PRUDENTIA IURIS Nº 58

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"

Mayo 2004

Ediciones de la Universidad Católica Argentina
Universitas S.R.L.
Tucumán 1436 - Buenos Aires

ISSN: 0326-2774
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

PRUDENTIA JURIS

SUMARIO

MAYO 2004 – Nº 58

In Memorian

Recensiones.

EDITORIAL

Este número trata del derecho de familia, que es, dentro del derecho común, el más próximo a las horas profundas de la vida. Es la sustancia del derecho que la gente actúa cotidianamente.

Gran parte de los trabajos aquí reunidos ha sido producida por profesores del Posgrado de Especialización en Derecho de Familia, que dirige José Atilio Álvarez. También han colaborado cursantes, con artículos que han sido originariamente monografías presentadas, varias de ellas dentro del curso de derecho procesal de Lucas Aón. Valgan pues estas líneas como agradecimiento, que incluye a la coordinadora, Lic. Silvia Ferrari. También a las cátedras de Derecho de Familia y de modo especial a Julio Capparelli.

Las familias, como unión estable y amorosa de personas de distinto sexo, conforman el núcleo básico de la vida social, como "asociación natural y permanente". "Vivir es convivir", según la formula de Ortega, y todo convivir significa alteridad y, por consiguiente, derecho. Es en los hogares –los fogones– que se forman los hijos, entrando a la vida a través de tales "circunstancias" que integrarán su yo afectivo y cultural. En consecuencia, es una de las áreas más delicadas de cruce de los derechos de las personas –esos que son preexistentes al Estado– que les corresponden como tal a cada humano.

Aquí es donde se ve con mayor claridad la íntima relación del aspecto amoroso de la vida con las reglas de la convivencia. En su Ética Nicomaquea, Aristóteles observa que, sin la concordia de los corazones, la sola Justicia es insuficiente para resguardar un orden que sea verdaderamente justo. Algunos responderán que la Justicia aparece recién necesaria frente a la discordia y al desorden, pero también puede advertirse que, cuando queda desprovista de ese rasgo fundamental que reconoce la digna verdad de cada otro , las razones de la Justicia se degeneran en racionalismo frío, dejando al desnudo su peor entraña, la del poder y el dominio. Sin amor, las razones son campa-

nas de palo, en tanto que la distribución del "a cada uno lo suyo" se vacía de contenido, ya que se pierde la noción del suyo ajeno para deslizarse hacia una asignación mecánica de potencia e impotencia.

De ahí que el principado del mundo se caracterice por su doble espíritu de mera fuerza y sustancial discordia. Por la fría distancia que aísla a cada persona de las demás, todos devenidos individuos separados de los lazos fundantes del entramado vital. De ahí también que el signo más claro del reconocimiento del triunfo del Resucitado sea ese don que admiraba a los paganos al ver "cómo se aman" los hijos de su luz, y que la unión del banquete sea el centro de la liturgia que lo manifiesta.

El buen Derecho y la recta Justicia, para mantenerse tales, han de abrevar, en consecuencia, en las fuentes que nutren el ágape, en la sustancial dignidad que tenemos como herederos comunes, igualmente responsables de la continuidad amorosa de la creación divina.

Todas estas palabras atesoran conceptos y generan principios de acción práctica, particularmente necesarios para prevenir, enfrentar y resolver los conflictos que necesariamente ocurren. Esto tiene, pues, aplicación real. Por ejemplo, en la preferencia por la negociación antes que por el litigio. O en la aceptación de las vías alternativas, o en el diseño de criterios para prevenir y encauzar las crisis de violencia dentro del seno del hogar; o cuando la controversia involucra valores igualmente importantes y en clara contraposición, como ocurre con la defensa del interés del niño en función del orden público ante la nueva tendencia de las adopciones internacionales.

Éstas y similares cuestiones han sido tratadas en estos trabajos que presentamos, como respuesta universitaria a dificultades e inquietudes que nos presentan la dinámica de la vida y el derecho.

GARANTÍAS DE LA LIBERTAD E INTERNACIÓN DE ENFERMOS MENTALES
A los veinte años del Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental

JOSÉ ATILIO ÁLVAREZ*

Entre los muchos aciertos de Vélez Sarsfield, se destaca sin lugar a dudas haber tomado de las mejores fuentes de derecho de su época una norma como el artículo 482 del Código Civil, que para su tiempo significaba una revolucionaria concepción en la defensa de los derechos de la persona[1]. El citado artículo, que fue tomado casi textualmente del artículo 466 del Código Civil de Chile[2], dice: "*El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial*". El espíritu humanista de Andrés Bello se reflejó enton-

* Abogado UCA. Director del Profesorado de Derecho de Familia, Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho, Defensor Público de Menores e Incapaces.

[1] Compárese esta fórmula jurídica de 1870 y su fuente chilena de 1855, con los relatos europeos de "Historia de la Locura en la época Clásica" (1961) de Michel Foucault (1926-1984), Folie et Déraison. Histoire de la folie à l'âge classique, París, Plon, 1961.

[2] "El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas".

ces en la prudencia de Vélez, para crear un sustrato común latinoamericano en la temprana defensa de los derechos humanos del enfermo mental.

Cierto es que del dicho al hecho corrían largas distancias, y una persistente conducta omisiva en los controles permitió que la norma fuera letra muerta y que la internación psiquiátrica compulsiva quedara en la práctica exenta de toda garantía para el internado. La idea de un "poder médico" omnímodo, siempre presente en el atrapante tema de la locura, la tolerancia social del abandono familiar ante la enfermedad, y el consecuente abandono estatal, hicieron lo restante[3].

En vano la reforma de 1968 remozó el artículo 482 del Código Civil y creó la figura del "defensor especial" para velar por que la internación psiquiátrica no se mantuviere más de lo necesario. La rutina de abandono a su suerte de la persona internada siguió rigiendo en el ámbito asilar. La entonces naturaleza administrativa de la Curaduría Oficial, dependiente de la Secretaría de Salud y ubicada físicamente en el Hospital Borda, tampoco ayudaba a un mejor control, pese a los valiosos esfuerzos de algunos de sus titulares, como el Dr. Ortiz de Rozas[4].

Mucho influyó en la desaparición de los controles judiciales en la Capital Federal el cierre de la llamada "sala de observación", ubicada en los mismos Tribunales, a la cual hasta 1957 se remitían a los presuntos dementes detenidos por la Policía, para ser de inmediato diagnosticados por los médicos forenses. El traslado automático a los macro hospitales psiquiátricos, sin garantía alguna de debido proceso, convirtió el articulado del Código Civil en letra muerta.

[3] Cfr. la cruda descripción de los efectos de estas omisiones en Cárdenas, Grimsom y Álvarez, El juicio de insania y la internación psiquiátrica, Buenos Aires, Astrea, 1985, cap. La costumbre al margen de la ley, pág. 45 y sigs.

[4] En dictamen publicado en ED, 94-140/172, reseñamos brevemente la polémica entre nuestro antecesor el Dr. Jorge Oliva Vélez y el entonces curador oficial de alienados Dr. Federico González Sasso, respecto justamente a legitimación y a facultades de control. Aquella deficiente organización ha sido superada por la ley nº 24.946 de Ministerio Público y estaría hoy vedada por el Principio I, 6 de las normas internacionales que analizamos en este trabajo, aunque mucho quede por reorganizar en las curadurías oficiales.

En 1980, tras un luctuoso hecho ocurrido en el Hospital Moyano[5], se formó en el Ministerio de Justicia una Comisión que integraron los Dres Jorge J. Llambías, Guillermo Borda y Julio Martínez Vivot, asesor de Menores e Incapaces ante la Cámara Civil a la sazón, que elaboró en el curso de 1980/81 las bases de lo que después llegaría a ser la ley nº 22.914[6].

El Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental, realizado con la Presidencia del Dr. Jorge Beltrán en la Facultad de Derecho de la UBA del 6 al 8 de octubre de 1983, signó el marco doctrinario que servía de base a la vigencia de la entonces nueva ley[7].

Dos décadas después, vemos con preocupación signos de retroceso en cuanto a la idea fuerza de control y garantía en torno a las internaciones psiquiátricas, pese a que los criterios nacionales de la citada ley tuvieron su recepción y correlato posterior, en el ámbito internacional de la ONU, en los "Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental", que adoptó la Asamblea General en su resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

Sobre estos principios, y su reflejo en la legislación nacional, centraré mis reflexiones, en el momento en que parecen resucitar desde el fondo oscuro de la historia reciente, los destructores de los frágiles puentes que pretenden unir el mundo del derecho con el de la salud mental, en perjuicio de la persona del enfermo, único sujeto titular de todos los derechos . Con renovada actualidad resuenan las primeras palabras de Foucault, quizás desde posturas estructuralistas que pueden no ser compartidas, pero desde una innegable investigación

[5] En febrero de aquel año, en un pabellón de ese hospital murieron intoxicadas la mayoría de las enfermas, al haberles lavado la cabeza con un insecticida y, ante un corte de suministro de agua, mandarlas a dormir sin enjuagarse. El grueso de ellas no tenía control alguno de su internación.

[6] Fallecido el Dr. Llambías, tuve el honor de recibir los apuntes manuscritos que el insigne jurista había realizado para sistematizar los procedimientos según los distintos supuestos de internación, y que con variantes meramente operativas realizadas en el seno de la Comisión creada por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (que integraba inicialmente con los Dres. Julio Martínez Vivot, Jorge Beltrán, Eduardo Cárdenas, Horacio Magliano y posteriores incorporaciones) son los que cuajaron en el articulado de la ley nº 22.914.

[7] La ley nº 22.914 fue promulgada el 15 de septiembre de 1983 y publicada en el B.O. el día 20 de ese mismo mes.

profunda de la historia y una finalidad favorable al ser humano: *"En el medio del sereno mundo de la enfermedad mental, el hombre moderno no comunica más con el loco: hay, por un lado, el hombre de la razón que delega hacia la locura al médico, no autorizando así más relación que a través de la universalidad abstracta de la enfermedad; por el otro, el hombre de la locura, que no comunica con el otro más que por intermedio de una razón totalmente abstracta, que es orden, compulsión física y moral, presión anónima del grupo, exigencia de conformidad. No hay lenguaje común; o mejor dicho no hay más; la constitución de la locura como enfermedad mental a fin del siglo XVIII supone la constatación de un diálogo roto, da a la separación como ya admitida, y hunde en el olvido todas esas palabras imperfectas, sin sintaxis fija, un poco balbuciantes, en las cuales se efectuaba el intercambio entre la locura y la razón. El lenguaje de la psiquiatría, que es monólogo de la razón sobre la locura, no ha podido establecerse más que sobre tal silencio. No he querido hacer la historia de ese lenguaje sino más bien la arqueología de ese silencio"*[8].

Es el silencio que todos debemos romper, hablando en nombre de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos.

1. Naturaleza y carácter de los "Principios" de la O.N.U.

El instrumento internacional, elaborado en el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y con especial tarea del Centro de Naciones Unidas de Viena, fuente de tantos otros instrumentos de esta naturaleza, fue votado por unanimidad en sesión de la Asamblea General de diciembre de 1991, continuando un sostenido esfuerzo por concertar reglas, principios y bases uniformes que permitieran a la humanidad avanzar en el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

No es una convención o tratado internacional, y por lo tanto no está aprobada su ratificación por ley del Congreso. Es por eso que carece del efecto normativo de vigencia inmediata que poseen los tratados internacionales en nuestro orden constitucional, a tenor de la doctrina monista que sostiene la Corte Suprema de Justicia de la

[8] Foucault, M.; prólogo de Folie et Déraison. Histoire de la folie à l'âge classique, París, Plon, 1961, fechado en Hamburgo, el 5 de febrero de 1960.

Nación a partir de los conocidos casos jurisprudenciales relacionados con la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica[9].

En los supuestos de tratados ratificados, la incorporación de sus cláusulas operativas al plexo normativo es inmediata, y se cumplen así las tres consecuencias típicas de la sanción de una ley posterior (fortalecidas por su reconocida jerarquía constitucional en el caso de once declaraciones y tratados internacionales[10], a saber: 1) derogan normas contradictorias anteriores; 2) incorporan la norma si hubiese existido vacío legislativo, 3) obligan a considerar la nueva norma en el marco íntegro de interpretación sistemática .

Cuando se trata de principios o normas aprobados por la Asamblea General u otros órganos internacionales, la vigencia inmediata no es similar; pero el Estado parte que las vota se compromete a adecuar su legislación interna al criterio que sostuvo en el foro internacional. Llama la atención que algunos legisladores del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, que equivocadamente siguen hablando con lenguaje y concepción "dualista" sobre "adecuar la legislación interna a la convención" cuando se trata de normativa vigente en materia de menores de edad, por ejemplo, no adviertan en el caso de la salud mental la necesidad, desde hace más de una década de "adecuar las normas procesales de todo el país a los principios para la protección de los enfermos mentales".

Los citados "Principios" se inician, precisamente, definiendo al defensor del paciente, cuando dicen que "a) Por "defensor" se entenderá un representante legal u otro representante calificado; b) Por "autoridad independiente" se entenderá una autoridad competente e independiente prescripta por la legislación nacional"[11]. Ambas notas corresponden al Ministerio Público en el esquema constitucional vigente a partir del artículo 120 de la Constitución Nacional reformada

[9] La delegación de la República Argentina en sesiones especiales de la Asamblea General, en octubre de 1992, planteó por primera vez, en presentación realizada por el entonces responsable político del tema, la necesidad de avanzar en los estudios tendientes a llegar a una convención internacional en la materia, sobre la base ya consolidada de las declaraciones, principios y planes de acción existentes en favor de las personas con discapacidad mental.

[10] Es inminente la incorporación con esa jerarquía de un duodécimo instrumento: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada Convención de Belem do Pará.

[11] Resolución 46/119 A .G. ONU, "Principios...", definiciones iniciales.

en 1994, de la ley n° 24.946 y de las legislaciones provinciales concordantes.

Por lo demás, el Poder Judicial, a quien también corresponde la nota del inciso b) del principio transcripto, es calificado como "órgano de revisión" de las decisiones médicas, cuando también en su proemio los "Principios" de la ONU definen: "h) Por 'órgano de revisión' se entenderá el órgano establecido de conformidad con el principio 17 para que reconsidere la admisión o retención involuntaria de un paciente en una institución psiquiátrica"[12].

Y finalmente, la figura del curador y como veremos del Defensor Especial creado por el artículo 482 del Código Civil argentino está correctamente prevista bajo el concepto de representante personal del enfermo, cuando determinan: "g) Por 'representante personal' se entenderá la persona a quien la ley confiere el deber de representar los intereses de un paciente en cualquier esfera determinada o de ejercer derechos específicos en nombre del paciente y comprende al padre o tutor legal de un menor a menos que la legislación nacional prescriba otra cosa"[13].

Sobre este trípode formado por el Defensor, la Autoridad de revisión, como autoridades independientes, y el representante personal del enfermo, se sostiene el sistema de derechos humanos definido por la ONU. En nuestra legislación interna, y en el mismo orden lógico, son el Defensor Público de Menores e Incapaces, legitimado *ex lege* y promiscuamente para controlar extrajudicialmente la internación o iniciar las acciones pertinentes, el Juez competente y el Curador o Defensor especial, con legitimación otorgada a partir del acto procesal de designación en tal carácter.

2. Los siete derechos básicos según los "Principios" de la ONU

El primero de los "Principios", dedicado a las "Libertades fundamentales y derechos básicos", enumera siete derechos fundamentales de la persona que padece enfermedad mental:

a) El derecho "a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y so-

[12] Íd.
[13] Íd.

cial". En correlato, el principio 8°, punto 1) dice: "Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos". Los principios 9° y 10° establecen los aspectos fundamentales del Tratamiento y de la Medicación, como los 13 y 14 regulan las condiciones y recursos indispensables de las clínicas psiquiátricas.

b) El derecho al trato humanitario y digno. En este derecho fundamental se encuentra comprendida la limitación a lo estrictamente necesario de toda limitación de libertad y de vida social. A ello se refiere el principio 3° cuando dice: "Toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad". Y se reitera en el principio 7°, punto 1): "Todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive". Acá debemos incorporar el derecho a los vínculos familiares y sociales que establece el punto 2) del mismo principio cuando dice: "Cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente tendrá derecho a ser tratado, siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y tendrá derecho a regresar a la comunidad lo antes posible".

c) El derecho a la protección contra la explotación económica, sexual o de otra índole, el maltrato físico o de otra índole y el trato degradante. Así el principio 8°, punto 2) dispone: "Se protegerá a todo paciente de cualesquiera daños, incluida la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas".

d) El derecho a no sufrir discriminación por motivo de enfermedad mental, que remite también al respeto de la dignidad de toda persona humana[14]. La confidencialidad que exige el principio 6° de la ONU es un medio importante para garantizar la no discriminación, a la vez que una forma de trato digno a la persona[15].

e) El derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos por todas las declaraciones y los tratados de derechos humanos, pues la enfermedad mental

no excluye de la categoría de persona humana, sujeto de todos los derechos, y limitada tan sólo en la capacidad de obrar por la posibilidad de perjuicio para sí o para terceros[16].

f) El derecho a la defensa en juicio de su capacidad, establecido en el punto 6 del principio 1° y sobre el cual nos extenderemos por la importancia para nuestro análisis.

g) El derecho a la protección jurídica de su persona y sus intereses, íntimamente ligado al anterior.

Especialmente se determinan derechos de los niños y adolescentes que padecen enfermedades mentales, en consonancia con el principio 5° de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, y el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando en el principio 2° se dice: "Se tendrá especial cuidado, conforme a los propósitos de los presentes "Principios" y en el marco de la ley nacional de protección de menores, en proteger los derechos de los meno-

[14] "Por "discriminación" se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas discriminación. La discriminación no incluye ninguna distinción, exclusión o preferencia adoptada de conformidad con las disposiciones de los presentes 'Principios' que sea necesaria para proteger los derechos humanos de una persona que padezca una enfermedad mental o de otras personas", principio 1°, punto 4).

[15] "Los datos de identificación de una persona que padezca enfermedad mental o esté siendo atendida por esta causa", en la fórmula omnicomprensiva de la ONU, no pueden ser volcados ni siquiera en estudios científicos, actividades académicas, citas de fallos, análisis de casos en seminarios, concursos u otras situaciones similares, so pena de violar el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño en caso de tratarse de un menor de edad o de sus padres, por referencia estigmatizadora a él.

[16] El principio 1°, punto 5, enumera la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. En nuestra situación constitucional debemos añadir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica, a más de todas las garantías implícitas del texto constitucional.

res, disponiéndose, de ser necesario, el nombramiento de un representante legal que no sea un miembro de la familia"[17].

El criterio del Ministerio Público de la Defensa y la jurisprudencia que aplica el artículo 149 del Código Civil a la curatela provisional o representación definitiva del hijo, pero que garantizan el debido proceso y el control de la internación dispuesta por los mismos progenitores mediante la designación de defensor especial –y en su caso curador provisional– distinto de los padres cuando éstos internaron o promovieron la declaración de incapacidad del propio hijo, tiene aquí su base jurídica y fuente principal.

3. Las garantías en cuanto al diagnóstico médico

Los mundos del Derecho y de la Salud Mental confluyen inicialmente en la determinación de la voluntariedad del examen médico que diagnostique la posible patología mental del internado o denunciado.

Así, el principio 5° de la ONU establece: "Ninguna persona será forzada a someterse a examen médico con objeto de determinar si padece o no una enfermedad mental, a no ser que el examen se practique con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional", de modo tal que aun el diagnóstico debe ser acorde a derecho.

Cuando, en el procedimiento nacional, los sujetos legitimados inician un juicio por declaración de incapacidad, deben acompañar los dos certificados médicos de profesionales que hayan diagnosticado personalmente al paciente sin haber violado el principio referido. De lo contrario, la diligencia previa a cargo de médicos forenses u oficiales que establece el artículo 625 del CPCC y sus concordantes en los ordenamientos provinciales, debe estar asimismo rodeada de garantías procesales de debida defensa, y puede ser objeto de impugnaciones si los recaudos legales no hubiesen sido cumplidos, pues se trata de un requisito fundamental de admisibilidad de la acción.

[17] Llama la atención el reiterado uso técnico del término "menores" que hace la ONU dos años después de celebrada la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, tal como este mismo ordenamiento realiza en su artículo 20. Esto coloca en sus límites la rígida postura de quienes –más onuístas que la ONU– hacen una cuestión epistemológica fundamentalista en la distinción entre "niño" y "menor" u otros términos vinculados al tema. La condición de "persona menor de edad" depende de los ordenamientos legales internos de cada Estado.

El principio 4° de la ONU señala pautas importantes para la valoración médico-jurídica del diagnóstico psiquiátrico a más de ordenar que debe ser realizado "con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente". Tres son los elementos que en especial se destacan:

a) El primer criterio limitativo es el contenido en el punto 2: "La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental".

Nunca es sobreabundante la preocupación por el ejercicio de medidas de privación de libertad o de descalificación jurídica, basadas en consideraciones distintas de las puramente médicas. La internación de disidentes en clínicas psiquiátricas, en la ex Unión Soviética y otros regímenes políticos, o el trato recibido por el poeta Ezra Pound, han sido un ejemplo flagrante de ello.

b) El segundo criterio restrictivo se encuentra en el punto 3: "Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona, en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental".

Esto tiene mucha importancia cuando se trata de conductas bizarras, reñidas con la ética aceptada en una sociedad e incluso molestas o agresivas, como así también las actitudes de prodigalidad en el marco de conflictos familiares, que no siempre justifican la noción de enfermedad mental y que tiene otras respuestas en el Derecho.

c) Y finalmente un tercer criterio señala el riesgo de la estigmatización por situaciones o hechos anteriores, que "marcan" al paciente con una impresión de cronificación que es tan sólo el fruto de la reiteración de respuestas incorrectas del sistema de salud, que las más de las veces solamente ha brindado una apariencia de tratamiento. Los defensores sabemos lo difícil que

es evitar una internación cuando existen múltiples antecedentes en tal sentido. Pero el punto 4 del principio dice: "El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental".

4. Las garantías en cuanto a la internación psiquiátrica

Los principios 15 a 18 establecen, como nuestra ley de internaciones en orden nacional, la diferenciación entre admisión de internaciones voluntarias e involuntarias. El criterio general es favorable a la internación voluntaria del paciente, lo que supone no solamente conciencia de enfermedad sino también un abordaje temprano de la evolución de la patología[18]. En el orden nacional, esta admisión voluntaria es regulada bajo el concepto de "internación a instancia propia o de representante legal", en el artículo 2 de la ley nº 22.914. Incluso, en adelantada aplicación de este principio, el Ministerio Público, al recibir la comunicación de internación "voluntaria" a los 20 días de producida, suele extender el término por algunas semanas más, pidiendo pronóstico inmediato, antes de iniciar actuaciones judiciales, para permitir mantener mayor número de casos en la esfera extrajudicial.

Se da también en los "Principios" el concepto de "paciente retenido como involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitido como paciente voluntario" (principio 16, 1) lo cual justifica la intervención de control posterior a toda internación "voluntaria" que se extienda en el tiempo.

