la negligencia entra desde no vestirlos adecuadamente. Por ejemplo, que en pleno invierno aparezcan con ojotas (...) Que no vayan a la escuela. Que no tengan las vacunas. Que no estén documentados. Que no les hagan los controles médicos. Que los manden a mendigar. Además de la higiene. (...) La desnutrición grave, porque si bien la desnutrición puede tener un origen estrictamente biológico, para que llegue al grado tres ha habido negligencia, porque no han tomado medidas previas. Los chicos que ingresan con un shock insulínico, que ingresan con una cetoacidosis, o que ingresan con un cuadro nefrótico agudo, o un cuadro asmático agudo, todos esos cuadros son porque hubo negligencia en el cuidado” (Profesional del área de Salud - San Juan).

²¹ En ambas provincias, los profesionales entrevistados refirieron como una dificultad persistente el hecho de que en muchas oportunidades los niños no son atendidos en los hospitales o en los centros de salud cuando concurren solos. Sin embargo, más allá de las acciones puntuales que los profesionales realizan caso por caso, no parece existir una política tendiente a modificar este tipo de prácticas del área de salud. Por otro lado, en la provincia de Mendoza, específicamente en el municipio de Guaymallén, los profesionales referían que los centros de salud, y en particular los centros de salud mental, se encuentran “colapsados” por la gran demanda existente y la escasez de profesionales. Como ejemplo de ello, una profesional señalaba que en el municipio de Guaymallén hay tres centros de salud, pero sólo uno de ellos cuenta con un psicólogo. A su vez, los centros de salud trabajan sólo en horario diurno.

²² Fassin y Bourdelais, 2005; Grinberg, 2010.

Los profesionales de la Dirección de Niñez señalan que la relación con este Comité es inexistente, y que tanto es un tema pendiente en la gestión como una muestra de los grandes desafíos existentes para la implementación del Sistema de Protección Integral de Derechos. Al respecto es ilustrativo el relato de un funcionario de la Dirección de Niñez:

“Cuando un pibe llega al Hospital Rawson en un cuadro de desnutrición o presenta una situación con indicadores de violencia, existe un espacio que es el Comité de Maltrato que, en vez de poner en conocimiento a la autoridad administrativa que somos nosotros, hace una denuncia, hace un abocamiento a través del Ministerio Público. Ahí hay un ejemplo de cómo ni siquiera los mismos actores del mismo poder nos reconocemos parte del sistema y seguimos actuando de la misma manera, o sea, judicializamos un montón de situaciones que probablemente requieran una judicialización pero que podría, paralelamente, intervenir desde lo administrativo, resolverse un montón de situaciones que independientemente de que hay un nenito que haya que judicializar, o a lo mejor en la intervención de la autoridad administrativa surge que no hay necesidad de judicialización, entonces, hasta ese punto me refiero, me parece que esta nueva mirada, este nuevo desafío que la ley impone como que la hemos tomado mucho las autoridades que tenemos a nuestro cargo la función de llevar adelante políticas sociales, no salud y no educación” (Funcionario del área de niñez - San Juan).

En efecto, el Comité no articula siquiera con el Centro de Violencia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Actualmente, dada la inexistencia de relación con el Comité intrahospitalario, la Dirección de Niñez ha consensuado con uno de los juzgados de menores que siempre que el Comité *judicialice* un caso, el juzgado remita actuaciones al área de niñez, a fin de arbitrar las medidas de protección correspondientes²³.

Así, si bien los funcionarios de la Dirección de Niñez reconocen que algunos de los casos que el Comité “judicializa” —fundamentalmente, aquellos donde hay indicios de abuso— ameritarían la judicialización, estiman que la *gravedad* aducida por estos profesionales se relaciona en mucho con su particular mirada y definición del “riesgo”. Riesgo que es diagnosticado sólo en función de indicadores físicos y emocionales, sin tener en cuenta —básicamente, porque no disponen de equipos en el territorio, según esta interpretación— el contexto social. De tal manera, desde una visión del niño en tanto “paciente”, diagnostican el riesgo y asocian marcadores físicos o patologías (hematomas, desnutrición, falta de higiene, asma) con categorías que son tramadas en términos de sanciones morales a los responsables de esos niños (negligencia, maltrato, descuido). En efecto, la persistencia en el ámbito médico de ideologías altamente conservadoras sobre la maternidad y las relaciones de género parecen po-

²³ Es interesante notar que a este acuerdo con el juzgado de menores se llegó a partir del desenlace de un caso de abuso sexual que había sido judicializado por el Comité. En el caso de esta niña, la situación se complejizó porque su madre falleció mientras su hija estaba internada y, por lo tanto, no había “recurso familiar” para externarla. Sin embargo, cuando la Dirección de Niñez toma intervención y articula con el Centro de Violencia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social para que tomara conocimiento de la situación, desde el hospital no permiten que una ni otro intervengan, debido a que era “un caso” que estaba trabajando el Comité de Maltrato.

tenciarse, movilizando sanciones morales contra una figura típica de “la minoridad” y las políticas hacia las familias, la “pobre madre pobre”²⁴.

Estas visiones respecto de lo que implica la protección de la infancia —según lo relevado en el trabajo de campo— no son exclusivas de este tipo de comités especializados, sino que se encuentran bastante extendidas en el área de salud. Como plantea una profesional entrevistada:

“Yo trabajo en un Centro de Salud también aparte (...) y lo que tienen los médicos que es una lucha: ¡ese niño está abandonado lo tienen que institucionalizar! Entonces cuesta muchísimo, para mí es una lucha diaria que hay que trabajar con la familia, que no hay que sacarlo a no ser de que sea una situación muy extrema, no, ellos quieren que ahí nomás venga el móvil y se los lleve, que venga el 102 y se los lleve, los metan en un hogar, se los quiten o se los den a otra familia (...) Con los médicos cuesta mucho, enseguida se ponen de los pelos cuando ven un niño abandonado y si ven que no se los quitamos, ¡ya estamos trabajando mal! (Profesional de políticas de infancia 46 - San Juan).

En la provincia de Mendoza, aun cuando no se exprese de manera tan explícita como en San Juan, también se observa una tensa relación con algunos grupos profesionales del área de salud, producto de la reconfiguración de los circuitos institucionales promovidos por la aplicación de la ley 26.061.

En esta provincia, el GAR (Grupo de Alto Riesgo) se forma en el año 1998, en el marco de la ley 6551 (sancionada en el año 1997), que crea el Programa de Prevención y Atención Integral del Maltrato a la Niñez y a la Adolescencia (PPMI), actualmente en la órbita de la Dirección General de Salud Mental, del Ministerio de Salud provincial. En casi todos los hospitales regionales funciona una unidad de este programa, conocida como GAR, e interviene tanto en los casos que llegan a la institución hospitalaria —por derivación de cualquier servicio, especialmente de Pediatría, Maternidad, Neonatología, Psiquiatría— o a los centros de salud, como en los casos derivados por la línea 102 que, en Mendoza, es otro componente del Programa provincial.

De forma similar a lo que sucede en San Juan, el GAR interviene en casos en que se diagnostique: “riesgo social”, “maltrato físico”, “maltrato psicológico”, “negligencia”, “abandono”, “abuso sexual”. Pero también intervienen en todos los casos de embarazo adolescente —en tanto los servicios de maternidad deben comunicar el caso— y también, según uno de los profesionales entrevistado del GAR del Departamento de San Rafael, en casos de niños que no concurren al colegio, ya que se les está “negando su derecho a la educación. No hay maltrato físico, ni nada. La negligencia materna es no enviarlo al colegio” (Profesional del área de salud - Mendoza).