Las condiciones para justificar una internación involuntaria, que en la ley argentina se distinguen según sean las iniciadas por autoridad policial, las pedidas por persona legitimada en casos de urgencia, y las ya dispuestas por orden judicial[19], son múltiples y coincidentes con la norma nacional:

[18] "Cuando una persona necesite tratamiento en una institución psiquiátrica, se hará todo lo posible por evitar una admisión involuntaria" (principio 15, punto 1).

[19] Arts. 4, 5 y 6 de la ley nº 22.914.

a) "Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros" (ppio. 16,1, a)[20].

b) Que la falta de admisión de la persona enferma "puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva (...) se debe consultar en lo posible a un segundo profesional de salud mental, independiente del primero. De realizarse esa consulta, la admisión o la retención involuntaria no tendrá lugar a menos que el segundo profesional convenga en ello" (ppio. 16, 1, b)[21].

c) Que "la admisión o la retención involuntaria se hará por un período breve determinado por la legislación nacional, con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, mientras el órgano de revisión considera la admisión o retención. Los motivos para la admisión o retención se comunicarán sin demora al paciente y la admisión o retención misma, así como sus motivos, se comunicarán también sin tardanza y en detalle al órgano de revisión, al representante personal del paciente, cuando sea el caso, y, salvo que el paciente se oponga a ello, a sus familiares" (ppio. 16, 2)[22].

d) Que "una institución psiquiátrica sólo podrá admitir pacientes involuntarios cuando haya sido facultada a ese efecto por la autoridad competente prescrita por la legislación nacional (ppio. 16, 3)[23].

[20] Corresponde al artículo 482 del Código Civil en su redacción original.

[21] Corresponde al criterio de doble examen médico que establecen los artículos 2, 3 y 4 de la ley nacional n° 22.914.

[22] Es el criterio de la ley n° 22.914, en sus artículos 2, 3, 4 y 6, aunque este último agrega "a otras personas que el paciente indique" como receptores de la comunicación de internación, con mayor amplitud que la norma internacional.

[23] En Argentina esto está regulado por la ley n° 17.132 y las normas reglamentarias locales. En cuanto a las condiciones de internación, imponen inspecciones judiciales de los lugares de internación el artículo 10 de la ley n° 22.914, y del Ministerio Público, según el artículo 12, a), de la misma ley y el artículo 54, inciso k) de la ley n° 24.946.

e) Que debe existir control judicial y del Ministerio Público: "El órgano de revisión será un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional que actuará de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación nacional" (ppio. 17, 1). La pretensión de evitar estos controles, la intervención de defensores especializados y la revisión judicial de las medidas de internación, son abiertamente inconstitucionales a tenor del artículo 8, 1, *in fine* del Pacto de San José de Costa Rica y del art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

f) Que "el examen inicial por parte del órgano de revisión (...) de la decisión de admitir o retener a una persona como paciente involuntario se llevará a cabo lo antes posible después de adoptarse dicha decisión y se efectuará de conformidad con los procedimientos sencillos y expeditos establecidos por la legislación nacional" (ppio. 17, 2)[24].

g) Que el órgano judicial "al formular sus decisiones contará con la asistencia de uno o más profesionales de salud mental calificados e independientes y tendrá presente su asesoramiento" (ppio. 17, 1)[25].

h) Que "el órgano de revisión examinará periódicamente los casos de pacientes involuntarios a intervalos razonables especificados por la legislación nacional" (ppio. 17, 3, 4 y 5)[26].

i) Que "si en cualquier momento el profesional de salud mental responsable del caso determina que ya no se cumplen las condiciones para retener a una persona como paciente involuntario, ordenará que se dé de alta a esa persona como paciente involuntario" (ppio. 17, 6)[27].

[24] Corresponde a los términos muy breves de la ley n° 22.914, y en especial con lo dispuesto por su artículo 3, segunda parte, que obliga a poner en libertad a la persona internada involuntariamente por la policía si en nueve días no llega la orden que la confirme.

[25] En los procedimientos judiciales, la intervención del Cuerpo Médico Forense, que también puede ser realizada a requerimiento del Ministerio Público por aplicación de los artículos 26 y 54, e) in fine de la ley n° 24.946, implica la garantía de independencia que exige la normativa internacional.

[26] Corresponde a la frecuencia cuatrimestral de informes al juez que establece el artículo 5, inciso a, de la ley n° 22.914).

[27] A más del cese de internación policial si no se recibe confirmación, según el artículo 3, segunda parte, las facultades de disponer el egreso del paciente, con comunicación posterior o previa según los casos, están dadas en los artículos 5, b) y 11 de la ley n° 22.914.

j) Que "el paciente o su representante personal o cualquier persona interesada tendrá derecho a apelar ante un tribunal superior de la decisión de admitir al paciente o de retenerlo en una institución psiquiátrica" (ppio. 17, 7), entrando ya en las plenas garantías de debido proceso.

5. Las garantías procesales

El principio 18 de la ONU especifica garantías de defensa en todos los procedimientos judiciales en materia de enfermos mentales, que en nuestro país comprenden los juicios por declaraciones de incapacidad e inhabilitación a tenor de los incisos 1) y 2) del artículo 152 bis del Código Civil y los procedimientos de control de internación y tratamiento que prescribe el artículo 482 del mismo Código.

Ya entre los principios fundamentales se afirmaba el de defensa en juicio, con una formulación general que guarda paralelismo con cláusulas de similar tenor sostenidas en otros tratados de derechos humanos. Es que el acceso ala Justicia se perfila como uno de los derechos propios de la persona humana, que debe ser facilitado a todos los habitantes y especialmente garantizado a los que se encuentran en situación más vulnerable.

Así el punto 6 del principio 1° establece: "Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal, se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona de cuya capacidad se trata no obtiene por sí misma dicha representación, se le pondrá ésta a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses. Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate, su representante personal, si lo hubiere, y cualquier otro inte-

resado tendrán derecho a apelar esa decisión ante un tribunal superior".

La existencia en nuestro país de un Ministerio Público de la Defensa, con funciones previstas en el ordenamiento de fondo, a más de los códigos de procedimiento locales y las leyes orgánicas de Ministerio Público, obliga a entender la actividad del Defensor o Asesor de Incapaces con independencia de la posibilidad de designación de abogado por el propio internado y aun la del curador provisional o del defensor especial previsto por el artículo 482 del Código Civil.

Todas las garantías durante el proceso corresponden al interés del presunto enfermo, por lo cual tanto su abogado, como el curador o el Defensor Público, pueden ejercer los derechos que se establecen en función de su representado o asistido. Con los visos de generalidad que posee todo instrumento llamado a tener validez universal, los "Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental" establecen:

1) El paciente tendrá derecho a designar a un defensor para que lo represente en su calidad de paciente, incluso para que lo represente en todo procedimiento de queja o apelación. Si el paciente no obtiene esos servicios, se pondrá a su disposición un defensor sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar.
2) Si es necesario, el paciente tendrá derecho a la asistencia de un intérprete. Cuando tales servicios sean necesarios y el paciente no los obtenga, se le facilitarán sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar.
3) El paciente y su defensor podrán solicitar y presentar en cualquier audiencia un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles.
4) Se proporcionarán al paciente y a su defensor copias del expediente del paciente y de todo informe o documento que deba presentarse, salvo en casos especiales en que se considere que la revelación de determinadas informaciones perjudicaría gravemente la salud del paciente o pondría en peligro la seguridad de terceros. Conforme lo prescriba la legislación nacional, todo documento que no se proporcione al paciente deberá proporcionarse al representante personal y al defensor del pa-

ciente, siempre que pueda hacerse con carácter confidencial. Cuando no se comunique al paciente cualquier parte de un documento, se informará de ello al paciente o a su defensor, así como de las razones de esa decisión, que estará sujeta a revisión judicial.

5) El paciente y su representante personal y defensor tendrán derecho a asistir personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella.
6) Si el paciente o su representante personal o defensor solicitan la presencia de una determinada persona en la audiencia, se admitirá a esa persona a menos que se considere que su presencia perjudicará gravemente la salud del paciente o pondrá en peligro la seguridad de terceros.
7) En toda decisión relativa a si la audiencia o cualquier parte de ella será pública o privada, y si podrá informarse públicamente de ella, se tendrán en plena consideración los deseos del paciente, la necesidad de respetar su vida privada y la de otras personas y la necesidad de impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente o de no poner en peligro la seguridad de terceros.
8) La decisión adoptada en una audiencia y las razones de ella se expresarán por escrito. Se proporcionarán copias al paciente y a su representante personal y defensor. Al determinar si la decisión se publicará en todo o en parte, se tendrán en plena consideración los deseos del paciente, la necesidad de respetar su vida privada y la de otras personas, el interés público en la administración abierta de la justicia y la necesidad de impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente y de no poner en peligro la seguridad de terceros.

Resulta claro, de la lectura de los "Principios", que la llamada "judicialización de la demencia", que como nuevo esperpento agitan los viejos defensores del ejercicio absoluto del poder sobre el paciente, no es sino la aplicación de la doctrina de los derechos humanos en el ámbito de la salud mental. Nada más gráfico para entender esto que una anécdota que recoge el Dr. Eduardo Cárdenas, vivida en los tiempos de la sanción de la ley nº 22.914: "Recuerdo que en septiembre de 1983, en el Hospital Braulio Moyano, expusimos sobre la ley de internaciones. En un ambiente que sabíamos preparado de ante-

mano contra nosotros (...) Donde se odiaba de antemano una ley que aun no se había leído, y mucho menos intentado comprender. Me enteré que cuando nos fuimos, después de una verdadera batalla verbal, una joven residente todavía se atrevió a defender la ley diciendo: "¡Es una cuestión de derechos humanos!". Su jefe le advirtió: "¡Doctora, mida sus palabras!"[28].

En los "Principios", temas arduos, como el que se refiere al consentimiento informado para tratamiento y la prohibición de esterilizaciones[29], y que merecen un tratamiento sistemático por separado, demuestran que realmente la reflexión de aquella médica era cierta. Se trata de una cuestión de derechos humanos. Y quienes están en contra de la defensa jurídica de los derechos del paciente son opositores a los derechos humanos.

6. Conclusiones

La atenta lectura de los "Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental" y su estudio a la luz de los tratados de derechos humanos y de la legislación nacional, permite sostener:

1) La aceptación de dichos "Principios" compromete al país a adecuar toda su legislación a las pautas de aquéllos[30], y a interpretar las normas vigentes en consonancia con aquellos elementos. Si bien resulta conveniente promover la concertación de una convención sobre la materia, a efectos de dar carácter directamente operativo a sus previsiones, por ser tema de profunda incidencia en los derecho humanos de personas sumamente indefensas.
2) Las normas de la ley nacional nº 22.914, pese a haber sido sancionadas ocho años antes que los "Principios", los respetan y aplican con precisión. Resulta conveniente, en consecuencia, la

[28] Cárdenas, E., Grimsom, R. y Álvarez, J. A; El juicio de insania y la internación psiquiátrica, Astrea, 1985, pág. 128.

[29] Principio 11 sobre el consentimiento para tratamientos, y principio 12 sobre derecho a la información.

[30] "Los Estados deberán aplicar los presentes "Principios" adoptando las medidas pertinentes de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de otra índole, que revisarán periódicamente" (ppio. 23, 1).

adhesión de las provincias o el dictado de normas con similares criterios de defensa.

3) Las normativas locales o administrativas que pretenden omitir el control de las internaciones psiquiátricas por el Ministerio Público y el Poder Judicial, so capa de "desjudicialización", se oponen claramente a los "Principios" de la ONU y son de dudosa constitucionalidad en cuanto debilitan la garantía de defensa de la persona internada.
4) Es importante que el Ministerio Público de la Defensa, en todas las jurisdicciones y en todos los grados de organización que haya adquirido, reafirme su función de representante legal y autoridad independiente que requieren los "Principios" de la ONU.
5) La función de representantes personales, en la figura de curadores oficiales o defensores especiales, en coordinación con el Ministerio Público legitimado para iniciar las acciones, aun en las jurisdicciones en que no lo integran orgánicamente, es de fundamental importancia para la correcta atención de los intereses de las personas internadas, y debe ser debidamente jerarquizada.
6) Muy especialmente debe cuidarse la aplicación de estos principios y de las normas constitucionales y legales vigentes, en los casos de enfermos mentales que han sido declarados inimputables en procedimientos penales, y que se encuentran sometidos a medidas de seguridad que no los excluyen de la protección de los "Principios" de la ONU[31].
7) Ante la reaparición de tendencias que pretenden retroceder a la época de la indefensión absoluta de la persona internada, es necesario una firme reacción del Poder Judicial y del Ministerio Público, garantes de los derechos constitucionales de todas las personas.

No es la tarea ni grata ni sencilla, pues la tentación de abandonar en el mundo del asilo a los enfermos mentales cuenta con general condescendencia, y luchar contra ello implica remover temores e in-

[31] Específicamente el principio 20 se refiere en esos términos a "las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental", para comprenderlos en las normas, con las particularidades del caso.

tereses. Romper el silencio al que se refería la cita de Foucault tiene su precio, y hasta puede ser molesto para los mismos colegas. "Que me perdonen haberlos puesto a prueba, a ellos y a su felicidad, tan próximos a un trabajo donde no era cuestión más que de lejanos sufrimientos, y de archivos de dolor un tanto polvorientos"[32].

[32] Foucault, M., ob. cit., prólogo.

CONCUBINATO

JULIO CÉSAR CAPPARELLI*

Introducción

Los cambios en las conductas sociales en los últimos años se manifiestan en lo que respecta al derecho de familia en la proliferación de las uniones de hecho.

Siempre ha existido junto a la realidad del matrimonio el hecho del concubinato, pero este último presenta en la actualidad sus rasgos propios.

La sanción de la ley 2393 de matrimonio civil en el año 1888 tuvo como intención primordial poner bajo el control del Estado todo lo concerniente al matrimonio. El art. 167 del Código de Vélez Sarsfield establecía para los católicos la forma canónica, y para los que no lo fueran el art. 183 remitía a las leyes y los ritos de la iglesia a la que perteneciesen y a las normas del Código. El matrimonio era entonces religioso y tenía efectos civiles. La ley 2393 innovó al obligar a la celebración civil bajo pena de nulidad, lo que era contrario a las costumbres imperantes.

Esa ley logró su cometido y fue aceptada, habituándose los que contraían matrimonio religioso a celebrar con anterioridad el matrimonio civil.

Sin embargo, el matrimonio civil no modificó las pautas esenciales del matrimonio católico. Mantuvo las obligaciones personales de los cónyuges y la indisolubilidad. Existió en la Argentina un divorcio que no permitía la celebración de un nuevo matrimonio.

* Abogado UCA. Escribano. Titular Ordinario de Derecho de Familia. UCA.

Después de la Segunda Guerra Mundial, época en la que se manifiesta de modo especial y se proyecta hasta el presente la proliferación del divorcio, la Argentina mantuvo su legislación civil sin modificación, salvo el corto período, a fines de la segunda presidencia de Juan D. Perón, en que se produce un conflicto con la Iglesia Católica y ello se refleja en la ley 14.394, que introduce el divorcio vincular, norma que va a ser dejada sin efecto por el gobierno militar de la revolución de 1955. Se prolonga entonces hasta la sanción de la ley 23.515 en el año 1987 la situación anterior de conservar un divorcio no vincular.

Ante este panorama legal, aquellos que se divorciaban, al no poder casarse, se unían en concubinato. A menudo, para tener algún matrimonio tramitaban un divorcio en el exterior y allí celebraban un nuevo matrimonio, que era en fraude a la ley argentina. Surgieron así los que se dieron en llamar en la jerga jurídica los "matrimonios mexicanos", dado que México solía ser el país elegido al efecto.

Lo interesante del caso es que tal actitud denotaba un deseo de matrimonialidad, procurando en el exterior lo que no podían lograr en el país.

Las cosas han cambiado y mucho.

La sanción de la ley 23.515, llamada vulgarmente la ley de divorcio vincular, porque lo instauró por diversos caminos facilitándolo sensiblemente, debió haber sido una ley que permitiese un crecimiento de la matrimonialidad, proporcional al aumento de los divorcios.

No ocurrió así. Esa ley, que muchos pregonaron como necesaria para permitir la celebración de nuevos matrimonios, viene acompañada de una fuerte tendencia a una privatización de la unión del hombre y de la mujer.

No alcanza con tener una ley a disposición para casarse y divorciarse cuantas veces uno lo considere conveniente. Ahora interesa menos casarse. Esta tendencia que se manifiesta en Europa también se ha afincado en estas tierras.

Los jóvenes tienden a la convivencia sin pasar por el Registro Civil. Ni siquiera preocupa como antes la legitimidad de los hijos, dado que no hay diferencia entre los matrimoniales y los extramatrimoniales, salvo su emplazamiento jurídico. Parece que tampoco interesa el poder reclamar alimentos ante el incumplimiento del deber de contribución, y mucho menos la existencia de un régimen de ganancialidad que permita dividir los bienes en caso de divorcio o

muerte. La independencia económica de la mujer le otorga una autonomía que no tuvo hasta el presente. Según lo que los mismos convivientes declaran, no interesan los papeles ni los sellos sino el querer estar juntos. En un sentido parece que hemos vuelto a la *affectio maritalis* de los romanos, pero habría que privar a la expresión el calificativo *maritalis*, ya que la intención de la convivencia excluye todo compromiso, salvo el de cada día.

Es más, algunos, después de un largo tiempo de convivencia, a veces antes de decidir tener un hijo o ya con varios hijos, se plantean la posibilidad de celebrar matrimonio religioso, al que suelen unir –por costumbre ya secular– la celebración civil previa. En otros casos, cuando las uniones son de personas que han tenido hijos de sus matrimonios anteriores, prefieren la unión de hecho para evitar expresamente la aplicación de las normas del derecho sucesorio en caso de muerte de alguno de ellos, de manera que los bienes de uno pasen a sus hijos y no al otro, o cuando este otro fallezca, a sus hijos de otra unión.

Tal es el panorama cada vez más frecuente, razón que nos lleva a meditar con mayor profundidad en esa unión de hecho *more uxorio* a la que se le ha dado históricamente el nombre de concubinato.

El punto de partida de nuestra reflexión será el etimológico, para pasar inmediatamente a la consideración histórica del concubinato. Veremos su manifestación en el mundo antiguo, puntualmente en el derecho romano y sus características, para pegar un largo salto histórico hasta la actualidad a fin de poder comparar aquellos antecedentes con las tendencias legislativas, en especial en América Latina y puntualmente en los del Mercosur.

Es evidente que los saltos serán demasiado grandes, pero debemos circunscribir nuestro análisis a tiempos y espacios limitados, lo que se justifica por la finalidad del mismo, que es iluminar la realidad presente y realizar finalmente alguna propuesta.

Noción de concubinato y sus características en el derecho romano

El diccionario de la lengua define la voz "concubinato" como relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados[1]. Esta

[1] *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, 21ª ed.

palabra deriva de un compuesto, *con* y *cubitus*, siendo este último un término para referirse a la cama o a la postura de una persona acostada. También *cubitus* se refiere al codo sobre el cual se apoya quien se reclina o acuesta, posición que tomaban los romanos para comer. En otro sentido, *concubinus* es compañero de lecho, amante, y *concubitus* se aplica a la unión del hombre y de la mujer.

La etimología nos ubica ya en una relación carnal entre el hombre y la mujer al margen de otro tipo de relación que se establece entre el varón y la mujer en el matrimonio. Justamente el matrimonio como institución merece tratamiento jurídico, mientras que el concubinato se establece al margen de lo legal.

En el derecho romano clásico, el matrimonio sólo puede celebrarse entre personas del mismo rango. Las *iustae nuptiae* o *matrimonium iustum* surgían de una unión honorable. La mujer debía participar de la dignidad del marido. Gozaba del *honor matrimonii* lo que importaba el trato propio de marido y mujer. En cambio, si uno o ambos eran esclavos, la unión era llamada "contubernio". Las uniones incestuosas tampoco eran consideradas honorables.

Las profundas divisiones en clases sociales, las diferencias entre quien era ciudadano romano y quien no lo era marcaban la posibilidad o no de celebrar nupcias. El *conubium* era propio de los ciudadanos romanos y en algún caso se podía extender a latinos y peregrinos: *conubium habent cives romani cum civibus romanis: cum latinis et peregrinis ita, si concessum sit*[2].

La *lex* Iulia a.18 a.C. y la Papia Poppea a.9 d.C., ambas de Augusto, excluyen la posibilidad de considerar justas nupcias si la unión era de un senador o sus descendientes hasta el tercer grado con libertas y con mujeres *quarum pater materve artem ludicram fecerit*, expresión utilizada para los artistas.

Lo dicho hasta acá nos sirve para considerar qué ocurría si la unión no podía ser tenida por matrimonial. Al matrimonio se le reconocían determinadas consecuencias jurídicas, considerándose de gran importancia la capacidad para recibir por testamento y el poder aspi-

[2] ULP. Ep., 5, 4, FALCAO Miguel, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el imperio romano*, EUNSA, pág.10, nota 11. Sobre la noción de *conubium* y su importancia como capacidad para la celebración de las nupcias puede consultarse VOLTERRA, Edoardo, "La Nozione Giuridica del Conubium", en *Studi in memoria de Emilio Alberario*, vol. II, Milán, Giuffre Editore, 1950.

rar a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, no pudiendo suceder *ab-intestato* los que no fueran cónyuges. Estos efectos no eran aplicables en caso de concubinato.

De todos modos, es justo decir que existía libertad para unirse con una persona de rango menor. Tal era la unión concubinaria que no estaba sometida a prohibiciones o impedimentos, pero como contrapartida, tampoco gozaba de los beneficios de las nupcias.

El concubinato se daba en dos supuestos: a) en aquellos casos en los que existía prohibición para casarse, constituyendo un sustituto del matrimonio; y b) respecto de aquellas personas uniéndose a las cuales no se cometía estupro, considerándose como sujeto pasivo del estupro sólo la mujer ingenua y de vida honesta, con la cual la unión debía ser matrimonial.

En el mundo romano, el concubinato tuvo gran difusión y no mereció reproche alguno. Existieron las uniones momentáneas, las concubinarias y las matrimoniales.

El concubinato no competía con el matrimonio. Lo propio del concubinato era la unión, pero no con el carácter de exclusiva ni estable. Era común tener más de una concubina, permitiéndose en ese ámbito la poligamia. El matrimonio en cambio suponía tanto la unidad –era monogámico– como la estabilidad a pesar de que existiera el divorcio. De ahí que pudiera definirse como el *consortium omnis vitae*. Su vocación era la permanencia. El concubinato se caracterizaba por su fragilidad. En esos tiempos incluso el emperador podía tener una esposa y varias concubinas sin que eso fuera considerado inmoral.

La posibilidad jurídica de la coexistencia del matrimonio con uniones concubinarias se pone de manifiesto en el hecho de considerar Papiniano como *ex bonis moribus concepta* una, *stipulatio* de pagar una pena en caso de que el marido *concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset*[3].

Es importante tener presente que en realidad lo único que pertenecía al mundo jurídico era el matrimonio. El concubinato estaba fuera del derecho, razón por la cual las referencias al mismo eran indirectas y muy escasas. Con esta afirmación, no queremos negar que en el derecho romano clásico el matrimonio era una relación de hecho

[3] D.45, I, 121, I; II resp.

sino afirmar que sólo el matrimonio era considerado por la ley. El concubinato era indiferente para la ley o bien era considerado negativamente en cuanto que pertenecía a la esfera de la libertad del individuo, ni regulada ni prohibida por la ley.

Hasta tal punto esto es así que la noción del derecho romano clásico acerca del concubinato puede construirse tomando como punto de partida una sentencia del jurisconsulto Atilicino, conservada por Ulpiano, la cual sostiene que el concubinato es la unión estable con mujeres *in quas stuprum non committitur*.

Ahora bien, las personas que no eran sujeto pasivo del estupro eran: 1) las esclavas; 2) las alcahuetas y las actrices; 3) las condenadas en juicio público y las adúlteras; 4) las meretrices; 5) las mujeres de baja extracción social (*obscuro loco natae*), como por ejemplo las hijas de actores de teatro, de gladiadores, etcétera; 6) las libertas. Con todas esas mujeres era lícito vivir en concubinato *sin metu criminis*[4].

Esto nos muestra que el matrimonio era la institución contemplada por el derecho, cuyas normas debían ser respetadas, mientras que el concubinato entraba en el ámbito de la libertad individual. Las uniones concubinarias no estaban reguladas ni se las consideraba prohibidas.

Viene en algunos casos a resultar un sustituto del matrimonio, ya que en los casos de concubinato no corresponde sanción legal por no haber transgresión. Explícitamente Paulo dice que *concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest*, con lo cual los soldados y gobernadores de provincias podían unirse a mujeres sin contrariar la *lex Iulia de adulteriis*[5].

El advenimiento del cristianismo y su influencia con respecto al concubinato

El proceso de cristianización del Imperio fue lento. Durante los primeros tiempos los cristianos no dejaron de ser un pequeño grupo que profesaba otra fe, que tenía otro Dios, cuya influencia no se percibía.

[4] Bonfante, Pietro, *Diritto di familia*, pág. 232.

[5] Biondi, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, Milano, Giuffre, 1952, t. III, pág.126.

La negativa de los cristianos a sacrificar a los dioses paganos y a abjurar de su fe provocará el desprecio por ellos y en determinados momentos su persecución.

Sin embargo, ese grupo fue creciendo en número y gravitando, en consecuencia, en la vida. En el siglo IV se producirá el gran cambio. Aquello que se iba infiltrando en las costumbres adquirirá el derecho a existir y traerá aparejado luego una modificación en el ordenamiento jurídico, pero no de inmediato.

Para comprender esto, es necesario saber también qué ocurrió en el seno de la comunidad cristiana.

El judaísmo, en la época de los reyes, también conoció el matrimonio y el concubinato con algunas características comunes a las que señalamos como propias de la Roma imperial.

La unión matrimonial es bendecida por Dios, tal como lo enseña el texto de Gn. 2, 24, al recordar que el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, pero no excluye en su seno la admisión del libelo de repudio aceptada por Moisés (Deut. 24.1) ni tampoco combate las uniones concubinarias. Para los judíos, el matrimonio también se celebra entre los que pertenecen al pueblo elegido, aunque esto admite excepciones. El hombre puede hacer cautiva a una mujer enemiga y tomarla por mujer (Deut. 21,10) y la unión con alguien que no pertenezca al mismo es aceptada por una finalidad superior, como es el caso de Abraham, que tiene un hijo con Agar, la esclava egipcia, ya que Sara no le procuraba descendencia (Gn. 16, 1 ss.). Sin embargo, este tipo de uniones es evitado por temor a perder la fe, de ahí la orden de Yahvé a los hijos de Israel: "no entréis a ellas, ni entren ellas a vosotros, porque de seguro arrastrarán vuestros corazones tras sus dioses" (I Re. 11,2). Esto que se prescribía para los judíos no era observado por el mismo rey Salomón, que tuvo 700 mujeres de sangre real y 300 concubinas, recordando el mismo texto que "las mujeres torcieron su corazón"(I Re. 11,3).

Esta ostentación de gran número de esposas y de concubinas por parte de Salomón conecta la práctica del rey, no la de sus súbditos, con la existencia de dos instituciones, el matrimonio y el concubinato, ligado este último a la unión con mujeres extranjeras, por lo tanto de otro rango.

En tiempos de Jesús se practicaba la unión matrimonial entre los judíos y otro tipo de uniones era visto con disfavor. La pregunta de los fariseos con respecto al repudio origina la respuesta de Jesús,

quien sostiene que al principio no fue así y que no es lícito repudiar a la esposa, a menos que se trate del supuesto de uniones prohibidas. Por eso, quien repudia a su mujer comete adulterio –salvo el caso de *porneia* o sea de unión ilícita–, lo que puede entenderse predicado de una unión prohibida, en cuyo caso no puede hablarse de matrimonio y tampoco de repudio (Mt.19.9)[6].

La práctica del matrimonio entre las primeras comunidades judeo-cristianas está fuera de toda duda. Las preguntas de los miembros de la comunidad de Corinto al apóstol Pablo reflejan esto. Pablo les dice a los solteros y a las viudas que se casen –no todos serán célibes como el propio Pablo– y a los casados les recuerda el precepto que no es de él sino de Jesús "que la mujer no se separe del marido y, de separarse, que no vuelva a casarse o se reconcilie con el marido y que el marido no repudie a su mujer" (I Cor. 7,10-11). Es interesante destacar que la unión con el infiel es matrimonial, "pues se santifica el marido infiel por la mujer y se santifica la mujer infiel por el hermano" (I Cor. 7,14). Ha desaparecido a los ojos de Pablo la distinción entre el judío y el gentil, y esta igualdad lleva a considerar estas uniones como matrimoniales. El cristianismo empieza a tomar distancia de la concepción del derecho romano y de la propia práctica judía que ligaba al matrimonio con la condición social de los esposos y relegaba a otras uniones a la categoría de concubinarias[7].

Esto explica que para los cristianos la unión entre el hombre y la mujer ya no tiene en cuenta su categoría social y va a ser considerada matrimonio. No podemos decir que sea clara a esa altura la conciencia de que se trata de un sacramento, ya que la noción de sacramento tal como la conocemos hoy es posterior, pero sí podemos afirmar que la unión es matrimonial o no es nada. Queda fuera de la ética cristiana la libertad y la promiscuidad sexual. La unión del hombre y de la mujer que se hacen una sola carne está ligada al misterio de la unión de Cristo con su Iglesia, como lo recuerda Pablo en la carta a los Efesios[8].

Sin embargo, debemos tener presente que estas comunidades cristianas de los tres primeros siglos estaban integradas por judíos,

[6] Sobre las interpretaciones de este inciso, puede verse ADNES, Pierre, *Le Mariage,* Bélgica, Desclée & Co, Tournai, 1963, pág. 23 y sigs.

[7] Cfr. ADNES S. J., Pierre, *ob. cit.*, págs. 31-42.

[8] Ef. 5, 22-33.

por gentiles, por libres y por esclavos, y que para el ordenamiento jurídico las uniones entre ellos podían ser "concubinato" o "contubernio" según la categoría social de las partes. No es de extrañar entonces que no todo concubinato y no todo contubernio merezca el reproche de la Iglesia.

Frente a estas realidades nacen dos tendencias: una que condena toda unión que no sea matrimonial y otra que acepta el concubinato en aquellos casos en que presenta los caracteres propios de la unión matrimonial, o sea la unidad y la indisolubilidad.

La primera repudia el concubinato, en especial porque lo considera una unión inestable que permite incluso la práctica de la poligamia. Tal era el perfil del concubinato en esos tiempos. La expresión *paecipue temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, numquam licebit* de San Agustín[9], se refiere al concubinato tal como era practicado por los paganos, o sea la unión disoluble, poligámica, que puede coexistir con el matrimonio.

Ésta es la orientación condenatoria.

La otra posición, más tolerante, es la que indaga en el tipo de relación concubinaria. Si se trata de una unión estable, monogámica, que responde a la concepción cristiana del matrimonio, puede ser aceptada. Así el Concilio de Toledo (can.17) sanciona el siguiente principio: *si quis habens uxorem fidelis concubinam habet, non communicet; ceterum is qui non habet uxorem et pro uxorem concubinam habeat, a communione non repelletur, tantum aut unius mulieris aut uxoris aut concubinae ut ei placuerit, sit coniunctine contentus*. Y lo mismo el Papa León dispone *qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur*[10]. De ambas disposiciones surge que no deben ser apartados de la comunión quienes están unidos en concubinato como si fuera matrimonio, pero quien tiene esposa y también concubina no ha de participar en la comunión.

La licitud del concubinato que presente los caracteres fundamentales del matrimonio es reconocida por el concilio de Toledo, lo que textualmente recoge Graciano. Sólo el concubinato temporario es condenado: *concubinae ad tempus adhibitae nec etiam si causa filiorum concumbant, iustum faciunt concubinatum suum*[11].

[9] Serm. 180 PL 39, 2292.
[10] Ep. 167 PL II, 493.
[11] Decr. Grat. c.5, 32 q.2, citado por BIONDI, *ob. cit.*, pág.129.

Puede resumirse el pensamiento de la Iglesia de entonces diciendo que sólo considera pecaminoso al concubinato que no pueda ser al mismo tiempo matrimonio. Si se trata de una unión para la cual no hay impedimentos, que respeta la unión monogámica, tal unión es lícita. Es indiferente que se trate de una "uxor" o de una "concubina". Para el cristianismo no hay distinción de categorías sociales, lo que importa son los valores propios del matrimonio que sí deben ser defendidos.

En este contexto, sólo se combate el concubinato en cuanto institución que reviste las características de facilitar la poligamia y la inestabilidad o ausencia de vínculo.

El pensamiento cristiano se centra en las propiedades del matrimonio y a su luz llega a considerar con benevolencia al concubinato por entonces vigente, en tanto se presente purificado de aquellas notas que repugnan a la ética evangélica.

No se ocupa en cambio del acto jurídico que da origen a la unión matrimonial, el que está ausente en las uniones concubinarias.

No es de extrañar que haya ocurrido así dado que los cristianos no tenían una forma canónica única, como impera desde el Concilio de Trento, que tuvo lugar diez siglos más tarde.

La forma propia del acto matrimonial dependió durante siglos de las costumbres del lugar en el cual el cristianismo se insertó.

Las comunidades judeocristianas conservaron las costumbres judías, ilustradas en los textos de los evangelistas, los que en diversas parábolas se refieren al cortejo de las vírgenes que acompañan a la esposa, quien es recibida en la casa del esposo en la cual se realiza el banquete nupcial.

Las comunidades que crecen en el mundo pagano conservan las costumbres matrimoniales de esos pueblos, ya que no eran contrarias a la fe. Así, la Iglesia de Roma adopta las diversas formas matrimoniales romanas a las cuales va a añadir una bendición[12].

[12] San Ignacio de Antioquia en el s. I en su epístola Ad Polycarpum, 5,2 dice que conviene a quien se casa, celebrar su unión con la conformidad de su obispo, a fin de que el matrimonio se realice según el Señor y no según la pasión (PG 5,724); y San Ambrosio declara *Ipsum conjugium velamine sacerdotali et benedictione sanctificari oportet* (Epist. 19, PL 16,985), lo cual está expresando algo conveniente, no obligatorio.

El *usus* como modo de acceder al matrimonio ya tenía poca vigencia en los albores del cristianismo. Pensemos que de modo semejante se inicia lo que hoy llamamos unión concubinaria, lo que nos muestra que aun para el derecho romano la forma del matrimonio no era lo más importante.

El acento evidentemente no estaba puesto tanto en el acto generador de la unión matrimonial sino en las propiedades del matrimonio en sí mismo. Esto es lo que el cristianismo rescata y el campo en el que hace sentir más su influjo[13].

Es justo entonces preguntarse en qué medida esta defensa de las propiedades del matrimonio cristiano va a reflejarse en las leyes del Imperio. Y con respecto al concubinato, hasta qué punto es combatido o bien es de alguna manera asimilado al matrimonio.

Las leyes cristianas se van a manifestar contrarias al viejo concubinato, al que es expresión de la libertad sexual, al que facilita la poligamia, al que puede ser calificado de pecaminoso.

Ese concubinato es perseguido de diversas maneras. Para Bonfante, existen dos fases netamente distintas: la primera, en la cual el concubinato recibe tratamiento jurídico pero al sólo fin de combatirlo, y una segunda o propiamente justinianea, que procura elevarlo a una especie de matrimonio morganático[14].

El modo de perseguir al concubinato consiste en atacar las donaciones hechas en favor de los hijos o de la concubina, las que son revocadas en favor de los descendientes, de los ascendientes y de los colaterales, o en defecto de éstos en favor del fisco. La ley establece esta incapacidad en cabeza de los hijos y de la concubina, lo que constituye una pena muy severa y desalienta el concubinato[15].

[13] Si se tiene en cuenta la evolución de la liturgia matrimonial cristiana, puede verse que durante los primeros siglos hay pluralidad de formas; que en el siglo IV aparece una fórmula de consagración de la esposa; que en el Edad Media era un contrato suscripto por los cónyuges celebrado fuera del templo que recibía la bendición del sacerdote, lo que constituye un caso especial en el cual la *lex orandi* no viene en ayuda de la *lex credendi*, sino que por el contrario son los principios teológicos los que van a iluminar esa realidad. Cfr. ADNES, *ob. cit.*, pág.153, nota 2.

[14] BONFANTE, Pietro, "Nota sulla riforma Giustinianea del concubinato", Palermo, 1924, en *Studi in onore di Silvio Perozzi*. Contra: BIONDI, *ob. y lug. cits.*, sostiene que estas tendencias diversas existen pero no como pertenecientes a diversas fases históricas.

[15] CT 4,6,I; c.2 y c.3 = CI 5,27, I.

Esta toma de posición dura en contra de la ilegitimidad se mantuvo en algunas legislaciones modernas que no reconocieron derechos a los hijos nacidos fuera del matrimonio ni a la concubina. Paralelamente, el instituto de la legitimación de los hijos por matrimonio posterior favorece a la institución matrimonial al acordarles a los nacidos en la ilegitimidad los derechos que de otro modo no habrían podido tener. Se castiga o se premia en la medida en que los padres vivan en concubinato o se unan en matrimonio.

La legislación de Constantino por una parte combate el concubinato en cuanto unión extramatrimonial y, por otra, trata de promover el matrimonio, procurando que la unión concubinaria se transforme en matrimonio.

Biondo Biondi se refiere a la legislación posterior a Constantino como oscilante entre el rigor y la tolerancia. Sostiene que el concubinato recibe un tratamiento considerándolo un matrimonio de grado menor, un *matrimonium inaequale*[16].

Así, la primera manifestación de esta tendencia se encuentra en el Código Teodosiano, que se refiere a una *legitima coniunctio* como opuesta a la *honesta celebratio matrimonii* (CT eod.7). Esa unión es considerada legítima aunque no sea igual a la conyugal (CT.14.7.1).

La estrategia es regular al concubinato de manera análoga a la del matrimonio. Es lo opuesto al silencio del derecho romano clásico. Como veremos más adelante, estas dos tendencias, la de la exclusión o del silencio legal por una parte y la de la regulación semejante a la matrimonial por la otra, se hacen presentes en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos contemporáneos.

Lo que ciertamente se rechaza es la vieja práctica de tener, además de la esposa, una concubina. Así Justiniano dispone: *omnibus etenim uxorem habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iura nec nostra concedunt*[17].

El concubinato es mirado con mejor consideración siempre que la monogamia y la estabilidad fueran respetadas. A esto se añadió la extensión de los impedimentos matrimoniales a los concubinos. Se les

[16] BIONDI, *ob. cit.*, pág.132 y nota 2.
[17] CI 7, 15, 3,2; 531.

aplica el impedimento de parentesco, cuya transgresión hace del concubinato una unión ilícita[18].

Justiniano promueve la asimilación del concubinato al matrimonio otorgando derechos sucesorios a los hijos de tales uniones si no hubiera cónyuge ni hijos legítimos, estableciendo la posibilidad de legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio y extendiendo al concubinato los requisitos del matrimonio[19].

Las diferencias entre el concubinato y el matrimonio tienden a desaparecer. Sobre todo si se tiene presente que no existía una forma canónica, tal como lo expresáramos anteriormente. El problema que presenta entonces el concubinato consiste –dado que no hay celebración como en el matrimonio– en establecer cuándo se puede presumir la unión, lo que es importante ya que tanto el matrimonio cuanto el concubinato pasan a ser igualmente lícitos y se distinguen de las uniones ilícitas que puede tener un hombre con una meretriz[20].

La diferencia vuelve a marcarse cuando la forma del matrimonio cristiano viene a insinuarse a través de la bendición nupcial. El matrimonio se celebra *in facie ecclesiae* y recibe la bendición, no así la unión concubinaria que pasa a ser considerada fornicación.

En una visión retrospectiva, podemos apreciar cuál fue la relación entre el matrimonio y el concubinato.

En el derecho clásico, el matrimonio se perfiló como un negocio jurídico bilateral, continuado en el tiempo, para el cual era necesario el *conubium* o aptitud legal para casarse, institución que confería el *honor matrimonii,* o sea el trato propio de los esposos legítimos, el que no estaba ligado necesariamente a la convivencia y que se caracterizaba por la *affectio maritalis* o voluntad de querer mantenerse en ese estado. El concubinato en cambio podía coexistir con el matrimonio, reflejaba la desigualdad social, era por esencia frágil, no duradero, no

[18] D.25, 7. I, 3-4: *"Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est"*. La norma utiliza la palabra *nefaria* para calificarlo, que puede ser traducida como criminal, abominable, impía y concluye diciendo que este tipo de crimen debe ser prohibido.

[19] BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, 1979, 5ª ed., pág. 199.

[20] El espíritu de la legislación justinianea lo señala la Glossa ad 1.24 D. 23,2: *duo enim tantum coitum sunt liciti secundum leges, scilicet cum concubina, et uxore; alii omnes sun illiciti.*

confería el *honor matrimonii*, no estaba regulado legalmente, no constituía por lo tanto transgresión sino que pertenecía al campo de la libertad individual, facilitaba la pluralidad de uniones.

En el derecho postclásico, el matrimonio se mantiene con sus características propias, pero las diferencias con el concubinato son otras. Cambia el perfil de ambas instituciones.

El matrimonio sigue siendo monogámico, pero va naciendo una diferencia entre el peso del *honor matrimonii* y la *affectio maritalis*. El primero era tenido en cuenta en el período clásico para conocer la subsistencia del matrimonio, en el derecho justinianeo pasa a tener preeminencia la *affectio maritalis*. No es el trato, el aspecto exterior de la relación, el que se considera sino el aspecto interior, la *affectio*.

En el derecho clásico, el *honor* entre los que tenían el *conubium* daba la pauta de la existencia de una unión matrimonial. La *affectio*, entre los que no tenían el *conubium*, no daba lugar al nacimiento de matrimonio alguno. En el derecho postclásico, al desaparecer las prohibiciones para celebrar matrimonio, las uniones concubinarias pueden legitimarse y convertirse en matrimonio. Es necesario indagar, para distinguir entre el matrimonio y el concubinato, si hay o no *affectio maritalis*. Así, si el hombre tiene una relación estable con una mujer honesta, tal relación puede no ser matrimonial si el hombre declara *honestae vitae et inegenuam mulierem in concubinatum habere*. La *affectio* se convierte en el centro del matrimonio en el derecho postclásico. En otros términos, puede afirmarse que el concubinato en el derecho clásico es la convivencia del hombre y de la mujer sin *honor matrimonii*; y en el derecho postclásico es la convivencia del hombre y de la mujer sin *affectio maritalis*[21].

En el derecho postclásico también se valoriza la forma del acto jurídico. En el derecho clásico se accedía al matrimonio por la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*. Este último quizás desaparece a fines del siglo I. Si bien permitía adquirir la *manus*, ésta podía per-

[21] Cfr. ALBERTARIO, Emilio, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, Milán, U. Hoepli Libraio del R. Istituto Lombardi di Scienze e Lettere, 1929. BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, UTET, 4ª ed., 1993, pág. 245, en su nota 4 cita D.25.7.4 *Concubinam ex sola anima destinatione aestimari oportet*. Se resalta el aspecto interior, la voluntad, como determinante del concubinato o del matrimonio, según que no exista o exista *affectio matrimonialis*.

derse si la mujer pasaba tres noches fuera del hogar. La *coemptio* en cambio permitía establecer con certeza la existencia de la *manus*.

En el derecho clásico, no era la forma la que caracterizaba al matrimonio, de ahí que los cristianos se centraron en las propiedades, o sea en la monogamia y la estabilidad, para valorar al matrimonio y al concubinato en la medida que las preservaba.

En el derecho postclásico se valoriza la forma, el inicio de la vida conyugal. Esto trae aparejado también el considerar el consentimiento inicial del cual nace el matrimonio[22].

La reflexión jurídica centrada en el matrimonio como acto jurídico irá creciendo y comenzará a ocuparse de los vicios del consentimiento y de la simulación. Este centrarse en la forma, en el mundo cristiano, tendrá su culmen en el Concilio de Trento, época en la cual la reforma pone en tela de juicio la sacramentalidad del matrimonio, lo que induce a los padres conciliares a proponer una forma canónica obligatoria. Esta evolución prepara el camino al surgimiento del matrimonio civil en el siglo XIX y explica el tratamiento del matrimonio y del concubinato en la legislación contemporánea.

El concubinato en el derecho latinoamericano contemporáneo

Antes de referirnos al tema en el derecho argentino, vamos a considerar algunas leyes recientes que tratan el concubinato con un enfoque muy diverso de nuestro derecho.

Las tendencias legislativas van desde el silencio legal hasta la regulación del concubinato asimilándolo al matrimonio, existiendo vías intermedias que sólo asignan algún efecto a la unión concubinaria.

En todos los casos, el concubinato es considerado como la unión de un hombre y una mujer a fin de llevar vida en común a modo del matrimonio, con la diferencia de que estas uniones en algunos casos no pueden convertirse en matrimonios por mediar impedimentos, y en otros la diferencia consiste en la ausencia de celebración o forma legal. Por eso, se los denomina uniones libres de hecho.

[22] GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Nápoles, Jovene, pág. 565 y sigs. 2001.

El concubinato que se equipara al matrimonio

El Código cubano en su art. 2 establece que: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud leal para ello, a fin de hacer vida en común. El matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca, de acuerdo con las reglas establecidas en este Código".

La disposición distingue entre matrimonio formalizado y no formalizado, ordenando que se entiende por tal el que, reuniendo los requisitos del matrimonio, fuere reconocido por tribunal competente. Debe tratarse de una unión heterosexual, sin que medien impedimentos matrimoniales, monogámiga y estable.

El reconocimiento judicial de esa unión de hecho le asigna los efectos del matrimonio formalizado con efecto retroactivo a la fecha en que se inició esa unión.