Antes de la aplicación de la ley 26.061 en la provincia, estos equipos profesionales se relacionaban asiduamente con el Poder Judicial, ya que daban intervención a los juzgados de familia en todos aquellos casos que, según su perspectiva y evaluación, ameritaban la adopción de una medida tutelar. Ahora bien, con la suscripción del protocolo específico, este circuito se modifica. Según lo establecido en este instrumento, el PPMI (y en consecuencia los GAR) adoptará en todos los casos en que interengan las medidas de protección de derechos que corresponda y si considera necesario adoptar medidas de excepción, tendrá la obligación de dar intervención al OAL.

24 Nari, 2005.

Ello originó distintas reacciones y resistencias, y la falta de formación profesional de los equipos del OAL, la nula especialización en temas de maltrato infantil y, fundamentalmente, la posibilidad de que el OAL no acuerde con las acciones y/o decisiones que los profesionales del GAR sugerían y/o directamente tomaban, constituyen las principales razones para que aún actualmente los profesionales de este dispositivo muestren recelos a la intervención del organismo administrativo. En palabras de uno de los profesionales del GAR:

“Con los juzgados trabajamos mucho mejor que con el órgano. Totalmente. (...) Porque creo que —y te voy a ser muy sincero en esto— me parece que el órgano surgió muy rápido, se buscó gente... nosotros desde el 96, a nosotros nos capacitaron para empezar un programa que comenzó en el 98 y aún seguimos capacitándonos. Esta gente, los que armaron esto, buscaron gente —que yo no digo que sean malos profesionales, al contrario, son excelentes—, pero no los capacitaron. Les dieron —esto es lo principal y me hago cargo— un manejo de la situación que lo hacía un juzgado adonde nosotros entrábamos y hablábamos con el secretario, con el juez, directamente. Porque el GAR sigue entrando a los juzgados. ‘Sí, sí es del GAR que pase. Doctora, doctor’. ‘Pasa esto, esto y esto’. Bueno, resolvíamos y arreglábamos. (...) Y le dieron todo este manejo a gente que no está dentro del hospital. Insisto en que son excelentes profesionales, pero no los capacitaron para semejante responsabilidad. Porque, de última, nosotros llevábamos los problemas, pero la responsabilidad y la decisión —nosotros hacíamos la sugerencia— pero la decisión era de los jueces. Esta gente tiene que tomar decisiones y no están capacitados para tomar esas decisiones (...) Porque ellos (los jueces) nos tenían tal confianza que ya nosotros le llevábamos la solución, sugerir, lógicamente hay que sugerir, vos viste cómo es esto, y ellos... Listo. (...) Aunque el sistema no era nuestro, la decisión era favorable. Ahora, por ahí, sugerimos al órgano administrativo, pueden tomar o no la opción nuestra, porque es una sugerencia lo que hacemos nosotros. Pero ha habido casos muy desfavorables. Es como que el paciente... Interviene el órgano, logra reintervenir el GAR, porque la solución no está en nosotros, interviene la municipalidad, interviene el juzgado, hay muchos entes alrededor del mismo niño sin solucionar el problema de base” (Profesional del área de salud 33 - Mendoza).

En esta larga cita se condensan muchos de los sentidos y valores que son confrontados en las disputas con los órganos administrativos. De tal manera, la “confianza”, el nivel jerárquico, el “poder de decisión” y sobre todo la aceptación de las sugerencias realizadas —en una palabra, la percepción de “estar hablando el mismo idioma”— son elementos valorados positivamente por estos profesionales, y son usados para caracterizar la relación que mantenían y que, en ocasiones, aún actualmente mantienen con el Poder Judicial.

De tal manera, los actores sanitarios vinculados a las áreas de maltrato o a la asistencia pediátrica, si bien no constituyen un actor homogéneo, tienden a establecer lecturas sobre la violencia, las formas de crianza, la maternidad, las familias pobres que recrean bajo un aparente “marco de derechos” las formas de la “negligencia”, y operan solicitando la sanción efectiva a tales familias²⁵.

²⁵ Fonseca, Claudia y Cardarello, Andrea. “Derechos de los más y menos humanos”, en Tiscornia, S. y Pita, M. V. (eds.), *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Antropofagia, Buenos Aires, 2005.

Ello se traduce en circuitos que excluyen o evitan los órganos especializados. Tales esquemas interpretativos, y los sentidos atribuidos a la eficiencia y la efectividad de las acciones que se tramaban en el anterior y tradicional circuito de la protección, resultan en ideologías institucionales y rutinas burocráticas que, aun cuando promuevan la “judicialización de la pobreza” y/o de las causas sociales, han comenzado a ser problematizadas y cuestionadas muy recientemente: una vez que se sancionó la nueva norma nacional y distintos agentes se vieron obligados a desandar los tradicionales caminos de la protección.

IV. CIRCUITOS, VALORES Y TENSIONES: LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EXCEPCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

Si hasta aquí hemos visto cómo los profesionales de los nuevos dispositivos para la protección de derechos deben lidiar con distintas dificultades a la hora de materializar los postulados relativos a la “integralidad, transversalidad y corresponsabilidad” definidos por la nueva norma, ahora nos detendremos a examinar cómo esas mismas tensiones se recrean —y otras nuevas se identifican— cuando se adopta o se debe adoptar una medida de protección excepcional de derechos, esto es, una medida de separación del niño/a de su medio familiar.

Cada una de las provincias ha establecido circuitos formales para la adopción de estas medidas, que varían tanto en su grado de formalización como en la injerencia que en ellos tiene el Poder Judicial. Sin embargo, más allá de las distintas dificultades de articulación, comunicación y coordinación de acciones que surgen en estos nuevos circuitos, mi interés en el siguiente apartado es describir y analizar cómo son connotadas y significadas por los profesionales de los organismos de protección de derechos las problemáticas en función de las cuales las medidas de protección excepcional de derechos son más frecuentemente adoptadas.

1. Problemáticas y dilemas: los criterios de oportunidad para la adopción de las medidas excepcionales

A grandes rasgos y esquemáticamente, las situaciones que los agentes entrevistados refieren como motivos para la adopción de una medida excepcional de protección de derechos pueden ser agrupadas en dos grandes tipos: por un lado, las medidas originadas en una situación de riesgo caracterizado como “inminente e inmediato”; por otro, las medidas originadas en el fracaso de anteriores y sucesivas intervenciones sobre la familia de los niños/as y/o adolescentes²⁶.