Podríamos compararlo con la filiación extramatrimonial en el derecho argentino, cuyo emplazamiento se produce por reconocimiento, acto jurídico ordinariamente prestado ante el oficial del Registro Civil, o por la sentencia judicial que así lo establece. En el caso del matrimonio, la ley cubana lo emplaza por vía administrativa –la celebración ante el oficial del Registro Civil– o por sentencia judicial, ambos con los mismos efectos legales.

La legislación familiar de la República de El Salvador regula el concubinato llamándolo "unión no matrimonial". Trata el tema en los artículos 118 a 126.

Las notas comunes son coincidentes con las de la ley de la República de Cuba. Debe tratarse de la unión de un hombre y una mujer sin que medien impedimentos matrimoniales con las características de continuidad, estabilidad y notoriedad, por un período no menor de tres años. Se incluyen a los menores de 18 años convivientes que hubieren procreado un hijo.

Esta unión adquiere reconocimiento legal por sentencia judicial, cuya acción tendrá lugar en caso de fallecimiento de uno de los convivientes o cuando la unión se rompa.

En caso de fallecimiento, el supérstite tiene un llamado a la sucesión del otro en el mismo orden que los cónyuges. También otorga el derecho a reclamar el daño moral en caso de indemnización por muerte.

En caso de ruptura, se aplica respecto de los bienes el régimen de participación en las ganancias regulado en el art. 51 de dicho Có-

digo, los hijos son legitimados, la sentencia establece la tenencia de los hijos, el régimen de visitas y la obligación alimentaria respecto de los hijos, así como también la atribución del hogar.

También el Código de Familia de la República de Panamá consagra disposiciones semejantes. En su artículo 53, expresa: "La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenido durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil".

Reitera los requisitos ya señalados de unión heterosexual, monogámica, estable y fija impedimentos como en el caso del matrimonio.

El reconocimiento de estas uniones puede obtenerse a pedido de ambos convivientes ante el Registro Civil, con la declaración de dos personas acerca de la estabilidad de la unión. También por declaración judicial a pedido de uno de ellos. Quien se opone a la declaración deberá probar la ausencia de los requisitos legales y en su defecto deberá pagar daños y perjuicios.

Bolivia presenta rasgos semejantes en su legislación. Reconoce el matrimonio religioso celebrado en zonas apartadas del país donde no existen funcionarios públicos, debiendo inscribirse tal celebración en el Registro Civil más próximo.

Las uniones libres de hecho se equiparan al matrimonio si no median impedimentos matrimoniales.

El artículo 159 de ese Código adjudica efectos similares al matrimonio, "tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los concubinarios...", aplicando las reglas del matrimonio que son compatibles sin perjuicio de las normas particulares previstas para tales uniones.

La estabilidad de la unión no exige un tiempo determinado sino que queda librada a la apreciación judicial. El artículo 160 se refiere al *tantanacu* o *servinacu*, que son uniones realizadas según las pautas de la cultura indígena, según las cuales la convivencia que nace del uso es matrimonial.

El concubinato no reconocido por la ley

El derecho anglosajón no ha sido proclive a generar leyes sino que se rige por la costumbre y por la jurisprudencia. Sin embargo, suele sancionar algunas leyes, pero en tal caso referidas al matrimonio. No

es de extrañar entonces que el Reino Unido de Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norteamérica no se ocupen legalmente del tema. Sin embargo, por las costumbres actualmente imperantes, se ven obligados a resolver las cuestiones que se plantean al respecto, lo que hacen según los principios vigentes en ese derecho, entre los cuales descolla la libertad del individuo para casarse o no hacerlo. Ante el reclamo de perjuicios por la ruptura de esas uniones, suelen resolverlo en base a la equidad, tratando de ver en qué medida uno benefició al otro durante la convivencia, de donde puede llegar a evaluarse el perjuicio.

Hacemos esta mención breve, dados los límites de este trabajo, al solo efecto de comparar el enfoque jurídico ante esta realidad.

Ya vimos la tendencia de algunas leyes de países latinoamericanos de reciente sanción, en las que se hace la opción en favor de una regulación legal y de otorgar efectos semejantes a los del matrimonio a este tipo de uniones.

La Argentina ha seguido un camino opuesto. La Constitución Nacional reconoce el derecho a casarse y a no hacerlo, basado en la libertad de cada ser humano, pero no hace referencia alguna a estas uniones. El silencio de la Ley Fundamental se prolonga en nuestro Código Civil.

La ley 2393 de matrimonio civil rescata el derecho del Estado de regular el matrimonio, y en su afán de implantar sus principios laicistas, insiste en la celebración del matrimonio ante el oficial del Registro Civil como el único modo de acceder al matrimonio y por consiguiente a sus efectos. Amenaza con sancionar al ministro de culto que celebra el matrimonio religioso sin que previamente haya tenido lugar el casamiento civil.

Esta norma refleja una filosofía, la de un núcleo ilustrado que logró imponer sus criterios. Pudo aplicarse en un país muy extendido, es cierto, pero con población preponderantemente urbana y de origen europeo, la que se mezcló con los indígenas que, en menor proporción que en otras latitudes, poblaban estas tierras, lo que dio como resultado una población que pudo acatar con mayor facilidad la norma civil. No obstante lo afirmado, no es menos cierto que durante el siglo de vigencia de la ley de matrimonio civil, continuaron existiendo, en especial en el campo y entre las personas de bajo nivel económico, uniones concubinarias.

Tales uniones se multiplicaron en los centros urbanos cuando la ruptura de la vida conyugal fue proliferando –ya a mediados del siglo

XX– y la ley vigente no admitía el divorcio vincular. Esas situaciones dan origen a una toma de posición diferente que pasamos a analizar.

El concubinato como unión libre admitida con algunos efectos legales

En la Argentina, el concubinato no recibió un tratamiento sistemático. El tema fue tratado por nuestros tribunales a medida que fueron surgiendo problemas y lentamente fueron sancionándose disposiciones que otorgaron algún efecto a esas uniones de hecho. Fueron desapareciendo las diferencias entre el matrimonio y el concubinato, pasándose de un régimen en el cual el concubinato no tenía efecto legal alguno a un estado intermedio en el cual se le conceden algunos efectos.

Algunos fallos trataron el tema de la indemnización por muerte del concubino, habiéndose afirmado una tendencia favorable al reconocimiento de la legitimación activa del supérstite. Pero el fundamento ha sido la norma del art. 1079 del Código Civil, que reconoce derecho a indemnización por el daño ocasionado por un cuasidelito a "toda persona que por él hubiese sufrido". Un plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal aprobó la tesis según la cual "se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos, como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen"[23].

También se planteó el tema a propósito del régimen de locaciones urbanas. La ruptura de la unión concubinaria generaba desprotección para quien no había suscripto el contrato y se quedaba en el hogar, quien no podía suceder en la locación. Vigente el congelamiento de alquileres, el problema adquiría evidente interés social, de ahí que se llegó a interpretar la ley entonces vigente extendiendo el concepto de familia de manera de incluir en él a la concubina. Leyes posteriores utilizaron expresiones genéricas refiriéndose a las personas que estuvieran a cargo del locatario[24].

[23] CNCiv. en pleno, 4-4-1995, ED diario del 20-6-1995. También la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 269 reconoce el derecho a indemnización por muerte a la mujer que hubiese vivido públicamente con el trabajador.

[24] Cfr. MAZZINGHI, Jorge A., *Familia*, t. I, Buenos Aires, Abaco, 1995, pág. 358.

El ámbito en el que más creció el concubinato es el del derecho de seguridad social. Leyes especiales acordaron el derecho a pensión a la concubina quinquenal o a la que acreditaba una convivencia por un término menor si de esa unión había habido descendencia.

En algunos casos, incluso, colisionaron los derechos de la esposa con los de la concubina, con grandes oscilaciones en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, que pasó del rechazo a la pretensión de la concubina, en el caso "Rosas de Egea", al reconocimiento de su derecho en el caso "Sanmartino de Weskampf", volviendo a su primera postura en el caso "Espinosa Viale", doctrina que vuelve a modificarse hacia un reconocimiento de los derechos previsionales en caso de concubinato, haciendo de este ámbito del derecho una especie de isla, con principios propios, que se va desvinculando de los del derecho civil[25].

En cambio, en el derecho civil se negaron derechos patrimoniales en caso de ruptura de la unión de hecho, salvo que llegaran a probarse los aportes que acrediten la existencia de una sociedad de hecho[26].

El Código Civil se refiere al concubinato en algunos casos como un hecho que origina la pérdida de algún derecho.

Así, el art. 3574 establece la pérdida de la vocación hereditaria del esposo que la hubiera conservado después de la sentencia de separación personal si viviera en concubinato. También los arts. 210 y 218 ordenan la cesación del derecho alimentario si el beneficiario del mismo viviera en concubinato.

En otros casos, constituye la excepción a determinada regla.

El art. 3573 del Código Civil, según el texto de la ley 17.711, priva del derecho sucesorio al viudo o viuda "cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho". En este supuesto, el concubinato constituye la excepción, no porque dé pié a la vocación sucesoria, sino porque la exclusión está prevista con el fin de evitar el aprovechamiento de una circunstancia y la captación de una herencia. Si hubo concubinato anterior, el matrimonio viene a legalizar una situación de hecho. La norma está en favor de

[25] Cfr. MAZZINGHI, *ob. cit.* pág. 360 y sigs.
[26] *ED*, 145-293.

la matrimonialidad y promueve el paso del estado concubinario al estado matrimonial.

Con respecto a la filiación, el art. 257 establece una presunción de paternidad en caso de concubinato de la madre con el presunto padre. Esta disposición legal no está en favor del concubinato sino del emplazamiento del hijo como extramatrimonial, lo que implica la inversión de la carga de la prueba. El presunto padre que convivía con la madre a la época de la concepción deberá probar que no es el padre.

El concubinato también fue tratado como hecho negativo en caso de adopción. La jurisprudencia pasó del rechazo del concubino por carecer de cualidades sustanciales a afirmar que el concubinato no implica por sí mismo una descalificación respecto de quien vive en esa situación. Actualmente, el art. 320, según el texto de la ley 24.779, establece que las personas casadas podrán adoptar, sólo si lo hacen conjuntamente, lo que *a contrario sensu*, excluye a quienes viven en concubinato a tal efecto. Ello así porque el hijo adoptivo tiene derecho a tener padre y madre, cuando son dos los que adoptan, y ello sólo se admite si son cónyuges. La unión concubinaria como institución no ofrece la estabilidad y solidez propias de la institución matrimonial.

Por su proximidad, resulta de particular interés considerar las disposiciones del recientemente sancionado Código Civil de la República del Paraguay.

Dedica el Capítulo X al tema que titula "De la unión de hecho".

Encuadra como unión de hecho la de las personas que no tienen impedimento matrimonial si viven en unión pública y estable. Queda descartado otro tipo de uniones. Se evita el equívoco de la ley 1004 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su art. 1 expresa que "se entiende por unión civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual".

A la unión de hecho otorga los efectos jurídicos de ese capítulo, de manera que la equiparación con el matrimonio no es absoluta.

En caso de ruptura, establece la validez del acuerdo de pasar alimentos a la concubina –obligación que sólo grava al varón– y la posibilidad de obligarlo a indemnizar. Presume también la existencia de una sociedad de hecho si la unión ha durado al menos cinco años. Otorga los beneficios de la seguridad social y obliga frente a los terceros por las compras para el hogar.

Brasil tuvo una política legislativa semejante a la de Argentina hasta la sanción de la Constitución de 1988, cuyo art. 226 establece el principio de protección del Estado para con la familia. Conserva el matrimonio civil pero no como exclusivo, otorgando al matrimonio religioso efectos civiles. Con respecto a la unión estable entre un hombre y una mujer, la misma es reconocida estableciendo una tendencia a la legitimación ya que dice que "la ley debe facilitar su conversión en casamiento".

Desde entonces, se dictaron leyes tendientes a reglamentar el reconocimiento de la familia de hecho, exigiendo la falta de impedimentos, estabilidad en la convivencia a fin de acreditar su existencia y otorgando efectos jurídicos en cuanto al derecho a alimentos y derechos sucesorios. Estos efectos se ampliaron por ley 9278 del año 1996, reconociendo derecho sobre los bienes adquiridos por uno o ambos convivientes durante la unión estable a título oneroso.

El nuevo Código Civil de Brasil rige desde el 11 de enero de 2003 y dedica un título a las uniones estables. Dice que "es reconocida como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de la constitución de una familia (art. 1723). Distingue esta unión estable de la unión concubinaria, que sería aquella en la que existen impedimentos matrimoniales.

Regula efectos personales de lealtad, respeto y asistencia. En cuanto a lo patrimonial, salvo acuerdo de partes –Brasil tiene pluralidad de regímenes patrimoniales del matrimonio y libertad de convenciones–, se le aplica el régimen de comunidad parcial (art. 1275).

Esta unión estable puede convertir en matrimonio a pedido de ambos ante el juez del Registro Civil (art. 1726)[27].

La tendencia de Paraguay y de Brasil es la de reconocer efectos a estas uniones estables, aproximándose sensiblemente a la asimilación de dichas uniones con las matrimoniales.

Uruguay, Argentina y Chile han conservado políticas de silencio, morigeradas a lo largo de los años por reconocimiento de ciertos derechos por vía jurisprudencial y por un régimen de asimilación en el campo de la seguridad social.

[27] Cfr. Azpiri, Jorge O., *Uniones de hecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pág. 297 y sigs.

Ésta es la situación actual en el sur del continente americano, existiendo posiciones muy diversas al respecto. A futuro, una mayor integración de estos países planteará la necesidad de una mayor armonización de los respectivos ordenamientos jurídicos y el reconocimiento en cada país de los derechos acordados en el otro para quienes pudieran acreditar el inicio de la unión en uno u otro territorio.

Conclusión

Del análisis de la institución en el derecho clásico, su evolución en el derecho postclásico por influjo del cristianismo y el breve panorama de algunos códigos latinoamericanos contemporáneos y de nuestra propia legislación, pueden sacarse algunas conclusiones.

En primer lugar, se constata una evolución del primitivo concubinato que coexistió con el matrimonio y se diferenció sensiblemente de él, a un concubinato más asimilado al matrimonio.

El concubinato actual se caracteriza por ser la unión de un hombre y de una mujer que quieren convivir a modo de matrimonio, es decir, con los efectos personales propios del matrimonio. Rigen entre ellos la fidelidad, la asistencia y la cohabitación, aunque no constituyen estrictamente deberes jurídicos en cuanto no son exigibles o su transgresión no da derecho a pedir una separación judicial con algún efecto para quien resulte perjudicado.

Las relaciones personales propias de los cónyuges son establecidas entre los concubinos por acuerdo privado normalmente no escrito. En caso de transgresión, la ruptura no puede plantearse judicialmente en cuanto no da lugar a reclamo alguno. No hay obligación alimentaria, aunque los alimentos proporcionados constituyen obligaciones naturales y no pueden ser repetidos. La cohabitación cesa por la separación de hecho acordada o por el abandono. La infidelidad dará lugar a la ruptura, pero no es invocable a fin de obtener indemnización alguna o un derecho alimentario. Evidentemente se genera al respecto una falta absoluta de protección para quien no fuera el causante de la desunión.

Las relaciones patrimoniales se establecen como las que se dan entre extraños. Puede nacer una sociedad de hecho si hay aportes o podrán adquirirse bienes en condominio, pero no hay régimen de comunidad de bienes ni de participación en las ganancias. Es como si rigiera un régimen de separación de bienes. Esto lo decimos porque

durante la convivencia hay deber de contribución para el sostenimiento de la vida en común, y frente a los terceros se responde por las necesidades del hogar como si se tratara de un matrimonio; esto así por una razón de seguridad jurídica.

No hay derechos sucesorios salvo las disposiciones testamentarias que no vulneren la legítima de herederos forzosos.

Podemos decir que rigen los derechos personales durante la convivencia pero no surge responsabilidad alguna por la ruptura, aun extemporánea o por causa de infidelidad o abandono. Tampoco se establecen vínculos patrimoniales.

La otra diferencia con el matrimonio como acto jurídico es la falta de forma. Esto crea falta de certeza e inseguridad jurídica.

Evidentemente es una especie de convenio privado que calca algunas relaciones matrimoniales, pero excluye toda responsabilidad y abre las puertas a poner fin a la relación, lo cual da a la institución como tal un perfil de fragilidad, no de estabilidad, más allá de que en la práctica, algunas uniones sean estables.

Por otra parte, la ausencia de régimen patrimonial o bien la vigencia de una suerte de régimen de separación no conocido ni aceptado conscientemente, genera posibles injusticias dado que alguien comparte una vida, aporta su apoyo y esfuerzo, frecuentemente puede derivarse un beneficio para alguno de los convivientes y en caso de ruptura no hay compensación alguna.

Conserva las características de la monogamia y a veces de la estabilidad, pero la ausencia de compromiso, como el que surge del consentimiento matrimonial, da como resultado una convivencia basada en la precariedad.

El valor libertad quizás es el que sobresale en este tipo de uniones: libertad para iniciar la convivencia sin ningún requerimiento legal ni compromiso claro acerca de lo que se pretende, salvo el de convivir mientras cada uno lo desee, y libertad para poner fin a esa convivencia. En un sentido, pareciera que la *affectio* de los romanos hubiese sobrevivido, no así el *honor matrimonii*, dado que, al no casarse, los convivientes ocupan un lugar distinto que es el de concubinos, no el de esposos.

Con lo dicho hasta aquí quedan perfiladas las disimilitudes y las semejanzas entre el concubinato y el matrimonio.

Cabe preguntarse entonces de qué manera inciden ambas en la vida de la sociedad.

Desde lo institucional, resulta claro que el matrimonio es el que ofrece bases sólidas para esta particular relación que se entabla entre el hombre y la mujer y para asentar sobre ese compromiso libremente asumido la vida familiar. No así el concubinato, que asienta la convivencia misma sobre arena, no sobre roca, lo que es perjudicial para los mismos convivientes y, en consecuencia, para la familia fundada sobre cimientos endebles.

Las historias personales pueden andar por carriles muy diversos. Nada asegura a quienes se casan el éxito de la convivencia así como tampoco nada asegura a quienes sólo conviven el éxito de su unión. Tampoco puede afirmarse que la unión matrimonial sea sólo formal y externa y la concubinaria por el contrario fundada en el verdadero amor. Son falacias que circulan y a veces son creídas sin mayor cuestionamiento.

Pero quienes piensan en la sociedad, en el bien común, deben poner su mirada en las instituciones; sería imposible considerar las historias particulares.

No cabe duda entonces que lo que ha de privilegiarse es el matrimonio, sin por eso condenar un tipo de unión que La ley Fundamental permite pero no elige.

Parece lógico entonces que el matrimonio se vea favorecido con disposiciones tales como el bien de familia, ventajas impositivas, líneas de crédito especiales para los matrimonios y todo el ordenamiento que la ley civil establece en procura de soluciones justas.

Para quienes libremente se ponen al margen de la ley, cabe el respeto, pero no los efectos de un matrimonio que ellos no eligen.

Podrá pensarse que esto genera desprotección. En un sentido es cierto, pero no es menos cierto que las personas pueden ponerse al amparo de la ley y de las ventajas que ella procura o no hacerlo.

Quizás el problema de estos tiempos es que las instituciones se desdibujen, que el matrimonio termine siendo casi lo mismo que el concubinato, que uno y otro puedan tener efectos legales iguales o semejantes. Sería más claro no confundir, no hacer creer que todo es igual; entonces ¿para qué casarse? ¿para qué hacerlo si la unión de hecho puede inscribirse con efectos parecidos? ¿para qué hacerlo si ante la ruptura los bienes que hubieran adquirido durante la convivencia podrían participarse? ¿para qué hacerlo si en caso de fallecimiento es posible heredar y existe un derecho a pensión?

Roma entendió que podía tomar dos caminos: o el de combatirlo duramente no asignándole efecto alguno o el de eliminarlo por asimilación. Tomó los dos alternativamente pero con un solo objetivo, el de darle a la unión la solidez institucional que requiere.

En la Argentina la situación ya descripta nos muestra que se ha tomado un camino intermedio que no parece conducir a buen puerto. Algunas voces hacen pensar que vamos hacia una regulación de uniones diversas, más o menos parecidas, que contribuyen a desdibujar la imagen que el matrimonio merece.

Convendría tomar un camino seguro, otorgar la máxima protección jurídica al matrimonio, lo que no se ha hecho acabadamente, y permitir que las uniones de hecho se mantengan en el ámbito de la autonomía de los particulares, sin asignarles efectos no queridos expresamente por los convivientes ni propios del matrimonio. En esta línea de pensamiento, se ubica Borda, quien sostiene que a partir de la ley 23.515 no se justifica el reconocimiento de derecho alguno a los concubinos ya que prácticamente no hay impedimentos para volver a casarse. Convendría derogar las normas que coloquen en un pie de igualdad las uniones de hecho o concubinarias con el matrimonio para procurar una institución matrimonial vigorizada, valorizada, jerarquizada y por sobre todo querida. Ello así porque las uniones de hecho son desde lo institucional endebles, dependientes de un simple cambio de voluntad para su permanencia[28].

La historia nos enseña que el otro camino seguro es el de la asimilación.

Si en la posición anteriormente expuesta se prioriza el matrimonio-institución y se respeta la libertad, en esta otra postura se atiende a la solidaridad.

Tal es el efecto que pretenden las legislaciones latinoamericanas que hemos citado, las que por razones culturales de sus pueblos advierten que el matrimonio civil no es frecuentado, sigue siendo ajeno a las costumbres, razón por la cual resultaría peligroso restringir el matrimonio a unos pocos que lo practican dejando de lado a la mayor parte de la población. Mediante la asimilación de esas uniones estables hacen nacer derechos personales y patrimoniales evitando el desamparo. Por otra parte, imponen principios de justicia y equidad

[28] Cfr. Borda, Guillermo, *¿Cómo revalorizar el matrimonio?*, *LL*, 1987-D-1099.

evitando el no compromiso, la falta de responsabilidad y el individualismo exagerado.

En esa línea se encuentran las recomendaciones de recientes jornadas dedicadas al tema. El X Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en Mendoza en 1998, reitera el principio constitucional de la libertad de casarse o no casarse, sin perjuicio de procurar la aplicación del principio de solidaridad ante estas uniones. Propicia la regulación considerando al menos el establecimiento de una prestación alimentaria, la protección de la vivienda familiar procurando la salvaguarda del interés familiar, la determinación de un régimen patrimonial supletorio salvo pacto entre las partes y los beneficios de la seguridad social y fiscal[29].

No es fácil predecir el rumbo que ha de tomar nuestra legislación. Si procurara defender la institución del matrimonio y de la familia que se funda en esa unión, debería fortalecerlo y reducir las uniones libres al ámbito de la privacidad. Resultaría claro para los ciudadanos el camino a tomar. Evitaría la confusión actualmente existente en la población, la que a esta altura desconoce los efectos de la unión concubinaria y cree que son semejantes en muchos aspectos a la matrimonial, por lo cual todo es igual[30].

Si la Argentina opta por un ordenamiento que procure cierta uniformidad con los países vecinos, en especial con los de Paraguay y Brasil, es de desear que lo haga procurando una asimilación de las uniones de hecho al matrimonio en orden a la protección de la familia, tal como ocurrió históricamente con el concubinato cuando se procuró que observara la monogamia, la estabilidad, los principios saludables de la institución matrimonial.

Actualmente nos encontramos en el peor de los caminos, el que confunde otorgando algunos efectos, el que crea expectativas patrimoniales o sucesorias que resultan incumplidas, el que favorece la irresponsabilidad, el no compromiso, la desprotección. En realidad no es casual que nos ocurra esto, porque el matrimonio mismo ha sufrido un ataque muy duro y la misma ley matrimonial ha aflojado los com-

[29] Cfr. Azpiri, *ob. cit.*, pág. 53 y sigs.

[30] Cfr. Azpiri, *op. cit.*, pág. 40 y sigs. en que cita una encuesta que revela la desinformación con respecto a las uniones de hecho, agravada actualmente con la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que según creencia popular ha instaurado el matrimonio homosexual.

promisos y favorecido el abandono del barco ante el menor oleaje, aun a riesgo que los demás sucumban, priorizando la salvación individual. De ahí que no debe extrañarnos que el hombre de hoy se pregunte: ¿acaso el matrimonio que tenemos no es igual al concubinato que practicamos?

COOPERACIÓN JURISDICCIONAL Y LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO INTERNACIONAL DE NIÑOS

MARÍA SUSANA NAJURIETA*

En el curso general dado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1995, el profesor alemán Erik Jayme[1] afirmó que el derecho internacional privado postmoderno se caracterizaba por el recurso a la colaboración entre jueces de diferentes países. Esta cooperación permite lograr resultados allí donde las tradicionales soluciones de conflicto de leyes y de conflicto de jurisdicciones son impotentes para permitir la articulación de dos o más ordenamientos jurídicos.

América Latina ha sido tradicionalmente reacia a aceptar el papel de Autoridades Centrales con funciones de intermediación entre jueces de distinta jurisdicción. A través de las convenciones elaboradas en el seno de las Conferencias Especializadas Interamericanas en derecho internacional privado, se han trazado líneas de cooperación procesal –canalización de exhortos, legalización de documentos, solicitud y traba de medidas cautelares, etc.– pero es prácticamente inexistente la coordinación de acciones en cuestiones sustanciales. Esta cooperación se vuelve acuciante cuando se trata de un niño víctima de un delito, especialmente cuando el delito es internacional por su propia naturaleza y el delincuente especula con el fenómeno de frontera para salir airoso e impune en su cometido. Mi reflexión se

* Doctora en Derecho (UNBA). Juez de Cámara en lo Civil y Comercial Federal. Profesora de Derecho Público y Privado de la Especialización en Derecho de Familia.

[1] JAYME, Erik, "Identité Culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 251, 1995, págs. 9/268, especialmente págs. 257/258.

centrará en formas de relación entre los jueces que podrían constituir instrumentos útiles para abordar las cuestiones penales y civiles comprometidas en el tráfico internacional de niños.

1. El desafío de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1995)

El 15 de julio de 1989, al concluir la IV Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado, se incluyó el tema "aspectos civiles del tráfico internacional de menores" en la agenda de la CIDIP V, solicitud que fue aceptada por resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos[2]. Posteriormente, el Consejo Permanente de la OEA resolvió agregar el tratamiento de los temas penales vinculados con el tráfico de niños. En abril de 1991 se llevó a cabo en Quito, Ecuador, el Seminario Latinoamericano sobre Adopción de Menores y Tráfico de Niños, con el auspicio de UNICEF y del Instituto Interamericano del Niño, y entre las recomendaciones figura: "Elaborar un proyecto de convención de carácter penal sobre tráfico de menores, a fin de que se castigue a los infractores nacionales o extranjeros de tráfico de niños, incluso a aquellos que gozan de impunidad tales como las fuerzas armadas en estado de facto, y de inmunidad, como es el caso de diplomáticos"[3].

En octubre de 1993, tuvo lugar en Oaxtepec, México, el antecedente más importante de la futura convención, que fue la reunión de expertos auspiciada por el Instituto Interamericano del Niño y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno de México[4]. Se trabajó en esa oportunidad con el informe del relator

[2] Resolución 1024 del 18 de noviembre de 1989 (AG/Res. 1024/XIX/0189).

[3] Nota 467/91 DGDH del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, que da cuenta de las conclusiones del Seminario que tuvo lugar en Quito, Ecuador, del 2 al 6 de abril de 1991 (documento n° 40.958 del Centro Focal, Consejo Nacional del Menor y la Familia).

[4] Participaron delegaciones de Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay, España, del Comité Jurídico Interamericano, del Instituto Interamericano del Niño y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La reunión fue presidida por el Dr. Ubaldino Calvento Solari y actuaron como relatores los doctores Eduardo Tellechea Bergman (Uruguay) y Alicia Mariana Perugini (Argentina). Conf. "Reunión de expertos sobre tráfico de niños, preparatoria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Vitit Muntarbhorn, sobre "Derechos del Niño-Venta de Niños"[5].

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores fue adoptada en México el 18 de marzo de 1994 y entró en vigor entre Brasil y Belice el 16 de agosto de 1997. La República Argentina aprobó por ley 25.179 la adhesión a este tratado, presentó los instrumentos correspondientes el 28 de febrero de 2000 y rige desde el 29 de marzo de 2000. En la actualidad, vincula a diez Estados: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay y Uruguay. Como se advierte, los cuatro países asociados en el Mercosur se hallan obligados por esta convención internacional que intenta satisfacer el compromiso asumido por los Estados al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 35 dice: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".

La Convención Interamericana instaura un sistema de cooperación jurídica civil y penal entre los Estados Partes para la prevención y la sanción del tráfico internacional de menores, y procura asegurar la pronta restitución de un menor víctima de un acto de tráfico al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta su interés y garantizando su protección.

Se aplica a cualquier menor cuya edad sea inferior a los 18 años, que resida habitualmente o se encuentre en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico. Puede tratarse de un niño oriundo de un tercer Estado no Parte, que haya sido víctima de un acto de tráfico y que se encuentre en el territorio de un Estado Parte. Según el art. 4 de la Convención, el Estado Parte deberá notificar la situación a las autoridades competentes del Estado no Parte, tomará las medidas inmediatas de protección y cooperará con el Estado al que pertenece el niño a efectos de proveer todo lo necesario para su cuidado.

Esta Convención define el tipo penal delictivo en su artículo 2. Tráfico internacional de menores es la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un

[5] Este informe se dio a conocer a comienzos de 1992. En los años siguientes, se encomendó la actualización a la relatora doña Ofelia Calcetas Santos.

menor, *con propósitos o medios ilícitos*. Puede compararse esta definición con las previstas en los artículos 2 y 3 (especialmente el 3.1, apartados i e ii) del 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[6].

Loa apartados c) y d) del segundo párrafo del art. 2 de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores califican los conceptos de "propósitos ilícitos" y de "medios ilícitos" de una manera claramente enunciativa. Por su parte, el artículo 10 establece que, sea que exista o que no exista con otro Estado Parte un tratado de extradición, esa Convención constituye base jurídica suficiente para conceder la extradición de un delincuente por delito de tráfico internacional de menores[7].

La Convención establece un abanico de foros concurrentes para conocer del delito que se intenta prevenir y combatir. Así, la persecución penal puede tener lugar en el Estado Parte donde ocurrió la conducta ilícita, en el Estado Parte de la residencia habitual del menor, en el Estado Parte donde se hallare el presunto delincuente (si no fue extraditado) y en el Estado Parte en donde se hallare la víctima del delito (art. 9). El propósito de esta pluralidad de foros es que el sospechoso no quede sin investigación y que el delincuente no quede sin castigo. Si se encuentra en el Estado de donde es nacional y por esa cualidad no es extraditable, ese Estado se ve en la obligación internacional de juzgarlo a fin de que el delito aberrante no quede impune.

[6] Este Protocolo entró en vigor en el plano internacional el 18 de enero de 2002. La República Argentina lo aprobó por ley 25.763 promulgada el 22/8/2003. Conforme al art. 14.2 del Protocolo, está vigente en nuestro país desde el 25/10/2003. Al 14 de noviembre de 2003, son Parte de este tratado 67 Estados.

[7] Similar regulación está prevista en el art. 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Puesto que este instrumento ofrece un abanico de foros para hacer efectiva la persecución penal, dispone el art. 5.4: "A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a hacer efectiva su jurisdicción con arreglo al art. 4". Esta situación se configura cuando el presunto delincuente sea hallado en ese Estado y no sea extraditado en razón de su nacionalidad. Además, todo Estado Parte puede hacer efectiva su jurisdicción penal sobre la base de la nacionalidad de la víctima (art. 4, párr. 2.b) y sobre la base de la residencia habitual o nacionalidad del presunto delincuente.

Como el Convenio no sólo se propone el castigo del delito sino, principalmente, la protección del menor víctima, figura entre los objetivos: "...asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor" (art. 1, inc. c). Dado que uno de los mayores obstáculos al regreso del menor puede ser su abandono aparente con fines de adopción en país extranjero y su colocación familiar en guarda o en adopción, la Convención ha previsto la siguiente regla:

"Art. 18: Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate"[8].

En los trabajos preparatorios de la reunión de Oaxtepec, en 1993, hubo una intensa discusión sobre el acto de tráfico como antecedente de una adopción. El delegado uruguayo, Dr. Didier Opertti Badan, señaló la necesidad de limitar el juego de la buena fe de los adoptantes como causal que perturba la posibilidad de anular la adopción[9]. Finalmente, se estimó que el "criterio del interés superior del niño", que es la guía para tomar la decisión de anulación conforme al art. 18 del tratado, era suficiente para resolver las inquietudes respecto de la buena fe de los adoptantes y de la fijación o no de un plazo de caducidad o prescripción.

Al presentar sus instrumentos de adhesión, la República Argentina efectuó dos declaraciones del siguiente tenor: "La República Argentina declara que, conforme a lo dispuesto en el art. 23, se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Es-

[8] Los artículos que complementan esta disposición son: "19. La guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en el artículo anterior. 20. La solicitud de localización y de restitución del menor podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación y revocación previstas en los artículos 18 y 19".

[9] Opertti Badan, Didier, "Aspectos penales y civiles del tráfico de menores", en Reunión de expertos sobre tráfico de niños, *Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, 1994, págs. 17/23.

tado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores". "La República Argentina declara asimismo que, conforme a lo establecido en el artículo 26, no se podrá oponer en juicio civil en zonas sometidas a jurisdicción, excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por ese delito, pronunciada en otro Estado Parte".

El art. 23 tiene como fuente el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros[10] y se limita a establecer el "principio del reconocimiento", el cual quedará sujeto a las verificaciones y los controles tradicionales vigentes en las relaciones entre el Estado que ha dictado la sentencia y el Estado ante el cual se presenta el pedido de reconocimiento y/o ejecución.

Mayor atención merece el artículo 26 de esta Convención. Conforme a esta regla, el Estado declarante se compromete a seguir al Estado Parte que ha dictado la sentencia penal tanto en lo atinente a la existencia del delito, como en cuanto a la responsabilidad del delincuente. No constituye obstáculo para ello el hecho de que ambos Estados tengan jurisdicción concurrente para la persecución penal en virtud de las opciones previstas en el art. 9 del Convenio. Las verificaciones que efectuará el Estado requerido de reconocimiento quedan reservadas a su legislación interna. Lo fundamental es que se ha establecido la *obligación internacional de confiar y dar efectos al juzgamiento penal efectuado en otro Estado Parte en cuanto a la existencia del delito y a la responsabilidad del delincuente*. Es una regla de notables consecuencias pues, en general, no existe consenso sobre la posibilidad de reconocimiento de sentencias penales extranjeras, y

[10] Elaborada en la CIDIP II, Montevideo, 1979, aprobada por la República Argentina por ley 22.921. Vincula a la Argentina con Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Por su parte, en el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Decisión CMC 5/1992), que se halla en vigor entre la Argentina (ley 24.578), Brasil, Paraguay y Uruguay, se establece como regla: "Las normas (las disposiciones del Protocolo relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias) serán igualmente aplicables a las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (art. 16, segunda parte)".

los tratados que vinculan a la República Argentina con otros Estados no llegan a cooperación jurisdiccional tan estrecha en esta materia.

2. Orientaciones que pueden inferirse de la vigencia de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores

Podemos deducir los siguientes principios:

a) Aceptación de la competencia de foros concurrentes, no exclusivamente fundados en el principio de territorialidad o en el principio real o de defensa. Ninguno de los foros enunciados en el art. 9 de la Convención tiene carácter exclusivo, sino que tendrá preferencia el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del delito. Especialmente, interesa la posibilidad de promover la persecución penal tanto en el Estado de la residencia habitual que el menor tenía antes del hecho, como en el Estado donde el menor se halle actualmente. Estos criterios de jurisdicción internacional deberían considerarse aceptados en el derecho positivo argentino, incluso fuera de las relaciones entre Estados obligados por la Convención[11].

b) Admisión del reconocimiento de sentencias penales extranjeras, no solamente en cuanto a la condena por resarcimiento civil, sino en cuanto a la existencia del delito y a la responsabilidad penal del delincuente. No se establece la condición de reciprocidad sino una declaración unilateral del Estado al tiempo de la ratificación o adhesión a la Convención. Es decir, puesto que se trata de una voluntad unilateral del Estado que decide insertar en el propio ordenamiento la decisión de un juez penal extranjero a efectos de hacerle desplegar consecuencias, la República Argentina puede seguir este criterio con relación a sentencias penales provenientes de Estados ajenos a la Convención Interamericana sobre trá-

[11] En este orden de ideas, la conclusión también puede inferirse del art. 4 del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ley 25.763). Adviértase que el art. 4, incs. 1 y 2, se refiere a una "obligación" de todo Estado Parte. En cambio, el art. 4, inc. 2, concierne a una facultad de cada Estado, que podrá ampliar su jurisdicción penal a los casos contemplados.

fico internacional de menores. No hay razón para no hacerlo, incluso fuera de toda condición de reciprocidad. Acaso las organizaciones que trafican con niños ¿no ponen en riesgo a todo niño? Obviamente, no es posible imponer esa apertura a otros Estados fuera de un marco convencional, a fin de que concedan igual tratamiento a las decisiones penales de los jueces argentinos.

c) Cooperación no sólo con Estados Partes de la Convención Interamericana, sino con todo otro Estado, en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y el cuidado de los menores víctimas de delito (art. 4). En este sentido, la Autoridad Central designada para cumplir las funciones de cooperación conforme al art. 5 de la Convención debería cumplir funciones de comunicación, colaboración y coordinación entre autoridades judiciales o administrativas de la República Argentina y similares de los Estados extranjeros adonde sean llevados los niños víctimas de delito o de donde provengan los niños que se encuentren en territorio argentino y hayan sido víctimas en el país o en el exterior de un acto de tráfico. Esta comunicación y cooperación no necesita el compromiso de un tratado específico[12]. Puede tejerse una trama de colaboración entre las Autoridades Centrales relacionadas por las convenciones sobre aspectos civiles de la restitución internacional de menores, entre las Autoridades Centrales de convenciones de auxilio judicial internacional, o entre Autoridades Centrales y departamentos administrativos o judiciales que ejercen funciones con relación a los menores (el Ministerio Público en algunos países, la Oficina de la Niñez y la Juventud en otros, u organismos equivalentes).

[12] La conclusión de tratados en este sentido garantiza la obligación internacional de los Estados de prestarse mutuamente esta cooperación. El art. 10, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en pornografía, establece: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual. Los Estados Partes promoverán también la cooperación internacional y la coordinación entre sus autoridades y las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como las organizaciones internacionales".

d) Posibilidad de solicitar y de obtener la restitución internacional del menor víctima de un acto de tráfico no bien se constate con razonable verosimilitud el delito y la condición de menor-víctima, y antes de que se resuelvan las acciones civiles de anulación de una adopción o de revocación de una guarda (art. 20 y art. 1, inc. c, de la Convención), o se cuente con la sentencia penal de condena a los delincuentes.

3. Cooperación entre autoridades

La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores extiende al ámbito penal la cooperación jurisdiccional, de manera mucho más intensa que la que se implementa en un procedimiento de extradición.

Mi propósito es reflexionar sobre modos de perfeccionar esta cooperación, a fin de poder actuar en forma paralela en los ámbitos civil y penal, cuando se produce la disociación entre la autoridad competente para anular una adopción y la autoridad competente para perseguir y castigar el delito que vicia el origen del emplazamiento adoptivo.

Tras la reforma de la ley 24.779, el art. 337, inc. c, del Código Civil argentino dice: "Art. 337. Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código: 1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a: (...) c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres"[13]. Esta norma se aplica en jurisdicción argen-

[13] En los antecedentes parlamentarios, aparece una segunda frase que dice: "el juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor". La entonces senadora Graciela Fernández Meijide sostuvo: "...cuando hay un delito de este tipo es una cuestión de orden público. No es una cuestión subjetiva del interés superior. El delito hace que el interés superior del chico sea el interés público". Tras la discusión, se decidió que el interés superior no guardaba relación con las nulidades sino que afectaba todo el procedimiento de la adopción, y se decidió incorporar un inciso al art. 321 del Código Civil, a fin de que la directiva iluminara todo el procedimiento. Conf. *Antecedentes parlamentarios de la ley 24.779*, Cámara de Senadores de la Nación, sesión del 28 de noviembre de 1996, págs. 7403/7404.

tina cuando la adopción se haya otorgado en la República Argentina o cuando la ley aplicable a la nulidad sea la ley argentina. Ahora bien, ¿qué autoridad define y constata el delito que es causal de la nulidad?

Cuando tanto el juez que entiende en la acción de anulación como el juez que juzga sobre la comisión del delito y el carácter de niño-víctima dependen de una misma soberanía, existen caminos para desbaratar la maniobra y lograr el restablecimiento de la verdadera identidad del niño; si no fuera posible recomponer los lazos filiatorios de origen, corresponderá una colocación genuina en una nueva familia por adopción. El verdadero conflicto se presenta cuanto el niño se encuentra en extraña jurisdicción y ninguna restitución puede vislumbrarse a menos que se destruya el emplazamiento filiatorio ilegítimo.

Puede suceder que personas domiciliadas en el extranjero lleguen al país y, en forma directa o por intermediarios, tomen contacto con mujeres embarazadas en estado de desesperación, y paguen por recibir al niño después del alumbramiento. El niño será trasladado clandestinamente fuera del país y será dado en adopción en el Estado del domicilio de los sujetos. Otra figura es la del hombre extranjero que llega a la Argentina uno o dos días antes del nacimiento del niño, lo reconoce como propio en el acta del Registro Civil, acepta una autorización de salida del país que la madre otorga ante escribano público y, con aparente regularidad, traslada al niño a su Estado domiciliar en calidad de hijo extramatrimonial[14]. Una vez en su país de residen-

[14] Tal lo sucedido en la causa n° 13-4263 del Juzgado Nacional de Menores n° 56 de la Capital Federal por "suposición de estado civil y falsificación de instrumento público de identidad, presunta infracción de los arts. 139, 139 bis, 292 y 293 del Código Penal argentino". La jueza nacional procesó a los intermediarios y solicitó la extradición del señor T.D., ciudadano alemán residente habitual en España, que había llegado al país al tiempo del nacimiento de la niña, la había reconocido como hija en el acta de nacimiento y la había llevado a España contando con autorización otorgada por escritura pública. En forma infructuosa el juzgado solicitó la cooperación de autoridades judiciales y administrativas de España para lograr como medida de prueba la extracción de sangre y la realización de estudios de histocompatibilidad, a fin de demostrar la falsedad ideológica de la partida de nacimiento. El juzgado civil de Barcelona –que había colocado a la menor bajo la protección de la Dirección General de Atención a la Infancia– entendió que T.D. debía ser considerado padre de la niña hasta que no se declarase la nulidad de la partida o la nulidad del reconocimiento de hija por sentencia firme. Finalmente, en marzo de 1997, otorgó la guarda a T.D. y rechazó la solicitud de restitución de la jueza argentina.

cia habitual, su esposa solicita la adopción del hijo del cónyuge, perfeccionando la maniobra.

En ambos supuestos, la adopción que se otorga en el extranjero tiene un vicio esencial pues la adoptabilidad –en el primer supuesto– y el falso reconocimiento –en el segundo– tienen en su raíz un delito.

A fin de superar las consecuencias de la disociación entre ámbitos jurisdiccionales, se conocen distintos caminos:

- El primero consiste en implementar un "proceso interjurisdiccional" entre los jueces de ambas jurisdicciones comprometidas en el caso: el juez del lugar de comisión del delito, que se ocuparía de la investigación penal y el juez de la residencia actual del niño (normalmente el juez del lugar de otorgamiento de la adopción). Las decisiones fundamentales, a saber, la existencia del delito, la responsabilidad de los adoptantes en la maniobra delictual, el juicio sobre el mejor interés del niño en la anulación de la adopción y en su regreso al país de origen, deberían deliberarse y resolverse conjuntamente por ambos jueces. Ambos tribunales, en una única decisión, impondrían una única sentencia con efectividad en cada ordenamiento. Esta solución se inspira en instrumentos elaborados y puestos en práctica en los Estados Unidos de Norteamérica para la solución de hipótesis complejas relativas a menores en conflictos interestaduales[15]. Esta solución exige concertar conductas con otros Estados mediante la firma de un tratado y reformar la legislación interna.
- Otro camino consiste en instaurar un sistema específico –limitado, por ejemplo, a delitos que afecten a menores– de reconocimiento de sentencia extranjera en la República y de sentencia argentina en el extranjero, en materia penal, bajo condiciones

[15] La *Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act* (U.R.E.S.A.) de 1987, prevé una toma de decisión conjunta cuando uno es el juez que tiene competencia sobre la parte que recibe los alimentos y otro es el que tiene competencia sobre el deudor de la obligación. Ambos tribunales, en un único procedimiento, toman una única decisión conjunta con efectividad en cada ordenamiento local. La U.R.E.S.A. ha sido aprobada con algunas variantes en 50 Estados norteamericanos y fue incorporada a una nueva ley dictada en 1992, la *Uniform Interstate Family Support Act*. Ver *Uniform Laws Annotated*, vol. 9, part. IB, West Publishing Co., pág. 393.

simplificadas[16], de modo que el juez civil que entiende en el extranjero de la anulación de la adopción por vicio esencial en el origen otorgue plena confianza a la decisión del juez argentino que ha llevado adelante la persecución penal[17]. Exista o no en el país extranjero una norma similar al artículo 337, inciso c, del Código Civil argentino, el elevado número de países que se han obligado por la Convención sobre los Derechos del Niño –y por su Protocolo facultativo complementario relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía– revela que hay consenso internacional en combatir las organizaciones que intermedian en el tráfico de menores y que existe en los Estados la conciencia de que se trata de un flagelo que no se vence con acciones aisladas o individuales. Incluso sin exigir reciprocidad, la República Argentina podría reconocer o dar algunos efectos a sentencias penales extranjeras que prueben la comisión de delitos contra niños que se encuentren en la República Argentina. Para lograr que las sentencias penales argentinas reciban similar tratamiento, será necesario un acuerdo que contemple la cooperación en esta materia[18]. Si se crea una trama de

[16] Lo fundamental parece ser constatar la competencia del juez fundada sobre un foro que satisfaga la razonable proximidad con el caso, el respeto al derecho de defensa en el procedimiento penal de que se trate y la compatibilidad de la solución final con el orden público internacional del Estado requerido de reconocimiento.