²⁶ Cabe señalar que otra de las situaciones que originan la adopción de una medida excepcional está dada por los casos de adolescentes menores de 16 años imputados de haber cometido un hecho delictivo. En efecto, como la nueva ley derogó la figura de la “disposición tutelar”, en los casos de menores no punibles, en general, los juzgados penales de menores no continúan interviniendo —como sí lo hacían cuando regía la Ley de Patronato de Menores (10.903)— y dan intervención a los organismos administrativos de protección de derechos. Estos organismos, entonces, evalúan si el adolescente puede continuar conviviendo con su familia, y, si de esa evaluación surge que es conveniente que no lo haga, dicta una medida de

En principio, aquellas razones que pueden ser denominadas como de “riesgo inminente e inmediato” no son otras que las ya descritas respecto de las situaciones en las que los niños y niñas son, o bien se presumen, víctimas de abuso sexual, violencia física y malos tratos. Estas situaciones, cuando ocurren en el ámbito intrafamiliar —en tanto quienes son considerados autores de los delitos son los padres, padrastros o tíos—, dan lugar, en ocasiones, a la adopción de medidas cautelares o conexas por parte de la justicia que ordenan la exclusión del agresor y/o la prohibición de acercamiento. Sin embargo, en muchas otras ocasiones derivan en la adopción de una medida de separación de los niños de su medio familiar, en tanto lo que se evalúa en estos casos es la (in)capacidad de los otros integrantes de la familia —en especial de la madre— para la contención y el adecuado cuidado de ese niño o niña. En esas ocasiones, puede suceder también que el manto de sospecha hacia la madre de esos niños víctimas de un delito contra la integridad sexual se extienda respecto de su desempeño en relación con sus otros hijos, lo que puede redundar en la adopción de una medida excepcional que también incluya a los hermanos/as del niño/a víctima. En esos casos, el desconocimiento de la familia de la situación que atraviesa el niño o niña es valorado negativamente por los profesionales intervinientes y es interpretado como muestra de la complicidad de la familia, en tanto, como relataba una profesional entrevistada, en tales casos se está frente a una “familia cómplice” (Profesional de políticas de infancia 26 - Mendoza)²⁷.

Además, como ya he planteado, en situaciones de este tipo las instituciones hospitalarias cumplen un destacado papel y la asociación directa entre violencia o abuso e incapacidad de los adultos responsables de los niños, así como la perentoriedad de dar fin a la situación, resultan en la casi inexorabilidad de la adopción de una decisión de este tipo. En buena medida, entonces, en tanto los sucesos de estas características lindan con “lo intolerable”²⁸, las respuestas que se elaboran para hacerlos cesar son las menos proclives a ser interrogadas y/o tematizadas por parte de los profesionales. De tal manera, las tentativas ensayadas en estos casos se orientan a procurar

protección excepcional que implica la separación de su medio familiar y su eventual inclusión en un instituto u hogar para menores. Es aquí donde se verifica una suerte de desplazamiento del control que antes ejercían los juzgados hacia los organismos de protección de derechos.

²⁷ En estos casos se observa con mucha nitidez el desigual abordaje, así como las diferentes posibilidades con las que cuentan las familias de los niños/as según cuáles sean sus condiciones materiales de vida. Así, por ejemplo, la medida de exclusión o de prohibición de acercamiento del supuesto agresor tiende a volverse irreal en aquellos lugares de residencia propios de las clases bajas, en los cuales el “hogar” de la familia nuclear no tiene fronteras tan definidas ni cerradas sobre sí mismas, como es usual o al menos deseable en las familias de sectores medios. Muchas veces evaluados en términos de hacinamiento y/o de promiscuidad, estos hogares se encuentran conformados por la parentela extensa y se caracterizan por la proximidad física con otras casas y por una textura que puede considerarse abierta. En todo caso, y sin querer esquematizar, es difícil que un hombre —en tanto en la inmensa mayoría de los casos los agresores son varones— encuentre otro lugar para vivir; y/o en otro orden de ideas, que una madre de un niño/a víctima de este tipo de delitos pueda iniciar una terapia que la apunte en su rol y que la fortalezca —a los ojos de los distintos profesionales y funcionarios que comienzan a intervenir en el caso— como alguien capaz de brindar la protección necesaria.

²⁸ Fassin, Didier y Bourdelais, P. (eds.), *Les Constructions de l'intolérable. Etudes d'anthropologie et d'histoire sur les frontières de l'espace moral*, La Découvert, París, 2005.

evitar la institucionalización de esos niños y a ubicarlos con otros familiares, ya sean tíos/as y/o abuelos/as, siempre que tengan un lugar de residencia distinto.

Otro tipo de problemática es la originada por el fracaso de anteriores intervenciones. En estos casos, en general, la situación de vulneración de derechos por la que atraviesan los niños/as es catalogada en términos de “negligencia”, “descuido” y/o “abandono”, en tanto no presentan condiciones de higiene, se encuentran “mendigando” en la calle, están mal vestidos, no concurren a la escuela, se enferman en forma recurrente o presentan signos de desnutrición. De tal manera, si en casos de este tipo son activadas distintas estrategias de abordaje tendientes a proveer recursos materiales —por la vía de subsidios, asistencia material de distinto tipo, o bien de conseguir trabajo a sus padres— y a fortalecer a la madre en su rol, y aun así las conductas “negligentes” no son modificadas, después de un plazo variable, que puede extender la intervención por meses o incluso años, el “fracaso” comienza a vislumbrarse. Por lo tanto, comúnmente el “fracaso” de las anteriores intervenciones se asocia a la falta de respuesta por parte de la familia de los niños, es decir, a su “falta de adherencia al tratamiento”. Un tratamiento cuya finalidad es lograr que sus padres, pero en especial sus madres, se convenzan de la necesidad de modificar sus conductas en relación con sus hijos, y si ello no ocurre, esos fracasos terminan siendo el detonante para que esa familia sea considerada “inviabile”.

Estas situaciones no son sencillas para los distintos profesionales que intervienen. De hecho, apreciaciones tales como “no entender” y/o “no poder comprender” cómo, por ejemplo, una madre actúa de determinada manera respecto de sus hijos, o referencias a la “bronca” e “impotencia” que les generan determinados casos, dan lugar a diferentes interpretaciones que lejos están de ser uniformes y homogéneas, sino que varían de acuerdo a la experiencia, al nivel de formación y a las posturas ideológicas sustentadas por cada profesional. No obstante este nivel de reactividad afectiva, lo que se visualiza también es la ausencia de una perspectiva de género que pueda tener en cuenta tanto los “derechos de los niños” cuanto los derechos de las mujeres en tanto madres. Antes bien, lo que se observa es que los distintos profesionales se rigen por modelos de género que tienden a atribuir la responsabilidad por la crianza de manera exclusiva a la madre y, al mismo tiempo, construyen ideas sobre las competencias para tal tarea más centradas en la capacidad moral y amorosa de ella que en sus recursos sociales y redes de apoyo.

Por otro lado, a algunos profesionales este tipo de situaciones les permiten ver que, aun cuando esas familias sean acreedoras de múltiples y variadas intervenciones, no es la cantidad de intervenciones sino la calidad y el lugar desde el que ellas son formuladas lo que muchas veces determina y/o lleva implícito su “fracaso”. Al respecto son ilustrativas las palabras de una profesional de una larga trayectoria en el área de infancia de la provincia de Mendoza:

“La mayoría de las familias con las que nosotros trabajábamos, no te creas que eran familias que no estaban trabajadas, eran familias muy trabajadas, ¿y qué pasaba? Hartas estaban, hartas de la promesa ‘vengo mañana’ y volvían dentro de dos meses, familias que, también, no creían mucho. Relacionarse con una familia en una situación de alta vulnerabilidad no es para cualquiera.

“E.: ¿Muy trabajadas por quién?

“—: Por la comunidad, por la trabajadora social del juzgado, por la del centro de salud, por la de la escuela y siempre con esta mirada intrusiva, a ver ‘vos mamá, sí,

sos un desastre, no los mandás a la escuela” (Profesional de políticas de infancia 19 - Mendoza).