[17] Este mecanismo guarda similitud –en tanto reconoce normas de derecho público extranjero o decisiones fundadas en esas normas emanadas de autoridades extranjeras– con la restitución de bienes exportados ilícitamente, conforme al art. 5 de la Convención de UNIDROIT sobre restitución internacional de bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995). El Estado requirente que solicita la restitución debe demostrar la violación de la legislación de su propio ordenamiento y debe acompañar la información de hecho y de derecho necesaria para demostrar su interés. Ante esa presentación, la autoridad competente del Estado requerido hace plena confianza en los intereses genuinos del Estado requirente y tiene la obligación internacional de restituir. Conf. CARDUCCI Guido, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, L.G.D.J., París, 1997, pág. 275 y ss.

[18] Dice el art. 6, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes se prestarán toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder".

confianza entre los jueces para combatir este flagelo, con comunicación fluida a través de Autoridades Centrales que legalicen la documentación, implementen las traducciones que fuesen necesarias y efectúen un seguimiento de las causas, canalizando los pedidos de producción de pruebas, puede lograrse que en breve tiempo se alcance la verosimilitud del derecho necesaria para el dictado de medidas cautelares que ordenen la restitución del niño a su familia de origen –o, al menos, a su país de origen–, mientras avanza el proceso penal para determinar la responsabilidad y el castigo a los culpables.

- Una tercera vía de cooperación sería la denominada "transferencia de competencias". La inspiración de esta solución proviene claramente de las modernas tendencias en materia de protección de menores en el área civil[19].

Con algunas variantes, aparece en las dos últimas convenciones elaboradas en el seno de la Conferencia de La Haya, a saber, la Convención sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores, del 19 de octubre de 1996 (artículos 8 y 9), y la Convención sobre protección internacional de adultos, del 2 de octubre de 1999 (artículo 8). El corazón de este procedimiento consiste en que una autoridad competente advierte que, en un caso particular y en interés del niño, es conveniente la intervención de otra autoridad de un Estado extranjero. En consecuencia, suspende el procedimiento y se dirige (directamente o por intermedio de una Autoridad Central) a esa otra autoridad, invitándola a asumir jurisdicción en el caso concreto. A tal fin le ofrece remitir toda la documentación, material probatorio, etcétera, de que dispusiese en el foro a efectos de tomar la

[19] Esta técnica tiene sus orígenes en la teoría del *forum non conveniens* propia de los países del *common law*. Cuando un tribunal competente según las normas de jurisdicción del foro advierte que su intervención es inapropiada –conforme a exigencias de buena administración de justicia o a criterios materiales predeterminados– y que existe un tribunal de otro Estado notablemente mejor ubicado para entender en la controversia con probabilidad de efectividad, entonces puede suspender el procedimiento y establecer un tiempo razonable para que la causa se presente ante ese otro tribunal.

decisión[20]. Se efectúa un intercambio de puntos de vista entre ambas autoridades y, con el acuerdo de ambas, el juzgamiento prosigue ante la segunda autoridad que aceptó ejercer la competencia. Este camino tiene la atracción de una mayor simplicidad. Lo ideal es implementar el procedimiento mediante tratado pero, aun sin contar con un instrumento internacional, podría concretarse por *comunicación de juez a juez,* mediante Autoridades Centrales que se ocupen de favorecer el auxilio judicial internacional. El primer juez no se desprende definitivamente del litigio, sino que sólo lo suspende hasta que esté en condiciones de reconocer la decisión del juez extranjero considerado más apropiado para resolver la especie con efectividad y justicia. Indudablemente, sería de gran ayuda una ley que habilitase expresamente la "transferencia de competencias", pero incluso podría implementarse una cooperación sencilla dentro de los poderes implícitos de que disponen los jueces en materia de cooperación jurisdiccional.

4. Conclusiones

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores significó un primer paso concreto para instaurar una cooperación jurisdiccional que constituya un instrumento idóneo para combatir el flagelo del tráfico de niños. Desde octubre de 2003, contamos con un nuevo instrumento internacional, 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, que –en un ámbito universal más extendido– nos llama a lograr objetivos en la protección internacional de los niños. Dice el primero de sus considerandos: "...que para asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación de sus disposiciones y especialmente de los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36, sería conveniente ampliar las medidas que deben adop-

[20] Esta facilidad puede concebirse en materia penal. Al respecto, el profesor Boggiano sostiene: "Hoy la cooperación judicial penal bien podría hacerse sin que el acusado necesariamente esté presente en el lugar del delito. El juez del lugar del acusado puede tomar todas las medidas necesarias para posibilitar al juez extranjero examinar al acusado sin que éste deba trasladarse. El proceso se internacionaliza sin que el acusado sea trasladado adonde no quiere ir". BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2000, pág. 917.

tar los Estados Partes a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía".

Los tres caminos de cooperación que he presentado: procesos interjurisdiccionales, reconocimiento simplificado de sentencias penales extranjeras y transferencia de competencias, todos ellos parecen reclamar una reforma legislativa. Sin embargo, en tanto se cuente con los instrumentos internacionales necesarios, deben desarrollarse las líneas de cooperación con sustento en los instrumentos conocidos y vigentes. Debemos conformar un área "globalizada" en donde la trama de mutua confianza y de solidaridad entre los jueces ayude a superar los conceptos de territorialismo y de soberanía que favorecen la impunidad de los delitos.

Nuestro tiempo está signado por la velocidad de las comunicaciones y la necesidad de la educación constante. Ambas notas deben ser explotadas a fin de favorecer la red de cooperación jurisdiccional en torno de valores que gozan de consenso general. Nuestro trabajo concreto debe volver operativas las siguientes normas programáticas que aparecen en el Protocolo facultativo tantas veces citado:

"Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo" (art. 8, párrafo 4).

"Los Estados Partes promoverán la sensibilización del público en general, incluidos los niños, mediante la información por todos los medios apropiados y la educación y adiestramiento, acerca de las medidas preventivas y los efectos perjudiciales de los delitos a que se refiere el presente Protocolo" (art. 9, párrafo 2, primera parte).

Todo ello, sin olvidar que los jueces argentinos cuentan con poderes implícitos para concertar medidas de cooperación con autoridades extranjeras en materias concernientes a los derechos fundamentales de los niños.

EL NOMBRE Y LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD
Cuestiones de Derecho Internacional Público y Privado

MARIO J. A. OYARZÁBAL(*)(**)

I. El Derecho humano al nombre y su protección internacional

El derecho al nombre se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales de derechos humanos, así como por derivación de otros derechos fundamentales como son el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, y a la reputación.

El reconocimiento del derecho del niño a un nombre desde que nace y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento ha sido recogido por la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959, artículo 3 (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 1386 (XIV) de 20/11/1959); el *Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de 1966, artículo 24.2 (aprobado por ley 23.313; B.O., 13/5/1986); la *Convención americana de derechos humanos* de 1969, artículo 18 (aprobada por ley 23.054; B.O., 27/3/1984); la *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en el plano nacional*

(*) Profesor adjunto ordinario de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa. Miembro del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul adjunto en Nueva York.

(**) El autor agradece muy especialmente la colaboración de los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani y Walter Birchmeyer en la obtención de bibliografía de inestimable valor para la concreción de este estudio.

e internacional de 1987, artículo 8 (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85 del 3/12/1986); y la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, artículos 7 y 8 (aprobada por ley 23.849; B.O., 22/10/1990). En general, tutelándoselo conjuntamente con la nacionalidad y las relaciones familiares, como elementos todos que determinan la identidad de una persona. Todas estas convenciones exigen que el nombre sea atribuido de conformidad con la legislación del país al cual se siente perteneciente el individuo.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha reconocido además el derecho del niño a "preservar" su identidad, incluido el nombre (art. 8). Innovación que adquiere especial importancia en los supuestos de adopción, en la medida en que el menor puede ver alterado un aspecto de su personalidad como consecuencia de un cambio en su situación jurídico-familiar[1]. Este derecho nuevo fue incorporado a instancias de la delegación argentina, que buscaba sensibilizar a los gobiernos para adoptar medidas que previnieran desapariciones de niños como las experimentadas por nuestro país durante la última dictadura militar[2]. No obstante, la regla de la estabilidad del nombre cede ante la legislación de un Estado Parte o el derecho internacional vigente cuando la modificación del nombre del menor derivada de la adopción conduzca a la mejor realización de los derechos del niño (art. 41).

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (aprobada por ley 23.179; BO, 3/6/1985) obliga a los Estados a reconocer a la mujer casada el mismo derecho que el hombre a elegir el apellido (art. 16, inc. g). Tanto el propio como el de los hijos. De ahí que, según una interpretación, no permitir a la mujer que transmita su apellido a su prole, y aun imponer a los hijos el apellido paterno en primer lugar como ocurre en nuestro país (art. 4, ley 18.248), constituiría una violación de la Convención que no puede justificarse por la existencia de una larga tradición histórica de atribución de apellidos según esta regla, ni se subsana por la posibilidad de que el hijo altere su orden una vez alcanzada la mayoría de edad. Sólo una legislación –se ha dicho– que

[1] LARA AGUADO, Ángeles, *ob. cit.*, págs. 49-52.

[2] CERDÁ, Sergio, "The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990, pág. 116.

permitiera a los progenitores optar por cualquiera o por ambos apellidos, así como por su orden, y que a falta de opción estableciera un criterio legal no discriminatorio contra la mujer, como el alfabético, sería compatible con los preceptos de la Convención[3].

Varios de los instrumentos internacionales citados han adquirido en nuestro país jerarquía constitucional como consecuencia de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Y cada norma que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativa en el sentido de que deroga en forma automática cualquier norma interna o convencional que se le oponga[4]. Al tiempo que excluyen la posibilidad de aplicar el derecho extranjero en el aspecto que tutelan. Podría caracterizárselas como normas de policía del derecho internacional privado argentino de fuente internacional, y aun constitucional en cuanto están contenidas en un tratado con tal jerarquía. El no cumplimiento por parte de las autoridades estatales de la obligación de respetar y garantizar el derecho humano al nombre puede habilitar, una vez agotados los recursos internos, instancias supranacionales de protección.

II. La cooperación internacional en cuestiones de estado civil relativas al nombre

En Europa, bajo la égida de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) se ha elaborado una serie de convenios internacionales que se refieren a aspectos de derecho internacional privado del nombre. Entre los que abordan cuestiones sustanciales se encuentran el *Convenio sobre cambio de nombre y apellido*, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958, y el *Convenio sobre ley aplicable al nombre y apellido de las personas*, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980. El Convenio de Munich se aplica a todas las personas físicas, con independencia de su nacionalidad o domicilio, y es de aplicación *erga omnes*. Es decir que la ley indicada como aplicable por el Convenio –que es la ley del Estado del cual la persona es nacional– se aplica incluso aunque se trate de la ley de un Estado no contratante.

[3] Lara Aguado, Ángeles, *ob. cit.*, págs. 54-57.

[4] Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. I, pág. 509.

Según el Convenio de Estambul, los Estados se comprometen a no conceder ningún cambio de nombre o apellido a nacionales de otros Estados. Las resoluciones dictadas en el Estado competente tienen fuerza ejecutoria plena en el territorio de los otros Estados contratantes, salvo que afecten a personas que son igualmente nacionales del Estado donde pretenden surtir efectos, en cuyo caso la eficacia del cambio de nombre puede subordinarse a condiciones especiales de publicidad o a un derecho a la oposición de terceros. Otros instrumentos se refieren a aspectos técnicos como el Convenio relativo a la indicación de los nombres y apellidos en las actas de estado civil, hecho en Berna el 13 de septiembre de 1973, y, con carácter complementario, el Convenio sobre resoluciones rectificativas de las actas de estado civil y del Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones de estado civil, firmado en París el 10 de septiembre de 1954. El 8 de septiembre de 1982 se firmó en La Haya el Convenio relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos, por el se crea un documento internacional llamado "certificado de diversidad de apellidos" que permite individualizar a las personas que, como consecuencia de las divergencias de las legislaciones nacionales aplicables, poseen más de un apellido. Este Convenio tiene carácter *inter partes.*

Aunque en general se trata de convenios de relativa importancia, atento el muy reducido número de países ratificantes, no por ello están desprovistos de todo interés. El Convenio de Munich es bastante innovador, en particular en cuanto establece una norma de conflicto autónoma para la determinación de nombres y apellidos que no dependen de la filiación, los efectos de la adopción o del matrimonio. Los convenios de Estambul y La Haya, aunque no logran progresar hacia la unificación de las normas de derecho material de los Estados miembros de la CIEC, evidencian la voluntad de organizar una coexistencia práctica de las legislaciones (armonización). El Convenio de Estambul se asemeja bastante a un tratado por el que se establecen normas uniformes de jurisdicción internacional[5].

[5] Ver MASSIP, Jacques; HONDIUS, Frits y NAST, Chantal, "Comisión Internacional de l'Etat Civil (CIEC)", versión francesa editada por la Secretaría General de la CIEC del estudio aparecido en enero de 1999 en inglés en la *Encyclopédie des Organisations Intergouvernementales* (Kluwer Law Internacional, The Hague-London-Boston), Strasbourg, marzo de 2000, págs. 23 y 26.

III. La competencia internacional de las autoridades argentinas

La inscripción del nombre de una persona en el Registro Civil argentino es generalmente consecuencia de la inscripción del nacimiento, en cuyo caso la competencia de las autoridades argentinas viene dada en primer lugar por el nacimiento del individuo en territorio nacional (art. 27, inc. 1, y art. 32, inc. 1, decreto ley 8.204/1963 de registro del estado civil y capacidad de las personas y sus modificatorias). Salvo que se trate de un argentino nacido en el exterior hijo de funcionario argentino (art. 91, ley 20.951 del Servicio Exterior de la Nación), argentino por opción menor de 18 años al momento de ejercer la opción (dec. 231/1995), o mayor de 18 años que otorga poder en favor de la Cancillería para que lo represente ante la Justicia federal (cap. XV, punto 2, párr. 3°, Normas de Aplicación del Reglamento Consular, resolución ministerial 154/1964), que debe ser inscripto con carácter previo en el Libro de Registro del Estado Civil de las Personas del Consulado argentino con competencia en el lugar del nacimiento de la persona; inscripción que se realiza transcribiendo textual e íntegramente el testimonio de nacimiento expedido por el Registro Civil del lugar (cap. XIV, punto 1, Normas de Aplicación, mod. por res. 1518/2002).

La competencia de los jueces argentinos para autorizar cambios de nombres por vía principal viene dada por el domicilio de la persona en jurisdicción argentina. Aunque no está claro si la norma de jurisdicción internacional resulta de la aplicación al caso del derecho argentino en virtud del artículo 6 del Código Civil (*forum causae*), o de la regla de reparto de la competencia interna del artículo 16 de la ley 18.248 de nombre de las personas (B.O., 24/6/1969). En este último caso, la jurisdicción argentina también se habilitará cuando el cambio, adición o supresión de un nombre o apellido se refiera a una inscripción de nacimiento argentina. Lo que a su vez conduce a admitir el foro de la nacionalidad argentina del interesado. Aquí la competencia de las autoridades argentinas concurrirá con la de las autoridades del país del domicilio extranjero del argentino. Pero si la persona está domiciliada en la Argentina, la jurisdicción de nuestros tribunales es exclusiva, sin que quepa reconocer decisiones extranjeras del país de la nacionalidad del individuo con fundamento en la bilateralización de la regla de competencia del artículo 16, ni ninguna otra que la invada. De ahí que, a mi juicio, los jueces argentinos

deberían abstenerse de asumir jurisdicción cuando la persona no está domiciliada en nuestro país, basada exclusivamente en la nacionalidad argentina del interesado o en el foro del registro, salvo cuando ese cambio de nombre sea admitido en el país del domicilio del individuo, con miras a evitar que la persona posea nombres diferentes en los dos países.

Si la modificación del nombre es consecuencia de un cambio en el estado civil de la persona, derivada de una adopción, reconocimiento, matrimonio o divorcio, adquisición de otra nacionalidad, cambio de sexo, etcétera, son competentes las autoridades judiciales o administrativas argentinas con competencia para autorizar la modificación del estado civil. Ya que es lógico que, siendo competentes para pronunciarse sobre los hechos jurídicos que afectan el nombre, lo sean también para autorizar los cambios de nombre que de ellos se derivan[6]. Sin embargo, la persona podrá solicitar también el cambio de nombre ante las autoridades argentinas si está domiciliada en el país.

Por último, resulta lógico que la competencia para rectificar errores u omisiones de partidas recaiga con carácter exclusivo en las autoridades del Estado al cual pertenece el registro civil correspondiente, no debiendo confundirse este supuesto con el cambio de nombre.

IV. El Derecho aplicable a la determinación del nombre

1. Distinción entre la cuestión de estado civil y el problema de derecho administrativo

Como atributo de la personalidad, el nombre se relaciona con la ley personal –nacional o domiciliaria– del interesado. Solución generalmente aceptada por la doctrina y las legislaciones comparadas. Pero, además, el nombre es una institución de policía que torna aplicable la ley del registro (*lex auctoritas*). Territorialidad que se justifica por razones puramente técnicas o de policía y seguridad, pero que también se utiliza para proyectar en el régimen del nombre una determinada concepción, o incluso ideología, imperante en el sistema del registro[7].

[6] LARA AGUADO, Ángeles, *ob. cit.*, págs. 127-130.

[7] GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros, *Derecho internacional privado – Parte Especial,* 6ª edición revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pág. 80.

Cuando la ley del domicilio es adoptada para regir el estatuto personal, como en el derecho internacional privado argentino (arts. 6 y 7, Cód. Civil; arts. 1, Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940), entonces la ley personal y la ley del registro generalmente coinciden al momento del nacimiento de la persona, ya que es común que el hijo nazca en el domicilio de los padres, que es por transitividad el del hijo (art. 90, inc. 6, Cód. Civil). Incluso es posible concebir una segunda ley del registro, argentina, cuando una persona nacida fuera del país obtiene la nacionalidad argentina por ser hijo de un funcionario argentino (ley 20.957 del Servicio Exterior de la Nación), por opción (art. 1, inc. 2, ley 346) o por naturalización (art. 2, ley 346)[8]. Pero si el nacimiento resulta de una presencia efímera de la madre en el país, el funcionario del Registro Civil debe aplicar al nombre del recién nacido el derecho extranjero de su domicilio, sin que la atribución de la nacionalidad argentina en virtud del *ius soli* altere tal estado de cosas[9].

La ley domiciliaria rige la formación y composición del nombre de una persona. Y decide quién puede elegir el nombre individual o de pila, así como el número de nombres permitidos y cuáles se encuentran prohibidos, incluido el derecho de imponer nombres extranjeros o sin traducción al idioma nacional. También indica cuáles nombres funcionan como propios y cuáles como apellido, lo que puede tener importancia cuando los diversos ordenamientos jurídicos involucrados difieren respecto de los apellidos transmisibles[10]. Finalmente indica los criterios conforme a los que se adquieren el o los apellidos,

[8] Ver OYARZÁBAL, Mario, *La nacionalidad argentina – Un estudio desde la perspectiva del derecho internacional público, del derecho internacional privado y del derecho interno argentino, con referencias al derecho de la integración,* La Ley, Buenos Aires, 2003, págs. 17-28.

[9] En cambio, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El nombre...", cit., págs. 144-145, piensa que la idea básica del artículo 1 de la ley 18.248 es someter el nombre de origen de los argentinos nativos a las leyes de la República; lo que ha sido puesto en duda por FERMÉ, Eduardo L., *ob. cit.*, pág. 30. El profesor de la Universidad de Rosario trae a colación dos antiguos fallos de la CSJN, 20/2/1948, *LL,* 50-137 y sigs., y de la CNCiv., sala C, 8/11/1956, *JA,* 85-461/462, dictados con anterioridad a la sanción de la ley 18.248, en los que se privilegia la conexión nacionalidad declarando que las disposiciones sobre nombre se dirigen a personas argentinas.

[10] LARA AGUADO, Ángeles, *ob. cit.*, pág. 220.

tanto de los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, así como el orden de los mismos[11].

Ahora bien, aunque la formación del acto a inscribir se rige por la ley del domicilio, la trascripción del nombre en el Registro Civil argentino está sometida a las normas registrales argentinas. Especialmente en cuanto a la utilización de caracteres latinos y admitidos en el alfabeto español. Pero ello no implica que los nombres adquiridos según la ley extranjera del domicilio deban castellanizarse al momento de su inscripción en el Registro argentino, ya que el artículo 3, inciso 2, de la ley 18.248 que prohíbe inscribir nombres extranjeros, es sólo de orden público interno, no internacional[12]. El espíritu del artículo 7 de la ley 18.248 es precisamente permitir los nombres atribuidos bajo una legislación extranjera, tengan o no traducción en el idioma nacional. Sólo se impone, de ser el caso, el reemplazo de los caracteres árabes, chinos, rusos, etcétera, por otros latinos, pero respetando la fonética del Estado de procedencia (transliteración)[13]. La traducción del nombre, en cuanto impone una grafía que lo deforma, constituye un *derecho* del naturalizado a tenor del artículo 7 citado. Derecho que se extiende a los argentinos nacidos en el exterior, y aun a quienes, conservando su nacionalidad original, establecen su domicilio en el país. Para ello, las autoridades argentinas pueden valerse de los documentos que los propios interesados les aportan, incluido su pasaporte extranjero, ya que es común que los nombres cuya grafía es distinta de la latina vengan acompañados de una transliteración al idioma inglés o francés. En su defecto, cabría recurrir al empleo de un traductor, y aun a la declaración del propio interesado. Pero si el nombre consta en caracteres latinos, se inscribe textualmente como surge de la partida de nacimiento extranjera o del documento que la

[11] Ver en general, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Personas físicas", con la colaboración de BERTOSI, Carlos, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur – Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay,* Buenos Aires, Zavalía, 2003, págs. 514-515.

[12] En contra, BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, t. I, págs. 642-643, para quien se trataría de una norma de policía del derecho internacional privado argentino.

[13] Ver LEGÓN, Fernando, "La función fonética del nombre en la inscripción de nacimientos: (inobligatoriedad de significados y de traducción). (Nota a fallo de la CNCiv. 2ª de la Capital de abril 1° de 1935 en causa 'Drysdale, Richtie, Murray')", *JA*, 50-140/145.

sustituye, salvo que el propio interesado solicite cambiarlo. La castellanización compulsiva de los nombres extranjeros atenta contra el derecho del individuo a su identificación individual y familiar conforme a la ley domiciliaria y a la estabilidad deseable del nombre en el tiempo y en el espacio. Por lo demás, ése es el derecho actual como es aplicado por los jueces federales cuando deciden numerosos casos de adquisición de la nacionalidad argentina por opción y por naturalización. Así lo ha dispuesto también el capítulo XIV, párrafo 4°, de las Normas de Aplicación del Reglamento Consular, modificado por resolución ministerial 1518/2002 de la Cancillería, que agrega que en los casos de alfabetos en los que se deba acudir a la traducción fonética de los apellidos, se tendrá en cuenta, de existir distintas variantes –fundamentalmente en la protocolización de partidas de nacimiento–, la forma en que los apellidos paterno y materno fueron traducidos en la documentación original argentina de los padres, con el fin de evitar alteraciones o diferencias en la forma de escribirlos que luego puedan producir inconvenientes a los menores.