Sin embargo, otros profesionales, antes que ensayar una evaluación o revisión de sus propias prácticas, depositan en el fracaso de la intervención —esto es, en la falta de adhesión por parte de las familias a los preceptos profesionales— la responsabilidad por la toma de las medidas excepcionales. En estos casos, además, las valoraciones acerca de la *inviabilidad* de la familia se traman con distintas apreciaciones acerca del aprovechamiento que realizan esas familias de los recursos del Estado y de la utilización que hacen de sus hijos para seguir recibiendo subsidios o ayudas. Y así la construcción de familias “tramposas” o dependientes más allá de lo moralmente aceptable alude a un conglomerado de representaciones sobre las familias asistidas que aumenta la distancia social entre ellas y los profesionales. En efecto, en relación con la caracterización de aquellas madres como “tramposas” o bien “mentirosas”, resulta interesante lo relatado por un profesional del área de salud:

“Los casos de negligencia y abandono son, por ejemplo, son niños que no están escolarizados, están todo el día... Hay zonas marginales donde los niños, aparte de haber sido apartados de la escuela, no concurren al colegio y andan todo el día en la calle —no son niños de la calle—, son niños en la calle. Entonces hay una falta de control por parte de la madre. Madre que refiere, a veces, que trabaja y es mentira, está todo el día deambulando, o no sé si deambulando, sino en lo del novio, con figuras parentales distintas para ese núcleo familiar. ‘Le doy un hijo a este, un hijo al otro, al otro’. Y van rejunando, le piden ayuda al centro de salud a través de la caja comunitaria, pero los niños se crían solos, en la calle. Entonces, por ahí, vienen los mismos vecinos hacen la denuncia por tales y tales niños, aparte de no concurrir a clase, están todo el día mugrientos, están sucios, y andan hasta altas horas de la noche en la calle. Entonces, *cuando vienen acá, te los traen todos cambiaditos, lavaditos y se piensan que nosotros no vamos a ir a verlos después*, o que la agente sanitaria no nos va a decir la realidad” (Profesional del área de salud 33 - Mendoza).

Es en estos casos donde la medida excepcional aparece para estos profesionales como un recurso “salvacionista”, orientado a cambiarles el destino a esos niños/as o bien como un recurso coactivo pero a la vez “pedagógico”, tendiente a modificar esas conductas. Al respecto, una profesional del programa Dispositivos Territoriales de San Juan, después de relatar las peripecias de su trabajo con un caso “largo y complicado” en el que los padres de los niños no modificaban sus comportamientos a pesar “de la ayuda recibida”, consideraba que la finalidad de la medida era procurar un cambio en la familia:

“A ver, la idea es buscar un cambio en la familia. Que no sientan que el Estado solamente tiene que darles plata, ellos tienen que garantizar, y también uno como parte del Estado tiene que garantizar que los chicos estén a resguardo (...) La idea es que el niño esté en el ámbito de su familia, esté con sus hermanos, pero muchas veces éstas son estrategias para que ellos crean que esto puede pasar, que ellos pueden perder la tenencia de los chicos, muchas veces (con la adopción de una medida excepcional) se genera un cambio en la familia, y a veces no. Pero la mayoría de las veces cuando pasa es como que empiezan a ver” (Profesional de políticas de infancia 16 - San Juan).

De tal manera, la utilización de la medida como “amenaza” y/o como estrategia de persuasión coactiva para que la familia “cambie” es un recurso válido para muchos profesionales de los nuevos dispositivos de protección de derechos.

Así, la tensión entre el derecho de los niños a convivir con su familia y a no ser separados de ella arbitrariamente, pero a la vez asegurarles los cuidados y la protección necesaria a fin de que tengan —al decir de algunos profesionales— un “destino”, se instala con frecuencia. Por otro lado, más allá de que los profesionales —ante las preguntas respecto de las medidas de excepción más frecuentemente adoptadas— expresen que cada caso es singular y único, del análisis sobre las formas en las que interpretan y lidian con situaciones de extrema desigualdad y/o marginalidad, se observan determinadas regularidades en sus acciones. Regularidades que tienen como común denominador la tendencia a moralizar hábitos y costumbres familiares que, por distintas y múltiples razones, no se adecúan a lo que “debe ser” la crianza de los niños y a las obligaciones que se asocian a la buena maternidad y paternidad.

Cierto es que determinar cuáles conductas se asocian al descuido y cuáles son producto de situaciones de extrema pobreza que se han extendido por generaciones instala a los profesionales en un difícil lugar. Del mismo modo, trabajar en pos de la “responsabilización” de la familia por el cuidado de sus hijos implica también de-sandar años de una lógica de la dependencia y la subordinación que ha estado presente —y en buena medida aun lo está— en las políticas diseñadas para la infancia pobre y sus familias. Sin embargo, entender que, en ocasiones, las distintas formas de organizar la crianza de los niños, antes que revelar *negligencia* o *abandono*, constituyen estrategias y arreglos posibles para hacer frente a ella, y fundamentalmente comprender que el modelo de familia que guía muchas de las acciones de los profesionales, así como los valores asociados a la “autonomía” de la familia, a su “responsabilidad” y a las formas de criar a un niño y de brindarle protección son constructos sociales que en mucho se relacionan con las condiciones de que disponen las familias para darles materialidad, esto es, son valores propios de los sectores medios de nuestra sociedad, resultaría indispensable para —al menos— imaginar otras estrategias de abordaje y otros modelos de intervención.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Si, como planteáramos en la introducción de este trabajo, pensar en las actuales formas de intervención social y en la retórica de derechos de los niños/as y adolescentes como productos —no acabados, ni completos— de largos procesos en los que una diversidad de actores ha reclamado para sí la legitimidad para intervenir y ha intentado imponer sus posturas en relación a lo que entendían y entienden es “lo mejor” para un niño, permite observar que los nuevos circuitos y dispositivos de “protección de derechos”, si bien auspiciosos para procurar una transformación de las prácticas tradicionales destinadas a la infancia pobre, cobran materialidad en complejos escenarios en los que distintos enfoques sobre los “derechos” y la “protección” colisionan o al menos se encuentran en disputa.

Además de ello, tener en cuenta que la nueva normativa y el Sistema de Protección Integral de Derechos que ésta postula, lejos de ser una suerte de receta que los distintos agentes y organismos se limitan mecánicamente a aplicar, son constructos

atravesados tanto por relaciones de poder como por una compleja trama de relaciones sociales y de rutinas institucionales, permite inscribir tales procesos de transformación en la arena de la política y la historia, y ello posibilita dinamizar el análisis, desplazando la mirada desde las normas y reglamentaciones hacia las formas concretas en que tales procesos de “ampliación de derechos” son significados, reapropiados, interpretados y materializados en contextos específicos.

En tales contextos, el contorno del Estado y sus posibilidades de intervención son resultado no sólo de sus capacidades financieras (de sus recursos presupuestarios, materiales, humanos, entre otros), sino también de las capacidades interpretativas y reflexivas de los actores, las cuales se expresan en el nivel de las prácticas cotidianas. En otras palabras, el Estado adquiere cuerpo, límites y sentidos en las prácticas y representaciones de los actores que lo componen y en su institucionalidad, entendida también como historicidad, en tanto los novedosos procedimientos, circuitos o dispositivos se materializarán en el seno y/o en vinculación con burocracias, más o menos perdurables, pero que los preceden y en buena medida también los constriñen.

En este sentido, el análisis de las tensiones que emergen cuando se procura adecuar la “protección” de la infancia a un “enfoque de derechos” permite observar que el Estado, antes que constituir una estructura homogénea y con una direccionalidad única y lineal, es una instancia heterogénea, múltiple, y a veces contradictoria, en la que difícilmente se pueden delimitar espacios —o grupos y organismos— que sean uniformemente resistentes al “cambio” o bien partidarios de él.

Asimismo, permite observar que la intervención legítima del Estado o, dicho de otro modo, las prácticas y dispositivos empleados para la constitución y protección de los derechos de los niños son, en gran medida, producto de las interpretaciones y negociaciones de los agentes institucionales, así como de aquellos agentes que interactúan con los organismos del Estado. En tal sentido, por un lado, es preciso considerar los conflictos entre diferentes organismos —que tanto nos hablan de pujas institucionales por controlar diferentes tipos de recursos como por defender viejas o nuevas atribuciones—, antes que como un telón de fondo o como meros obstáculos, como elementos constitutivos de las formas que asume actualmente la intervención sobre la infancia y sus familias, ya que a partir de ellos se definen también sus límites y alcances²⁹. Por otro lado, también es necesario considerar que esas interpretaciones se despliegan en escenarios en los que, por ejemplo, la “seguridad” es instalada como *problema* y a partir de esa lente no sólo los adolescentes pobres son clasificados como sujetos potencialmente “peligrosos”, sino también lo son aquellos niños que tienen problemas de conducta, no concurren a la escuela o son descuidados por sus familias.

De tal manera, y en paralelo a los múltiples esfuerzos que muchos agentes —seriamente comprometidos con la defensa y garantía de los derechos de los niños— despliegan en pos de transformar sus intervenciones y modos de abordaje, tienen lugar procesos de reproducción de la desigualdad. Procesos en los que los niños que son marginados y/o directamente expulsados de la escuela —por concurrir *sucios*, por *tener problemas de conducta* o por sus *inasistencias reiteradas*, como hemos vis-

²⁹ Villalta, Carla. “La *administración* de la infancia en debate. Entre tensiones y reconfiguraciones institucionales”, *Estudios en Antropología Social*, vol. 1, nro. 2, Centro de Antropología Social, Instituto de Desarrollo Económico y Social, 2010. ps. 81/99.

to hasta aquí— pueden ser también objeto de medidas de protección excepcional de derechos, en tanto esa situación es reveladora para algunos profesionales de la “negligencia materna”.

De este modo, en un escenario en el que se verifican importantes esfuerzos para ampliar “derechos” —que tanto se traducen en la sanción de nuevas normativas, como en la implementación de novedosos arreglos de provisión social, como, por ejemplo, la Asignación Universal por Hijo—, las interpretaciones respecto del “aprovechamiento” que realizan de los recursos del Estado algunas familias, la caracterización de algunas otras familias como “cómplices”, “tramposas”, “mentirosas” o bien “resistentes al tratamiento” de transformación buscada y, entre otras cosas, la utilización de las medidas de separación de los niños de su medio familiar en tanto “amenazas” o recursos coactivos, revierten en evaluaciones moralizantes a partir de las cuales los distintos agentes ensayan particulares claves de lectura de los nuevos marcos legales y dan sentido a la protección.

Por lo tanto, y más allá de que no hay recetas para la intervención y que además en muchos casos son los propios profesionales quienes ensayan reflexiva e introspectivamente una mirada sobre sus propias prácticas, pareciera que uno de los mayores desafíos para que un “enfoque de derechos” posibilite no sólo cambiar los circuitos de la protección, sino fundamentalmente los sentidos y contenidos asociados a ella, consiste en repensar y desarmar la trama a partir de la cual las familias de esos niños y niñas han sido rotuladas, negadas en sus capacidades y culpabilizadas en distintas y sucesivas intervenciones profesionales, aun en aquellas intervenciones que se orientan a proteger los derechos que esos niños tienen vulnerados.

BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

por ANDREA I. PODESTÁ*

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer al Dr. Juan Antonio Seda por invitarme —y animarme— a escribir unas líneas acerca de la enseñanza del derecho de familia. Sabida es la importancia de no sólo *qué* se enseña sino *cómo* se enseña. En este caso, entonces, nos detendremos en la forma y no en el fondo, toda vez que el fondo está dado por la estructura general de la carrera y por el programa en particular de cada materia. Los Congresos Nacionales de Derecho Civil han reunido y reúnen en nuestro país a los más eminentes civilistas dispuestos a trabajar con ahínco para *aggiornar* la legislación argentina. Desde sus inicios, fueron convocados los profesores universitarios de derecho civil, por lo cual no resulta extraño que ya en las XIII Jornadas celebradas en la Universidad Notarial Argentina, en Buenos Aires, en 1991, se incluyera un seminario sobre la Enseñanza del Derecho Civil que recomendara que, en las sucesivas Jornadas Nacionales de Derecho Civil una comisión tratara sobre la Enseñanza del Derecho¹. Y así se hizo. Permitiéndose, a partir de allí, un espacio de reflexión sobre el *cómo se enseña*, dentro de un cúmulo mayor de interrogantes. Analizaremos algunos temas a partir de lo allí propuesto.

II. NINGUNA TÉCNICA DE ENSEÑANZA DEBE SER DESCALIFICADA

En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil² se recomendó: “Ninguna técnica de enseñanza debe ser descalificada. Cualquiera puede constituir un método útil de acuerdo con el objetivo que se haya propuesto el docente. El proceso de aprendizaje se facilita en la medida en que se amplía la variedad de técnicas utilizadas por el docente”. El método es el instrumento de que se sirve el profesor para conseguir

* Abogada (UBA). Docente regular por concurso de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Derecho, UBA - La Ley, Buenos Aires, 2005.

² XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1993.

sus fines. Todos los grandes educadores —desde Sócrates hasta nuestros días— han creado sus propios métodos pedagógicos. Si bien ha habido intentos de establecer un sistema único y uniforme para todas las formas de educación, en la actualidad ya no hay dudas de que es imposible aplicar un método universal. Además, lo decisivo es la personalidad del educador, ya que el método no es más que un auxiliar, un instrumento que él ha de manejar. Ahora bien, como acertadamente se aconseja en las jornadas, apriorísticamente no debe descartarse ninguna técnica de enseñanza y cuantas más aplique el docente, probablemente mejores sean los resultados obtenidos. La docencia en general requiere un largo camino, integrando formación intelectual y experiencia frente al curso. Esto no se logra improvisando ni apurando la marcha. Además de tener los conocimientos, se necesita poseer la capacidad de saber transmitirlos en forma efectiva y real.

III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEBE SER PARTICIPATIVA

En las XIII Jornadas que anteriormente mencionáramos se consignó: “La enseñanza del derecho debe ser participativa tendiendo al desarrollo del espíritu crítico y creativo de los estudiantes. A tal efecto la enseñanza teórica debe ser adecuadamente complementada con análisis de casos jurisprudenciales conforme a la moderna experiencia nacional y extranjera”.

El método clásico de enseñanza es el expositivo —llamado comúnmente clase magistral— y consiste, precisamente, en la exposición de un tema por parte del docente. Dicha exposición debe ser clara y precisa, realizarse de un modo espontáneo, aunque haya sido preparada de antemano. La clase magistral depende en demasía del docente, ya que propende a que el oyente asuma una actitud pasiva y corra el riesgo de desentenderse del tema. Por ello, entendemos que si bien no debe ser dejada de lado, debe ser complementada con métodos más participativos. Como bien ya lo decía el profesor Alterini: “Aunque estoy convencido de la necesidad de aplicar los sistemas activos, y básicamente el análisis de casos, tampoco acepto un rechazo incondicionado de la enseñanza *ex cathedra*³. Por ello, puede incluirse dentro de la exposición el método interrogativo, que puede utilizarse en forma de diálogo —como el llamado método socrático— o en forma de cuestionamiento al terminar un concepto, con el fin de evaluar si éste fue o no aprehendido correctamente”.