2. Cambio de nombre

Si bien es cierto que la adquisición originaria del nombre se rige por la ley personal del interesado, no está tan claro qué derecho se aplica a los cambios de nombre que derivan de una modificación de su estado civil, como el matrimonio o su disolución, la adopción, el reconocimiento, el cambio de nacionalidad y el cambio de sexo. En efecto, la doctrina predominante hasta la década del 70 y aun autorizadísimos autores contemporáneos[14] han considerado que, a falta de una norma específica para la determinación del nombre, los efectos que tales hechos jurídicos conllevan sobre el nombre están mejor regidos por el derecho aplicable a la institución de que se trate. Ésta ha sido también la posición de Werner Goldschmidt cuando enseñaba que en el derecho internacional privado argentino "el apellido de un individuo, si es hijo extramatrimonial, es el que el derecho del domicilio conyugal en el momento de su nacimiento indica. Si es

[14] Entre otros: MAYER, Pierre, *Droit international Privé,* 6e édition, Montchrestien, Paris, 1998, págs. 332, 366 y 402; y PÉREZ VERA, Elisa y otros, *Derecho internacional privado,* Madrid, Colex, 1998, vol. II, pág. 24, para el nombre de la mujer casada.

extramatrimonial, hay que aplicar el derecho domiciliario de quien lo reconoció primero. *El derecho que rige la legitimación y la adopción resuelve el problema del cambio del apellido de la persona legitimada o adoptada. Si se trata de una mujer casada, hay que recurrir al derecho que rige los efectos personales del matrimonio.* La imposición del nombre de pila se rige por el derecho que rige la patria potestad"[15] (la bastardilla es nuestra).

Giesker-Zeller, que es el autor de un cuidadoso análisis sobre el tema, parte de la misma premisa para llegar a la solución opuesta. Luego de reseñar extensamente las diversas situaciones en las que el nombre de una persona puede verse afectado por el matrimonio, el divorcio o la filiación, denuncia "la extraordinaria multiplicidad de esta solución", "la extrema ocultación de las normas materiales en los diferentes pliegos de toda la estructura del derecho internacional privado" y las "contradicciones latentes en tan caótica situación". Propone, consiguientemente, una "solución autónoma", de acuerdo con la cual "la cuestión acerca de cuál nombre una persona está autorizada a llevar *in concreto,* debería ser dejada a su ley personal, porque el aspecto sumamente personal del derecho al nombre y a los apellidos es completamente evidente y exige estabilidad"[16].

Es que la aplicación sin diferenciaciones de la ley personal al nombre parece lo correcto, ya que favorece la previsibilidad del derecho aplicable y simplifica sustancialmente el panorama normativo. Lo que explica que esta solución haya venido ganando adeptos en los últimos años, lo que a su turno se ha reflejado en las modificaciones legislativas más recientes con algunas excepciones[17]. En la Argentina, esta interpretación es respaldada por Boggiano[18], Ciuro Caldani[19],

[15] GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado,* 8ª edición revisada, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 217.

[16] GIESKER-ZELLER, Heinrich, *ob. cit.*, págs. 169-202.

[17] V. gr., Alemania (art. 10, *EGBGB*), Austria (art. 13, Ley Federal sobre derecho internacional privado del 15 de junio de 1978), España (art. 219, Reglamento del Registro Civil del 14 de noviembre de 1958), y Suiza (art. 37.1, Ley Federal sobre derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1987). En cambio, la nueva ley italiana de derecho internacional privado somete los derechos derivados de una relación de familia a la ley aplicable a cada relación (art. 24, n. 1, L. 31 maggio 1995, n. 218).

[18] BOGGIANO, Antonio, *ob. cit.*, pág. 642.

[19] CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Reflexiones...", cit., págs. 45-49.

Fermé[20] y Fernández Arroyo[21] entre otros, y tuvo el consenso de los profesores titulares de cátedra de las universidades nacionales de todo el país que participaron en la elaboración del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elevado al ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003 (art. 49, párr. 3). Además, el legislador argentino ha optado por regular el nombre como categoría jurídica autónoma al sancionar la ley 18.248 de nombre de las personas naturales, con independencia de las instituciones jurídico-familiares de las que deriva, con lo que ha acentuado una de las funciones que cumple el nombre, que es la identificación de su titular en relación con los demás, por sobre su función indicativa del grupo familiar al que pertenece. No obstante, quizás habría sido conveniente que la Comisión elaboradora del proyecto especificara que "tanto el cambio voluntario como el derivado de una modificación del estado civil" se rigen por el derecho del domicilio al tiempo del cambio, para evitar una interpretación contraria de la jurisprudencia.

El cambio de nombre originado en una modificación del estado civil puede plantear como cuestión previa la validez del matrimonio o de su disolución, de la adopción o del reconocimiento, de la adquisición de la nacionalidad o del cambio de sexo, las que deberán determinarse por el derecho aplicable al hecho jurídico respectivo según el derecho internacional privado del tribunal argentino. No obstante, cabría reconocer efectos sobre el nombre al matrimonio, a la adopción, etcétera, conforme al derecho internacional privado del domicilio de la persona, aunque sean nulos según el derecho internacional privado argentino. Se trata de aplicar excepcionalmente a la cuestión previa el derecho internacional privado de la ley extranjera reguladora de la cuestión principal, en el interés superior de la persona. Mas, juzgados válidos el matrimonio o la adopción, la posibilidad de que la mujer utilice el apellido de casada o que el hijo reciba el apellido de los padres adoptivos se rige por la ley del domicilio, aun cuando el derecho aplicable al matrimonio o a la adopción no prevea ese efecto sobre el nombre del *propositus*.

El cambio voluntario de nombre se rige también por el derecho del domicilio del interesado al tiempo de su modificación. Incluido

[20] FERMÉ, Eduardo L., *ob. cit.*, pág. 29.
[21] FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *ob. cit.*, págs. 523-524.

cuándo procede y los cambios factibles. Así, el hijo domiciliado en el extranjero al tiempo de la adopción que muda su domicilio a la República podrá solicitar la adición del apellido de origen desde los 18 años (art. 12, ley 18.248). O pedir la adaptación grafica y fonética al castellano de sus apellidos de difícil pronunciación (art. 7, ley 18.248)[22]. O la supresión de algunos de sus nombres de pila debido a las dificultades que le ocasiona en su vida nueva de relación[23]. O aun solicitar la modificación del orden de los apellidos o agregar o suprimir un apellido para restablecer la unidad de apellidos entre los hermanos de una familia. Esta última causa no ha sido considerada, hasta donde sé, por la jurisprudencia ni por la doctrina. Pero debería admitirse para evitar los riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados. Nos preguntamos si con igual fundamento resulta factible la inscripción original de un apellido en un orden distinto del prescripto por los artículos 4 y 5 de la ley 18.248, para que el recién nacido se llame igual que sus hermanos mayores cuyos apellidos fueron atribuidos bajo una legislación extranjera, pero que están suficientemente identificados con ellos para que su cambio les signifique una alteración psicológica. Estas cuestiones deben resolverse con un criterio flexible cuando la causa alegada reviste gravedad suficiente.

3. Reenvío

Habría que admitir el reenvío cuando el derecho internacional privado del país del domicilio designe como aplicable al nombre el derecho de la nacionalidad, de la residencia habitual o del lugar de nacimiento del individuo, con el fin de armonizar internacionalmente las decisiones. Si la ley domiciliaria del titular ha previsto una disgregación del derecho aplicable al nombre, v. gr. sometiendo el nombre de la mujer casada al derecho que rige el matrimonio o sus efectos, el nombre del hijo adoptivo al derecho del domicilio del adoptante o la

[22] CNCiv. 1ª, caso "Cabre, Nicolasa s/información sumaria", 18/7/1996.

[23] CNCiv., sala A, *JA*, 1952-II-516, en el que hizo lugar al pedido de suprimir los tres últimos nombres de cinco atribuidos en el país extranjero de origen. El padre adujo que en España era corriente la imposición de varios nombres pero no era obligatorio el uso de todos; mas en la Argentina, su hijo iba a encontrar serias dificultades por la necesidad de asentar en los actos jurídicos que realizara todos los nombres, so pena de tener que convalidarlos luego si omitiese alguno de ellos.

ley que favorece la adopción, etcétera, será preciso respetarla. Ya que también la "calificación" del nombre como institución jurídica autónoma o como un efecto de la institución jurídico-familiar causal es una cuestión sometida al imperio de la *lex causae*. Pero si la *lex causae* no ha previsto tal disgregación y la jurisprudencia no muestra una tendencia inequívoca en uno u otro sentido, sería admisible una calificación orientada a un resultado que permita alcanzar la justicia en el caso concreto[24].

4. Orden público

En éste, como en otros ámbitos, la utilización del orden público tiene carácter restrictivo. Limitado a aquellos casos en que la ley extranjera aplicable no permite una acabada identificación del individuo (v.gr., si se compone sólo del nombre familiar, sin un prenombre); o autoriza a cambiar de nombre o de apellido sin causa grave que lo justifique; o atenta contra el principio de igualdad (v.gr., si discrimina entre los apellidos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, estando determinada la filiación paterna y materna; o no da a la mujer casada la opción de seguir llevando exclusivamente su apellido de soltera, lo que se opone al art. 16, inc. g, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y al principio subyacente tras el artículo 8 de la ley 12.248, texto según ley 23.515).

En cambio, no es violatoria del orden público argentino la decisión tomada al amparo de la ley extranjera aplicable de atribuir al hijo como segundo nombre el apellido de soltera de la madre, como es habitual en los países anglosajones; o de invertir el apellido de los progenitores, como ocurre en Brasil; o aun de llevar exclusivamente el apellido de la madre, aunque el hijo haya sido concebido dentro del matrimonio, si constituye la voluntad de ambos padres. Tampoco la ley extranjera que no le da a la mujer casada el derecho de usar el apellido del marido, o que permite a la viuda seguir llevando el apellido de su anterior cónyuge después de haber contraído nuevas nupcias. Ni la que permite más de tres nombres de pila, o primeros

[24] Ver HENRICH, Dieter, "Der Ehename von Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit", *StAZ*, 1982, pág. 205.

nombres idénticos a los de los hermanos vivos si tienen otros nombres que los distinguen.

Aun cuando las leyes extranjeras que habilitan el matrimonio entre homosexuales puedan, en el estado actual del derecho positivo, no ser aplicadas en la Argentina para hacer lugar al pedido de inscripción de la unión en el Registro Civil argentino, la adición del apellido del otro cónyuge o su reemplazo por aquél adoptados de conformidad con el derecho domiciliario, no vulneran los principios del orden público argentino. La modificación del nombre por cambio de sexo es más controversial[25]. Aunque el punto de partida para la determinación del derecho aplicable constituye siempre la ley personal del interesado, no vemos factible en el corto plazo que las autoridades judiciales o administrativas argentinas apliquen leyes extranjeras que permitan el cambio de nombre por cambio de sexo para hacer lugar a un pedido de modificación de la partida de nacimiento argentina.

5. La lex fori *como refugio*

Cuando no es posible identificar a una persona según la ley del domicilio, deben aplicarse las normas materiales del registro.

Si se ignora la filiación del hijo, el artículo 6 de la ley 18.248 impone al oficial del Registro del estado civil el deber de atribuir al denunciado "un apellido común". Lo que está conforme con el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que las leyes nacionales reglamentarán la forma de asegurar el derecho a un nombre propio y apellido para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario. La aplicación de las normas materiales argentinas se funda, en este caso, en una presunción de nacimiento *in loco* en favor del niño encontrado en territorio argentino.

6. Conflicto móvil

Si la persona muda su domicilio a otro país, la ley del nuevo domicilio se aplica al nombre (conflicto móvil), lo que no implica que el

[25] Ver VAN ITERSON, Dorothée, "Aspects internationaux des questions liées au transsexualisme", en *Transsexualisme, médecine et droit,* Actes du XXIIIE Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam (Pays-Bas) 14-16 avril 1993, Conseil de l'Europe, págs. 197-198.

mero cambio de domicilio altere el nombre adquirido conforme a la legislación anterior, ya que ello atentaría contra el principio de la estabilidad del nombre[26]. Antes bien, el nombre se modificará sólo si el derecho del nuevo domicilio así lo exige o lo permite. Generalmente para adaptarlo a la gráfica y fonética del idioma local. Pero los efectos sobre el nombre de hechos jurídicos sobrevenidos con posterioridad al cambio de domicilio se regirán por esta última legislación.

V. El Derecho aplicable al sobrenombre, al seudónimo y a otros accesorios del nombre

El sobrenombre o apodo como factor de identificación de una persona que produce efectos jurídicos queda sometido también a la ley del domicilio. Aunque estaría mejor regido por la ley de la residencia habitual del sujeto dado su carácter esencialmente familiar y que no sale del círculo de sus íntimos.

El seudónimo requiere consideraciones especiales. El seudónimo desempeña la función de un verdadero nombre con relación a las actividades que su portador ha deseado identificar con esta denominación. Por ello, debe gozar de la tutela que le concede la ley personal. Algunos autores propugnan la aplicación de la ley del registro de la obra literaria o artística[27]. Pero, aunque el seudónimo resulte de la actividad en un determinado medio, a diferencia del nombre comercial, el derecho que confiere es más un derecho de la personalidad que un valor comercial, lo que justifica conservar la competencia de la ley del domicilio[28].

En cuanto a los títulos nobiliarios, se discute si constituyen un accesorio del nombre y por consiguiente quedan sometidos a la ley personal. Como se adquieren por concesión de una autoridad pública, su existencia y régimen jurídico se rigen por la ley del Estado que los otorgó. Pero sus efectos extraterritoriales se rigen por la ley del país

[26] Cf. FERID, Murad, *Internationales Privatrecht. Das neue Recht. Ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung,* Frankfurt-am-Main, 1986, pág. 173; KROPHOLLER, Jan, *Internacionales Privatrecht,* 3ª edición, Tubinga, 1997, pág. 299.

[27] PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge A., *Derecho internacional privado – Parte especial,* México, Oxford University Press, 2000, pág. 52.

[28] BATTIFOL, Henri, *Droit international privé,* 5e édition avec le concours de Paul Lagarde, L.G.D.J., Paris, 1971, t. II, págs. 27-28.

donde se pretenden ostentar[29]. La Nación argentina no admite títulos de nobleza (art. 16, CN). Por lo que no pueden inscribirse en el Registro Civil argentino títulos nobiliarios extranjeros, salvo cuando bajo la ley del domicilio de la persona constituya una parte integrante de su apellido, en cuyo carácter sí se lo puede transcribir, adaptándolo a la grafica y fonética castellanas de ser necesario. Tampoco nos merece objeción la mención de títulos extranjeros en actos o documentos otorgados o destinados a surtir efectos en la República, cuando su uso está autorizado por la ley del domicilio extranjero actual de la persona. En cambio, no pueden usarlo las personas domiciliadas en nuestro país, sin que su mención en un acto jurídico baste por sí solo para restarle validez al acto, si permitiera la debida identificación del individuo así aludido. Ni cabe hacer lugar a la solicitud de inscripción de un título nobiliario otorgado por un Estado extranjero a un ciudadano argentino en el Registro de Condecoraciones y Honores que lleva la Cancillería (ley 23.732 de autorización a los ciudadanos argentinos de recibir condecoraciones y honores de otros Estados), lo que nos resulta inconstitucional.

VI. El reconocimiento de las decisiones extranjeras relativas al nombre de las personas

Debemos distinguir según que se trate de una inscripción *ex novo* o que el nombre ya se encuentre inscripto en un Registro Civil argentino. En el primer caso, puede tratarse de la inscripción del nombre de un argentino nacido en el exterior, de la inscripción del nombre de un naturalizado, o de la inscripción del nombre de un extranjero con motivo de haberle sido concedida la residencia temporaria o permanente en la República o alguna otra causa, como su matrimonio en el país o el nacimiento de un hijo argentino.

La inscripción del nombre de un argentino nacido en el extranjero se realiza copiándolo tal como figura en la partida de nacimiento extranjera en el Libro de Registro del Estado Civil de las Personas del Consulado. La autoridad consular argentina no debe investigar cuál es el derecho aplicado por la autoridad extranjera, ya que se trata de

[29] Ver PECOURT GARCÍA, Enrique, *Derecho internacional privado español – Jurisprudencia sistematizada y comentada,* Pamplona, EUNSA, 1976, págs. 50-54.

un supuesto de reconocimiento y no de aplicación de la ley personal. Debiendo limitarse a verificar que el nombre atribuido no sea infractorio del orden público argentino.

En cuanto a la inscripción por primera vez del nombre de un extranjero, bastará con que el interesado presente ante la autoridad judicial o administrativa argentina una prueba fehaciente de su identidad por medio de un documento auténtico (certificado de nacimiento, pasaporte, etc.) donde conste su nombre. Naturalmente, el certificado de nacimiento debe presentarse debidamente legalizado y traducido.

En cambio, si el nombre de una persona ya está inscripto en un Registro Civil argentino, pero ha obtenido un cambio de nombre en virtud de una decisión extranjera, sea por vía principal o como consecuencia de una modificación de su estado civil, deberá realizarse una modificación de las partidas argentinas correspondientes, verificada que esté la competencia internacional de la autoridad extranjera que lo dictó, sin que sea necesario promover el incidente de exequátur.

El principio de inmutabilidad del nombre de la legislación argentina debe ser interpretado elásticamente, de modo que no conduzca al rechazo automático de una decisión extranjera que autorice un cambio de nombre por causas allende las reputadas "graves" por la jurisprudencia argentina[30]. Aun los cambios originados en causas que los tribunales argentinos han rechazado en casos internos deben ser analizados teniendo en cuenta la internacionalidad del caso. Por ejemplo, la mera dificultad de pronunciar nombres o apellidos extranjeros no es considerada en general motivo bastante para cambiar el nombre en la Argentina. Pero si un argentino domiciliado en Nueva York hubiera solicitado y obtenido el cambio de su nombre "Alejandro" por el de "Alexander" o "Alex" debido a que resulta impronunciable para las personas de habla inglesa, debería poder obtener posteriormente la modificación de las partidas argentinas para adaptarlas a su actual nombre. También en el supuesto de cambio fundado en el uso prolongado de un nombre sin derecho a usarlo. Aunque cabría someterlo a los requisitos de publicidad que establece el artículo 17 de la

[30] Para una reseña de esa jurisprudencia, ver LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil – Parte general,* 18ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, t. I, págs. 296-299.

ley 18.248 para ahorrar perjuicios a terceros. El límite del principio de inmutabilidad en casos internacionales podría hallarse en la no habitualidad del individuo en la solicitud y obtención de cambios de nombre[31].

Reiteramos que las decisiones extranjeras relativas al nombre de una persona no precisan de exequátur para su reconocimiento en Argentina, salvo que deban dar lugar a actos de coerción sobre las personas, v. gr., una sentencia de separación personal o divorcio vincular que prohíba a la mujer separada o divorciada el uso del apellido de su anterior marido en el curso de sus actividades en el país.

VII. La protección jurídica del nombre

El uso indebido del nombre de otro puede ser constitutivo de los delitos tipificados en el capítulo X de la ley 17.671, incorporado por la ley 20.974, con las modificaciones introducidas por las leyes 22.435, 22.863, 24.569 y 24.755; además de los delitos de supresión y suposición del estado civil (arts. 138 y 139, Cód. Penal), defraudación mediante nombre supuesto (art. 172, Cód. Penal), prestación del nombre para el ejercicio ilegal de la medicina (art. 208, inc. 3, Cód. Penal), y adulteración de documento de identidad (art. 292, párr. 2°, y art. 293, párr. 2°, Cód. Penal). Incluso podría configurar otras figuras delictivas como la deshonra (art. 110, Cód. Penal), inserción de datos falsos en un archivo de datos personales (art. 117 bis, inc. 1, Cód. Penal), adulteración de instrumento público o privado (art. 292, Cód. Penal), y falsedad ideológica y material de documento adulterado (arts. 293 y 296 respectivamente, Cód. Penal). Los delitos cometidos o sus efectos deben producirse en lugares sometidos a la jurisdicción argentina, o haber sido cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, para que se aplique la ley penal argentina (art. 1, Cód. Penal). Si ésta no es aplicable, no hay jurisdicción internacional de los tribunales argentinos.

[31] CApel. Mercedes, 21/7/1961, *JA*, 1961-IV-55, hizo lugar al reconocimiento de la sentencia de un juez extranjero que dispuso el cambio de apellido del peticionante, nacido en esta jurisdicción pero con domicilio en aquél, por no ser ello incompatible con nuestra legislación ni vulnerar nuestro orden público. No obstante, la Cámara erró al exigir el exequátur.

Ahora bien, aunque el concepto de comisión del delito cae bajo el ámbito de la ley argentina, la titularidad del nombre usado por el imputado debe resolverse conforme a su ley domiciliaria, al igual que la responsabilidad civil derivada del delito aunque las acciones penal y civil se ejerciten conjuntamente.

Cuando el hecho dañoso no sea constitutivo de delito, existe autoridad para someter las consecuencias de la violación del derecho al nombre a la ley del país donde se produjo la violación de la obligación legal, con fundamento en el artículo 8 del Código Civil. Pero este criterio conduce a dejar al titular del nombre desprovisto de toda protección si resulta aplicable el derecho de un país, como Inglaterra, que considera las infracciones del derecho al nombre solamente desde el punto de vista del delito penal, cuando su uso no autorizado injurie el negocio del padre, la profesión, propiedad o reputación[32]. Con lo que quedaría casi sin sentido la determinación del nombre realizada según la ley personal[33].

Por eso, lo justo es aplicar la ley del domicilio, que se funda en el artículo 43, última parte, del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, cuando la violación del derecho al nombre se presenta en el marco de otra relación jurídica preexistente entre las partes, como cuando un hijo extramatrimonial usa el apellido de su padre o una divorciada se presenta con el apellido de su anterior marido. Es que el acto ilícito se conecta más esencialmente con el derecho aplicable a la transmisión del nombre que con la *lex loci actus* o incluso la ley aplicable a los efectos de la filiación, el matrimonio o el divorcio, cuya validez o nulidad sí pueden constituir una cuestión previa de derecho internacional privado.

Pero si no preexiste una relación jurídica entre las partes, por ejemplo si se utiliza el nombre de una persona famosa para designar un producto industrial, habría que estar al lugar donde se manifiestan las consecuencias lesivas, que generalmente coincide con la residencia habitual o el centro de los negocios de la víctima (art. 43, Tratado de 1940, y 38, de su homónimo de 1889).

[32] "Dockrell v. Douglas" (1899), 80 L. T. 556; "Walter v. Ashton" (1902), 2 Ch. 282, 293; citados por WOLFF, Martin, *Derecho internacional privado,* traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 277.