IV. SE DEBE ENSEÑAR TEORÍA ACOMPAÑADA DE ACTIVIDAD PRÁCTICA

En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se insistió nuevamente: “Para que el profesor de derecho sea un verdadero promotor de la enseñanza de los jóvenes, debe enseñar teoría acompañada de actividad práctica... y como reclamo de soluciones concretas para problemas concretos en la problemática del mundo académico del derecho, sería conveniente desarrollar el método de casos y el análisis jurisprudencial”. Entendemos que el profesor debe señalar los lineamientos básicos, las directivas principales, aquellos principios que por razones obvias desconoce el alumno. A partir de allí, éste deberá tomar una actitud más activa en su propio proceso de

³ Alterini, Jorge H., “La enseñanza del derecho”, LL 1988-C-687.

aprendizaje, por ello es imprescindible que la teoría esté acompañada por la práctica. La enseñanza del derecho no puede estar alejada de la realidad, ya que el futuro abogado va a entrar inexorablemente en contacto con ella hay que prepararlo para ello”.

V. ENSEÑANZA A TRAVÉS DEL MÉTODO DE CASOS

El método de casos comienza a ser utilizado hacia fines del siglo XIX y principios del siglo XX en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, al observarse la importancia que tenía la práctica universitaria para el futuro profesional. De allí se extendió al mundo. En 1870 asume como decano de la Escuela de Derecho de Harvard Christopher Columbus Langdell⁴, considerado el creador de este método, al darle a sus alumnos, en vez de un libro de texto, uno de casos que publicó en 1871, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, éste se difundió rápidamente por todas las escuelas de derecho. Si bien existen diferentes matices y variantes, podemos resumir el método en los siguientes pasos:

— Descripción del caso: relato de una situación originada en la vida real. Esto obliga una lectura pormenorizada del caso —que implica comprensión del texto por parte del estudiante—. En cuanto a la situación que se plantee, compartimos lo recomendado en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en San Miguel de Tucumán en septiembre de 2011, que por unanimidad establecieron: “El ‘método de caso’ como método de enseñanza del derecho en nuestras universidades, a diferencia del ‘método de casos’ del *common law*, admite otras fuentes además del precedente jurisprudencial. En otras palabras, no es necesario que el caso sea extraído de los anales de jurisprudencia solamente, puede perfectamente ser un caso hipotético, un simulacro de juicio o de entrevista cliente-abogado”.

— Identificación del problema y de sus posibles soluciones por parte del alumno en forma individual. El alumno recrea en su mente el problema, descarta los elementos superficiales, analiza los importantes y conducentes a una resolución y propone una estrategia.

— Puesta en común en pequeños grupos. Si la duración de la clase lo permite, una discusión entre los alumnos antes del análisis final con el docente enriquece las posturas individuales y favorece el pensamiento crítico de cada alumno.

— Análisis de las conclusiones de los grupos con el profesor. A partir de lo analizado por los grupos o directamente por cada alumno, la puesta en común coordinada por el docente permite ir desarrollando el tema desde el punto de vista tanto teórico como práctico. Como bien fuera señalado en las XXII Jornadas Nacionales ya mencionadas, la diversidad de alternativas del caso práctico enriquece la visión del alumno, a mayor cantidad de fuentes: la ley, la doctrina, la jurisprudencia, la vida real, los artículos periodísticos, el laboratorio, el arte cinematográfico, la literatura y el teatro, más se abre el abanico de posibilidades ante el alumno.

— Reflexión final del profesor. Creemos importante recordar que cada clase debe tener su introducción y su cierre a cargo del docente para remarcar los puntos más im-

⁴ Laje, Alejandro, “Consideraciones sobre la enseñanza del derecho para la conformación de los estándares requeridos para los planes de estudio en universidades argentinas”, LL, Suplemento Actualidad del 28/10/2004.

portantes abordados en ella. El conocimiento teórico por parte del docente no puede ser suplido por el método de casos sino que debe complementarse con éste.

Como bien enseñaba el maestro Goldschmidt: “El análisis de casos como método pedagógico responde a un espíritu coincidente con el del método científico, pues en ambos campean la observación, la comprobación de corte experimental y la elaboración de ideas. Es perfectamente válido para dicho método aquello de que el verdadero educador enseñando investiga e investiga enseñando. El gran ejemplo de la inseparabilidad de la investigación y de la enseñanza es Sócrates que investiga con veracidad delante y con ayuda de sus discípulos; y así les enseña a investigar e investiga enseñando”⁵.

VI. A MODO DE CIERRE, MI EXPERIENCIA

Como docente de la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones intento transmitir al alumno la importancia de estar suficientemente capacitado tanto en el aspecto conceptual de la materia cuanto en su puesta en práctica, de allí que el método de casos sea uno de los métodos que —junto con el expositivo-participativo— más utilice en mis clases, tratando de integrar la formación teórica con espacios prácticos que los preparen para un ejercicio profesional responsable. Para ello:

— Planifico las clases: Aunque sea un latiguillo repetido hasta el hartazgo, no por ello deja de ser cierto: el tiempo es tirano y escaso. Y si además de tener poco tiempo, no lo sabemos aprovechar, doble perjuicio para nuestros alumnos. Por ello no es bueno improvisar y es importante planificar clase por clase antes del inicio del cuatrimestre y, si es necesario, durante el transcurso de éste hacer los ajustes que se necesiten. Asimismo, al entregarles el primer día de clase la planificación a los alumnos, ellos podrán conocer de antemano los temas que se desarrollarán día por día y así leerlos y hasta estudiarlos anticipadamente, sacando mejor provecho del poco tiempo que nos permite la cursada. También poder interrogarme al final de las clases sobre aquellos temas que por razones de tiempo no estén incluidos en el cronograma.

— Preparo la clase: Además de la planificación del curso en su conjunto, entiendo que es fundamental organizar todas y cada una de las clases individualmente. Preparar la clase implica no sólo el conocimiento teórico y práctico del tema que va a desarrollarse sino que, antes de su dictado, hay que organizarla, ello significa decidir qué método va a emplearse en esa clase, dirigida a esos alumnos en particular, qué material se va a utilizar, qué ejes se van a remarcar, cuáles son los objetivos propios de esa clase. Entiendo que la formación del docente no finaliza nunca, siempre debe estar buscando tanto desde el conocimiento teórico cuanto práctico cuanto pedagógico la forma de mejorar sus clases.

— Organizo el tiempo: La clase comienza —en la gran mayoría de los casos— donde terminó la anterior, de allí que una de las primeras preguntas sea si hay alguna duda o inquietud de lo que hemos estado viendo hasta el momento. A partir de allí sintetizo el tema del día. Muchas veces es bueno comenzar con alguna pregunta interesante que atrape a los alumnos y que sea respondida hacia el final de la clase; o con algu-

⁵ Goldschmidt, Werner, *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978, ps. 568 y 569.

na referencia a algún hecho de la vida cotidiana, algo que nuestra materia nos ofrece a diario, para lograr captar el interés del alumno.

— Desarrollo de la clase propiamente dicha: Ya sea por el método de casos, por el expositivo participativo, por la exposición de parte de los alumnos, entre otros, con un tiempo acordado de antemano. Es el nudo central de la clase y mientras se desarrolla estoy muy atenta a que nadie se disperse o se pierda; tampoco a que ninguna pregunta nos aleje demasiado del tema del día y nos haga perder el hilo conductor de la clase.

— Cierre de la clase: También es importante que sea el docente quien retome al final de la clase los temas que fueron los ejes centrales de ella y anticipar los que se analizarán la clase siguiente, para que el alumno pueda llegar a la próxima clase habiendo leído el tema del cual se hablará. Este breve resumen, entiendo, es para reafirmar los conocimientos incorporados ese día y despejar alguna duda o aclarar alguna cuestión que surja en ese momento. Muchas veces, al rever el tema, observo que hubo cuestiones que no quedaron claras y es bueno que se vayan sin confusiones.

— Evaluaciones: La materia es cuatrimestral, se toman dos parciales escritos, con Código. Al darles las notas, hago una devolución acerca de cómo estuvieron los parciales y si el alumno obtiene promedio seis promociona la materia; en caso contrario, rinde un examen final, también con el Código Civil. Una vez que entrego las calificaciones definitivas, invito a los alumnos a que en forma individual y anónima contesten una serie de preguntas acerca del curso o realicen un comentario acerca de su desarrollo. Estos cuestionarios y sus respuestas son de enorme utilidad para mejorar los cursos subsiguientes.

A modo de síntesis, puedo decir que utilizo la comunicación y de ella *la palabra*, que también puede parecer una verdad de Perogrullo, pero el docente no debe olvidar que lo aburrido no enseña y que si no hay comunicación, no hay enseñanza, por eso termino con la frase del poeta Pablo Neruda, en “Confieso que he vivido”, que decía: “Todo lo que usted quiera, sí señor, pero son las palabras las que cantan, las que suben y bajan... Me prosterno ante ellas... Las amo, las adhiero, las persigo, las muerdo, las derrito... Amo tanto las palabras...”.

APORTES PARA UNA FORMACIÓN INTEGRAL EN DERECHO DE FAMILIA

por YAMILA LÓPEZ CODESAL*

I. PALABRAS PREVIAS

Con este breve trabajo intento reflexionar y criticar razonadamente la metodología didáctica utilizada para la formación de profesionales del derecho en la carrera de grado. Luego, y partiendo de dicho análisis, pretendo profundizar en la problemática que enfrentan los profesionales del derecho de familia, justamente a raíz de los agujeros que presenta su formación.

Asimismo, intento analizar cuáles son los conocimientos que resultarán indispensables para que los futuros profesionales puedan ayudar a las familias en crisis que los consultan. ¿Qué condiciones especiales requiere el derecho de familia para su ejercicio? ¿Debería un profesor instruir y evaluar algo más que el conocimiento de la ley?, ¿y con qué herramientas pedagógicas cuenta para ello?

II. INTRODUCCIÓN. DE DÓNDE VENIMOS

Es importante situar históricamente la cuestión: la enseñanza del derecho de familia se mantuvo prácticamente inalterable en sus formas hasta hace apenas unas pocas décadas¹.

Históricamente, la metodología educacional en nuestra facultad se ha basado en la transmisión lineal y directa de información (casi siempre, textos legales) del profesor hacia sus alumnos. El saber siempre fluía en el mismo sentido, dando poco lugar al debate y argumentación de grupo. Se conformó así un círculo vicioso: profesores

* Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UBA).

¹ Así es como “en el año 1994 se realizan las ‘Primeras Jornadas Nacionales sobre la Enseñanza y Aplicación del Derecho de Familia’ en San Martín de los Andes, Neuquén”. En cuanto a la UBA, “...fue en el año 1961 que la resolución del Consejo Directivo 5183/1961 estableció que los auxiliares docentes debían cursar asignaturas especialmente diseñadas para esa preparación pedagógica...”. Seda, Juan, “Relevamiento, clasificación y análisis de jurisprudencia sobre derecho de familia”, cuadernillo de enseñanza, Programa de Transferencia de Resultados de Investigación.

enciclopedistas originaron cierto facilismo en los estudiantes, quienes también se habituaron a asimilar los datos recibidos, sin procesarlos².

Afortunadamente, desde hace cerca de veinte años a la fecha, comenzó un camino de ardua revisión en lo que a docencia en derecho de familia respecta. Desde entonces comenzaron a pensarse recursos más propicios para lograr una formación integral de los profesionales, aunque estas reflexiones no han llegado a transformar masivamente lo que ocurre en las aulas.

Por otro lado, en las últimas décadas los problemas que plantean las familias se han complejizado. Hemos también asistido a la saturación de los tribunales, y al surgimiento de soluciones alternativas a los estrados, como son la mediación, el arbitraje, los acuerdos extrajudiciales, etcétera.

Todas estas novedades crearon un nuevo contexto para el ejercicio de la profesión, ampliando el campo de trabajo y evidenciando la necesidad de contar con muchas más herramientas que las de antaño. Y si bien es claro que el conocimiento de la ley es imprescindible, resulta absolutamente insuficiente para el eficaz abordaje de los conflictos familiares actuales.

III. LAS CARENCIAS ACTUALES

Tras mucho andar, y habiéndose producido rico material académico sobre didáctica jurídica, podemos afirmar que, en líneas generales, existe un consenso general de los docentes en cuanto al rechazo de la metodología didáctica basada en la memoria y acopio de datos. Asimismo, podemos observar —aunque aisladamente— cómo muchos nuevos métodos de aprendizaje irrumpieron en las aulas.

A pesar de todos los avances logrados, continuamos notando que muchos de los nuevos profesionales se sienten incapaces de afrontar las situaciones que la práctica profesional les plantea al salir de la Facultad. Sus intervenciones se ven frustradas especialmente al intentar abordar una familia de la misma manera que trabajan, por ejemplo, con un conflicto comercial: perdiendo de vista cualquier factor humano. Así, los reclamos de alimentos son interpretados como meras diferencias económicas, los pleitos son llevados rápidamente a tribunales para que un tercero los dirima, las entrevistas familiares se practican de igual forma que con cualquier tipo de cliente, se evita el diálogo directo con las partes y se habla con sus abogados, etc., etc. Es decir, se genera una serie de fallas en la intervención profesional que puede derivar en serios perjuicios para las familias que nos consultan³.

² Siguiendo a Juan Seda, en “Relevamiento...”, cit.: “La aparición de nuevas formas de dictar clases se hace difícil en una facultad tan apegada a métodos rutinarios. Ya advirtió Agustín Gordillo hace más de veinte años sobre las dificultades para modificar los métodos de enseñanza en las universidades argentinas, no debido a las ostensibles carencias presupuestarias sino a múltiples anclajes en las prácticas docentes y la cultura institucional... También hay aspectos en los que los propios docentes conspiran contra el cambio, incluyendo por ejemplo la posibilidad de salir del seguro rol de quien tiene la autoridad y el control de cada movimiento en el aula”.

³ Mucho se ha dicho acerca de la importancia de un “buen cierre” del vínculo matrimonial, el cual es indispensable para aceptar y dar un paso hacia la nueva etapa que se inicia: la de la pareja de padres. Buena parte del trabajo de “duelo” del proyecto matrimonial se lleva

Sucede que muchos de los recursos necesarios para trabajar con familias son desconocidos por los propios operadores, quienes transitaron la Facultad sin haber recibido ningún tipo de herramienta para obrar con el conflicto humano.

IV. APORTES PARA UNA FORMACIÓN INTEGRAL DE LOS PROFESIONALES

Ahora llegamos a la cuestión: ¿cómo debería enseñarse el derecho de familia en la actualidad? ¿Qué le sigue haciendo falta a nuestros planes de estudio y a nuestros métodos de enseñanza?

En las últimas décadas, tras la saturación de los tribunales y la evidencia del fracaso judicial en muchas de las cuestiones de familia, ha irrumpido la mediación en nuestros escenarios laborales. Las características especiales que tiene la mediación han influido en el ejercicio de la clásica profesión de abogado, tiñéndola, más allá de que el operador se dedique a mediar o no. Un claro ejemplo de ello es la fuerte intención de los juzgados de mediar en las audiencias (y evitar la sentencia, lo cual se logra la mayoría de las veces). Entonces, podemos decir que la práctica profesional se ha alejado bastante de la mera producción de escritos y se ha acercado mucho al diálogo y a la negociación. Estas novedades deberían verse reflejadas en la formación de los abogados, pero la universidad aún no ha receptado este viraje de la profesión.

La mediación ha alumbrado mucho sobre el papel que juega la comunicación de las partes en la resolución del conflicto. Ningún abogado que practique el derecho de familia debería ignorar que en la calidad de la comunicación con sus clientes radicará justamente el éxito de su intervención. Pero no es mi propósito hacer aquí un elogio de la mediación, sino explicar por qué considero que necesitamos enseñar más sobre ella en las aulas de los cursos de grado (aunque no estemos formando mediadores).

Podríamos empezar por preguntarles a nuestros alumnos: ¿qué es un conflicto familiar? Veremos en sus respuestas que los conflictos familiares poco tienen que ver con el mundo del derecho, aunque deriven finalmente en él.

Ello nos lleva a pensar que difícilmente pueda resolverse un conflicto si no hablamos de su origen y desarrollo. ¿Qué le sucedió a la familia que tenemos delante? Podremos ayudar solamente si colaboramos en desenmarañar el tejido de emociones con que llegan a consulta.

Evidentemente, no alcanza con llevar adelante una gestión jurídica. Especialmente cuando ya hemos asistido tantas veces al fracaso de tribunales⁴. Es necesario que un abogado que trabaja en derecho de familia estimule la escucha entre las partes, genere vínculos, ayude a develar cuál es el sentimiento que subyace a la demanda, guíe a las partes en el intercambio de miradas y posiciones, haga las preguntas adecuadas, ayude a la revalorización para poder tomar decisiones, etc. Claramente, con el conocimiento de la ley no nos alcanza.

a cabo justamente en este primer momento: la consulta con el abogado. Si no actuamos adecuadamente en esta etapa, podemos saltar pasos del proceso de duelo, podemos alimentar falsas expectativas de reconciliación, podemos caer en la trampa de colaborar con reclamos destructivos para los hijos, etc. Todo ello sumamente dañoso para la familia.

⁴ Relevamientos indican que los acuerdos obtenidos por las propias partes —generalmente en mediación— son cumplidos en el tiempo con mayor éxito que las sentencias judiciales.

¿Cómo es que ninguna de estas condiciones es promovida en la carrera de grado? No se educa la escucha de los futuros operadores, no se enseña a pensar una entrevista con el cliente, a pesar de ser allí donde suele resolverse verdaderamente el conflicto.

Entonces, podríamos afirmar que una completa formación del abogado de familia está compuesta por dos áreas de trabajo: la tradicional, relacionada con el conocimiento de los textos legales, y otro aspecto, que tiene que ver con las características personales del profesional, con su habilidad para escuchar y promover el diálogo de las partes. Este segundo aspecto —al que podríamos denominar “habilidad para la comunicación”— es el que se encuentra ausente en todos los programas de estudio.

Como toda habilidad, este segundo aspecto sólo puede desarrollarse con la práctica. Para ella, buenas son las dramatizaciones (o simulación de roles) llevadas a cabo por los propios alumnos, en las cuales se vivencia por primera vez la complejidad de la comunicación: los consultantes exponen su punto de vista en forma desordenada y sin escucharse, subiendo la escalada de violencia, y en ese complejo ambiente es que el operador debe saber ubicarse y preguntar.

Otra gran herramienta con que se puede practicar es la entrevista grabada. A través de ella puede uno colocarse en posición de entrevistador y plantearse cómo encararía la consulta. En la primera parte del video, tal como sucede en una entrevista real, los alumnos conocen a los consultantes. Comienzan por “meterse” en la escena y su problemática. Luego del planteo de situación, puede el profesor detener la grabación y el alumno tomarse unos minutos para pensar cómo llevaría adelante la entrevista: ¿con las partes juntas? ¿Por separado? ¿Cuál es el tipo de preguntas que conviene hacer en este caso? ¿Cómo puedo hacer para que los consultantes se sientan cómodos? ¿Hasta dónde conviene prolongar la entrevista y cuándo será mejor suspender y fijar una nueva fecha de encuentro? Resulta sumamente útil detener el video en momentos clave y preguntarnos cómo creemos que debería continuar, o, dicho en otros términos: ¿qué haríamos nosotros si fuésemos los entrevistadores.

Por supuesto que sería excelente contar con la colaboración de una familia real que desee plantear su consulta frente a un aula completa. En ese supuesto, el profesor podría ordenar la entrevista siguiendo los mismos criterios usados al pausar una grabación, permitiendo la reflexión de los alumnos para su abordaje.

Tanto una entrevista filmada como una desarrollada en el aula constituyen excelentes herramientas para comenzar a preguntarnos acerca de la comunicación entre el profesional y los consultantes, y entre los consultantes entre sí. Lo importante es que esta primera aproximación a la entrevista (o audiencia) se dé en la Facultad, dentro del espacio de formación profesional.

V. A MODO DE COLOFÓN

El interés por mejorar la formación en este área nació reflexionando sobre mis primeras experiencias prácticas con familias y recordando lo difícil que resultaba ayudarlas contando únicamente con los recursos que la Facultad me había brindado.

He llegado a la conclusión de que la frustración en el trabajo con familias se produce porque la universidad forma operadores utilizando una metodología didáctica li-

neal y simplista, cuando el ámbito en el que estos profesionales se van a desenvolver es absolutamente complejo y multidimensional.

Tal como están las cosas, no se brinda un espacio específico y claro a la formación "personal" del operador. Ese cúmulo de habilidades complejas, que tienen que ver con la comunicación, son las que permiten intervenir exitosamente en conflictos familiares. Y es necesario destacar que cuando una intervención de nuestra área no es exitosa, casi siempre es perjudicial (rara vez es inocua). De allí la importancia de nuestra tarea.

Y dejando de lado las malas intenciones con que pueden obrar algunos colegas, la raíz de las frustraciones en nuestro trabajo es la incompleta formación que recibimos.

Considero que urge replantearse el contenido y la metodología con que se enseña el derecho de familia. Reflexionar sobre una formación completa del alumno implica necesariamente un importante compromiso por parte de los docentes, ya que nos saca del viejo paradigma del enciclopedismo y nos obliga a ser creativos. Es responsabilidad del docente formar también en lo que excede al conocimiento de la ley, y es en la práctica con familias donde el alumno podrá encontrarse con nuevos interrogantes.

Hemos propuesto alguna metodología útil para acercarnos a la práctica de la entrevista, pero las posibilidades son infinitas si tenemos en cuenta el aporte de las nuevas tecnologías. Lo importante es no perder de vista la formación global que perseguimos como docentes, evitando el facilismo, el aprendizaje memorístico y el foco únicamente puesto sobre el conocimiento de la ley.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de abril de 2014,
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda
Provincia de Buenos Aires - República Argentina