[33] LARA AGUADO, Ángeles, *ob. cit.*, págs. 230-231.

El derecho aplicable según las normas de conflicto argentinas rige tanto la identificación de los actos que configuran la especie (desconocimiento o negación del derecho de llevar el nombre, usurpación o uso ilegítimo del nombre de otro, usufructo comercial del nombre, etc.), como los presupuestos o extremos legales que causan el ilícito civil (perjuicio patrimonial o moral).

VIII. El nombre en el Derecho comunitario

En el ámbito comunitario, el nombre se vincula primariamente con el derecho a la residencia y el derecho al trabajo para los nacionales de los Estados miembros, que reconocen los Acuerdos firmados en Brasilia del 6 de diciembre de 2002 sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos y residencia para nacionales del Mercosur, Bolivia y Chile. Se afirma que las normas de los Estados miembros no deben imponer alteraciones del nombre adquirido conforme a la legislación de otro Estado miembro, cuando ello causa un riesgo de confusión de identidades que perjudica la actividad profesional del individuo vulnerando las libertades comunitarias. Ésta ha sido la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso "Konstantinidis v. Stadt Altensteig s/cuestión prejudicial"[34]. En otro caso decidido recientemente, "Carlos García Avello v. État Belge s/cuestión prejudicial"[35], el Tribunal consideró que los artículos 12 y 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que respectivamente prohíben toda discriminación en razón de la nacionalidad y crean una ciudadanía de la Unión, se oponen a que la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de un cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del derecho y de la tradición del segundo Estado miembro. Este caso no carece de todo

[34] Caso c-168/91, sent. del 30/3/1993, con comentarios de STREINZ, Rudolf, "Zum Urteil des EuGH vom 30.3.1993 (Cristos Konstantinidis)", *StAZ*, 1993, págs. 243-249; y PINTENS, Walter, "Der Fall Konstantinidis. Das Namensrecht als Beispiel für die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Privatrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1995, págs. 89-104.

[35] Caso c-148/02, sent. del 2/10/2003.

interés en nuestro medio, pese a que los Estados del Mercosur privilegian la conexión domiciliaria para regir el nombre, cuando las leyes de cada una de las nacionalidades del individuo son aplicadas como ley del registro.

IX. La incidencia de la autonomía de la voluntad sobre el nombre

Una cuestión interesante es si el nombre puede sufrir la incidencia del principio de autonomía; si los esposos no podrían, dentro de ciertos límites, elegir la ley que rija su nombre o el de los hijos; o si adoptante y adoptado no podrían elegir la ley aplicable a los efectos de la adopción por sobre la del domicilio del adoptado indicada por la norma de conflicto del foro, para permitirle al hijo llevar el apellido de su padre adoptivo, lo que la ley del domicilio le niega.

Las modificaciones legislativas recientes que han introducido un grado importante de autonomía en la elección del derecho aplicable al nombre persiguen objetivos ligados al derecho interno (Alemania) o a la protección de sus nacionales (Suiza)[36]. La Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EGBGB) autoriza a los esposos a elegir su nombre o el de los hijos legítimos según la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges, o la ley alemana si uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en Alemania (art. 10 (2) y (3)). Mientras que la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, permite al interesado reemplazar la ley del domicilio normalmente aplicable, por la de su nacionalidad efectiva (art. 37.2).

Otra opción consiste en reconocer validez al nombre si lo es conforme a alguno de los ordenamientos admitidos en la norma de conflicto. Con lo que se permite al individuo elegir, no ya la ley aplicable al nombre (*Rechtswahl*), sino el nombre mismo (*Namenswahl*). Aunque la elección del nombre no podría hacerse sin referencia a una ley.

Una elección limitada a los derechos más esencialmente conectados parece introducir mayor seguridad y una simplicidad real frente a las dudas de la jurisprudencia, tanto en la determinación del nombre por filiación paterna o materna en el nacimiento, como entre la conexión autónoma o dependiente de instituciones que lo influencian (matrimonio, divorcio, adopción, etc.), y entre las diferen-

[36] CARLIER, Jean-Yves, *Autonomie de la Volonté et statut personnel – Etude prospective de droit international privé,* Bruylant, Bruxelles, 1992, pág. 309.

tes combinaciones distributivas o acumulativas de las leyes del domicilio y de la nacionalidad[37].

No veo ninguna razón a priori por la que el principio de la autonomía de la voluntad deba ser excluido en el derecho internacional privado argentino. Antes bien, favorece el principio de unidad de nombre en el espacio, sin menoscabar el de inmutabilidad por lo demás muy relativizado luego de la sanción de la ley 18.248. En la atribución del nombre de origen, la opción debería darse entre la ley de la residencia habitual de los padres y la de la nacionalidad de cualquiera de los padres. Para los acontecimientos posteriores, podría agregarse como conexión alternativa la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio, del reconocimiento o de la adopción. En defecto de elección, habría que prever una opción legal por la ley de la residencia habitual de la persona. La elección del nombre debería realizarse al momento de la inscripción del nacimiento o del reconocimiento del hijo, de la adopción o de la celebración del matrimonio respectivamente, con miras a favorecer la estabilidad deseable del nombre en el tiempo.

Naturalmente, ésta es una posición doctrinaria, que espero que una futura reforma legislativa recoja. Mientras tanto, la regla de los artículos 6 y 7 del Código Civil no puede eludirse sin caer en arbitrariedad.

Bibliografía argentina:

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el DIPr. argentino", *Anuario Argentino de Derecho Internacional (AADI),* IX, 1999, págs. 45-49; "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el DIPr.", *Revista del Colegio de Abogados,* Rosario, nº 12, 2ª época, noviembre de 1977, págs. 117-152.

FAYT, Carlos S., *El nombre. Un atributo de la personalidad. El derecho de los padres a elegir el nombre de sus hijos,* Buenos Aires, La Ley, 1996.

FERMÉ, Eduardo Leopoldo, "El nombre de las personas físicas en el DIPr.", *AADI,* IX, 1999, págs. 23-43.

[37] Ibídem.

PIOTTO (h.), Celestino, *El nombre de las personas físicas y su relación con el derecho internacional privado,* tesis doctoral, Imp. de la Universidad, Córdoba, 1951.

Extranjera:

BAYER, Walter, "Der Name des Kindes im internationalen Privatrecht. Geltendesrecht, Reformsvorschläge, ausländische Lösungen", München, 1984.

BENICKE, Christoph y ZIMMERMANN, Andreas, "Internationales Namensrecht im Spannungsfeld zwischen Internationalem Privatrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und Europäischer Menschenrechtskonvention", *IPRax,* 1995, págs. 141-150.

BÖHMER, Christof, "Die Transliteration ausländischer Namen", *IPRax,* 1994, págs. 80-82.

CLOSSET, Ch. L., "Le patronyme des étrangers en Belgique", *Jour. Trib.*, 1973, págs. 725-27.

DAYANT, R., "Le nom en droit international privé", *J.-Class. dr. int.,* facs. 542, 1970, págs. 1-9.

DOPFFEL, Peter, "Legitimation nach ausländischem Recht. Zugleich ein Beitrag zum neuen schwedischen Kindschafts- und Namensrecht", *Das Standesamt (SaTZ),* 1983, págs. 189-191.

EDLBACHER, Oskar, "Der Name im internationalen Privatrecht. Die Arbeit der CIEC an einem Übereinkommen", *StAZ,* 1979, págs. 3-9.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el DIPr. español", *REDI,* vol. XXXIII, 1981, págs. 597-624.

FICKER, Hans G., "Der name der geschiedenen Ehefrau im Deutschen internationalen Privatrecht", *RabelZ.,* 1951, vol. 16, págs. 32-43.

FORNER DELAYGUA, Joaquín J., *Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional,* Barcelona, Bosch, 1994.

GAJA, Giorgio, "Il diritto al nome nel diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale (RDI),* vol. XLVI, 1963, págs. 73-88.

GAUTIER, H., "Le nom des étrangers en Belgique", *Mouv. Comm.,* 1975, págs. 148-156.

GIESKER-ZELLER, Heinrich, "Der Name im internationalen Privatrecht", *Festschrift für Georg Cohn,* Zürich, Orell Füssli, 1915, págs. 169-202.

JAYME, Erik, "Cognome e protezione dell'identità della persona (con particolare riguado alla recente legislazione tedesca e con spunti di diritto internazionale privato)", *Rivista di diritto civile,* 1994, I, págs. 853-862.

LARA AGUADO, Ángeles, *El nombre en derecho internacional privado,* Granada, Comares, 1998 (extensa bibliografía).

LUCAS, Henri-Jacques, "Le nom", *J.-Class. dr. int.,* fasc. 542, 1998, págs. 1-19; "La loi applicable à l'attribution du nom de famille et effet collectif de la francisation du nom (note sous CA Paris, 12 mai 1995)", *Journal de Droit International- Clunet (JDI),* 1997, págs. 417 y sigs.; "Changement unilatéral de nom des français à l'étranger, fraude ou liberté fondamentale (note sous CA Paris, 1er déc. 1995)", *JDI,* págs. 793 y sigs.

MALAURIE, Philippe, voz "Nom-prénom-noblesse", *Encyclopédie Dalloz dr. int.,* 1969, vol. II, págs. 466-471.

METALLINOS, Spyros, "Le nom en droit international privé hellénique", *Rev. hellén. dr. int.,* vol. 28, 1975, págs. 165-169.

NEUMEYER, Karl, "Le nom des personnes en droit administratif. Etude de droit comparé et de droit administratif international", *Rev. dr. int. et législ. comp.,* vol. XIX, 1938, págs. 827-885; vol. XX, 1939, págs. 41-100.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario del nombre civil en el DIPr. venezolano", *Rev. Facultad de Derecho Univ. Católica Andrés Bello,* nº 24, 1978, págs. 43-96.

PINTENS, Walter, "Le nom de l'enfant en droit comparé", *Revue de l'état civil,* 1992, págs. 88-94.

PINTENS, Walter y VERBEKE, Alain, "Neue Entwicklungen im internationalen Privatrecht der romanischen Rechtsfamilie-Name und Adoption", *StAZ,* 1989, págs. 173-180.

SACHSE, Michael, "Anmerkungen zum Namensrecht von Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden", *StAZ,* 1994, págs. 186-190.

SCHÄTZEL, Walter, "Le nom des personnes en droit international", *Recueil des cours,* vol. 95, 1958-III, págs. 183-258.

SCHOTT, Clausdieter, "Der Name der Ehefrau. Eine historische Skizze", *Festschrift für Cyril Hegnauer,* Bern, 1986, págs. 471-492.

STRUYCKEN, A.V.M., "La Convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms", *REDI,* vol. XLII, 1990, págs. 153-180; re-

producido en italiano en la *Riv. dir. int. priv. pr.,* vol. 27, 1991, págs. 573-592.

STURM, Fritz, "Selbständige und unselbständige Anknüpfung in deutschen IPR beim Vor-und Familiennamen (Ehenamen)", *StAZ,* 1990, págs. 350-356; "Das internationale Namensrecht der Schweiz", *Revue de l'état civil,* 1994, págs. 197-207; "La sorte del cognomen nelle vigenti legislazioni di alcuni Stati europei", Acireale, 1987.

VAN HECKE, Georges, "Le nom des personnes en droit international privé ", *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst,* Nemesis, Bruxelles, 1986, t. II, págs. 811-820.

VOLKEN, Paul, "Le nom en droit international privé suisse ", *Revue de l'état civil,* 1986, págs. 45-51.

WENGLER, Wilhelm, "Zum Internationalen Privatrecht des Namens", *Festschrift für Karl Firsching,* 1985, págs. 327-335; "Der name der natüralichen Person im internationalem Privatrecht", *StAZ,* 1973, págs. 205-212 (con comentario de Paul Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.,* vol. 63, 1974, págs. 230-233).

EL PROCESO DE ADOPCIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD
Reflexiones acerca de la aplicación de los artículos 321, inciso h, y 328 del Código Civil.

MARÍA CRISTINA INÉS DIEZ*

I. Introducción

El derecho de familia, como toda norma jurídica, establece un modelo ideológico que recepta valores históricos y transmite el paradigma cultural de una época, conservando valores de las anteriores y anticipando en algunos aspectos las futuras y, al mismo tiempo que actúa como reflejo de esa realidad histórica, constituye un conjunto de normas que establece cuáles son los comportamientos que deben asumir los integrantes del grupo familiar. Actúa así como un modelo de conducta enraizado en la realidad. El derecho procesal resulta el instrumento que hará viable su puesta en acto.

En el derecho contemporáneo, tras la enorme orfandad, secuela de la Primera Guerra Mundial, la institución de la adopción de menores adquiere especial interés. Las primeras regulaciones legales europeas[1], fueron seguidas por varias legislaciones americanas[2], in-

* Abogada UCA – Docente en Derecho Civil V – UCA.

[1] Si bien la primera ley moderna sobre adopción fue dictada en Massachusetts en 1855, la eclosión de las primeras leyes regulatorias de la institución y de la legitimación adoptiva son, en Italia, la ley 1143 del 18 de julio de 1917 y un decreto ley de 1919, en Francia, la ley de 1923 y la ley inglesa de 1926.

[2] Ley 10.674 de 1945 en Uruguay, ley 13.252 de 1948 en Argentina, ley 16.346 de 1965 en Chile y ley 4655 de 1965 en Brasil, conforme reseña BELLUSCIO, Augusto C., "La adopción plena y la realidad biológica", *JA*, 1998-III-1001.

corporándose, en algunas de ellas, reglas destinadas a mantener un secreto absoluto acerca de la filiación biológica del legitimado por adopción, a quien se inscribía en los registros de estado civil como si fuese un hijo legítimo cuya inscripción de nacimiento se labrase fuera de término.

Al interés básico en no formular distinciones entre los hijos adoptivos y los biológicos, que surge como una vocación esencial de las legislaciones regulatorias de la adopción ha de sumarse, en muchas de ellas, la imposición del secreto. Éste aparece con un doble fundamento: por una parte, evitar que la publicidad de la condición de adoptado del menor actúe en su perjuicio ante la tendencia social a dar un valor superior a la filiación de sangre, y por otro, como consecuencia directa de la aspiración de los adoptantes a encubrir una realidad que en muchas ocasiones les impone el reconocimiento doloroso de su propia esterilidad[3].

La gran difusión de la adopción y la enorme influencia de los estudios científicos sobre el tema realizados en el ámbito de la psicología han tornado hoy obsoleta esa concepción basada en el ocultamiento. En este sentido, la actual ley 24.779 consagra la obligación del adoptante de hacer conocer al adoptado su realidad biológica y el derecho del adoptado a conocerla, cuya instrumentación[4] es objeto de nuestro análisis.

II. La Identidad Personal

La identidad personal implica ser uno mismo y no otro, a pesar de la integración social. El ser humano se caracteriza por una estructura peculiar que le permite, sin dejar de ser idéntico a sí mismo, ser de modo simultáneo un ser con otros, susceptible de ser aprehendido dentro del ámbito social. Estos dos aspectos del hombre aparecen de modo inescindible en su estructura existencial. Al respecto, se ha se-

[3] Rozemblum De Horowit, Sara, *Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social*, Buenos Aires, Ediciones Kargieman 1990; analiza en extenso este tema en los Capítulos 4 y 9 de su Apartado Psicológico Social.

[4] Falcon, Enrique M., *Elementos de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 20; define al Derecho Procesal como " el conjunto de reglas y normas destinadas a realizar prácticamente las prescripciones establecidas en las normas sustanciales, a través de su propio sistema e instituciones".

ñalado que "El gran misterio de la Creación consiste, precisamente, en que a pesar de que todos los hombres son iguales, no existen dos personas idénticas que compartan exactamente la misma biografía"[5].

Este interés existencial objeto de tutela jurídica, que constituye el derecho a la identidad, necesariamente implica el reconocimiento de poderes en su titular destinados no sólo a que se respete su proyección social, sino también a la construcción de la misma[6].

La doctrina y jurisprudencia italianas han realizado un interesante desarrollo en torno al derecho a la identidad personal, considerándola como "un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado ...por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a si mismo"[7]. Lo que implica que la persona es titular del derecho a ser "ella misma, esto es, tener una propia verdad individual".

A esta acepción acerca del derecho a la identidad la Corte de Casación italiana ha sumado una segunda, que ha sido cuestionada por algunos autores y que debe ser objeto de protección frente a su posible adulteración o falsedad. Está referida a la " proyección social" que tiene la persona, en la cual se comprende, entre otros, su acervo intelectual, religioso, profesional y político.

Carlos Fernández Sessarego, quien iniciara sus profundos y extensos estudios acerca del derecho a la identidad a partir de su contacto con una sentencia de un juez romano de mayo de 1974, nos enseña que la identidad personal puede definirse como " ...el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ""*uno mismo*" y no "*otro*"[8].

Este concepto jurídico de identidad nace con la misma persona. En efecto, en el instante preciso de la concepción surge a la vida un

[5] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 13.

[6] MORENO DE UGARTE, Graciela M., "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena", *JA*, 1998-III-1009.

[7] BAVETTA, Giuseppe, en "Enciclopedia del Diritto", Italia, Giufré, 1970, t. XIX, pág. 953, voz "Identitá" (diritti alla), citado en CSJN, 13 de noviembre de 1990; " Muller, Jorge", voto del Dr. Petracchi, Enrique Santiago, Considerando 12) Fallos 313:1144.

[8] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 113.

ser humano, único e irrepetible, distinto de quienes han aportado sus gametos y cuya información genética se organiza de un modo diferente y original. Esa identidad del nasciturus se irá luego desarrollando a través de toda su existencia, pasando a través de todas las etapas vitales hasta su muerte.

Describe, Fernandez Sessarego, elementos estáticos y dinámicos en la identidad personal. La identidad estática surge así de modo evidente en el inicio de la vida y se nutre a lo largo del devenir vital con otros elementos complementarios que se le suman dinámicamente. "La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo"[9], enriqueciéndose y modificándose en un proceso nunca acabado.

Dentro del conjunto de los elementos estáticos o físicos que componen la identidad personal, usualmente referidos como identificación, se incluyen los menos variables, las características físicas distintivas (entre ellas la descripción antropométrica, dactiloscópica, fisonómica), el nombre, el seudónimo, la imagen.

A la identidad estática debemos agregar como un complemento esencial, la identidad dinámica que "...se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad"[10]. Constituye un conjunto de atributos vinculados no sólo con los rasgos psicológicos, sino también con creencias religiosas, políticas, éticas, a formación profesional de cada hombre, conteniendo todo aquello que define la personalidad en su proyección al exterior y constituyendo la "verdad personal" de cada uno.

El reconocimiento del derecho a la identidad en su relación con la adopción debe comprender ambas facetas. Coincidimos con Moreno de Ugarte al considerar involucradas ambas categorías en el análisis del derecho a la identidad en la adopción[11]. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, además de los datos estáticos que constituyen su origen biológico, en el ámbito dinámico, se construye la

[9] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 113.

[10] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 114.

[11] MORENO DE UGARTE, Graciela M., "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena", *JA*, 1998-III-1010.

personalidad del adoptado a partir de su historia personal que comprende no sólo los aspectos desarrollados junto a su familia de origen, o ante su carencia, sino también aquellos elaborados en su familia adoptiva.

III. Aspectos Psicológicos Involucrados en la Configuración de la Identidad que Permitirán una Relación Adoptiva Saludable

La psicología, en un importantísimo aporte al derecho, ha puesto de manifiesto, reiteradamente, la necesidad de hacer conocer su origen a los adoptados[12].

Rozemblum de Horowit señala que "para que la adopción sea exitosa, debe ser mutua; entendiendo como exitosa la adopción donde ambas partes se visualizan y perciben afectivamente como propias, sin dejar de tener en cuenta que la relación deviene de la adopción y no de la biología"[13].

En la adopción nos encontramos con una realidad compleja que involucra dos pares de padres: adoptivos y biológicos[14]. Es menester tener en cuenta que el proceso de individuación en la primera infancia y la consolidación de la identidad en la adolescencia son las etapas más difíciles para el niño adoptado. Para él es esencial el relato de su origen porque es lo que le permitirá lograr una identidad. Esta identidad lo determina como una persona particular, miembro de una familia en especial, pero que a su vez tiene una huella que contiene algo de sus padres de origen. Debe así realizar una transacción "entre ambos y entonces construir una sombra que contiene algo del origen y algo de los adoptantes"[15].

Es llamativo que el tema más frecuente en la consulta psicológica posterior a la adopción sea acerca del relato del origen del niño[16].

[12] En ese sentido se han pronunciado, entre otros, GIVERTI, Eva, *Adoptar hoy*, Buenos Aires, Paidós, 1997 y *La adopción*, Buenos Aires, Sudamericana, 1992 y ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara, *Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social*, Buenos Aires, Ediciones Kargieman, 1990.

[13] ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara, *Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social*, Buenos Aires, Ediciones Kargieman 1990, pág. 169.

[14] En muchísimas ocasiones será imposible determinar la filiación de origen paterna y sólo se podrá contar con la materna.

[15] ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara, *Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social*, Buenos Aires, Ediciones Kargieman, 1990, pág. 196.

El informar al menor acerca de su origen es importante, le permitirá no sólo configurar en plenitud su identidad en base a su historia personal[17], sino también una adopción razonablemente satisfactoria, si bien no es suficiente para garantizar que ella sea óptima.

Es menester tener en cuenta que la influencia de las vivencias de los primeros años de vida, configurantes de la socialización primaria del niño, que muchas veces constituyen una realidad vital que no es la misma que la de los adoptantes[18], a la que luego se sumará un proceso de socialización secundaria a partir de los seis años de edad aproximadamente, es ineludiblemente parte integrante de la conformación de su personalidad e identidad.

Los aspectos psicológicos involucrados en el derecho a la identidad han sido receptados en un genuino aporte interdisciplinario en la Jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de la Justicia de Córdoba[19], e incluso en la disidencia del Dr. Petracchi en los autos "Muller; Jorge"[20], fallo objeto de múltiples y encontrados comentarios[21].

[16] ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara, *Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social*, Buenos Aires, Ediciones Kargieman, 1990, pág. 195.

[17] En términos freudianos hay tres tipos de historias 1) GUESHIJTE: es el acontecimiento objetivo o historia oficial, 2) HISTORY: es el relato desde el punto de vista subjetivo y 3) HISTORIE: es la historia reconstruida conjeturalmente, es hipotética. Llevando esto al relato del origen en la adopción, observamos que los adoptantes intentan brindar al niño la historia objetiva de los hechos, gueshijte, pero en realidad entregan su versión subjetiva de los hechos , history y analíticamente es posible reconstruir conjeturalmente , enunciando hipótesis , la historia, historie. Este tema se encuentra desarrollado en extenso en ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara, *Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social*, Buenos Aires, Ediciones Kargieman, 1990, "Apartado psicológico social", Capítulo 10., pág. 195.

[18] De allí la conveniencia de evitar las demoras innecesarias en decidir judicialmente acerca del menor, prolongando su permanencia fuera del seno de la familia en la cual se desarrollará definitivamente, sea esta la de origen o una adoptiva.

[19] STJCórdoba , sala civil, sentencia N.3 del 17-3-98 en autos "R" 28/96, referenciado por MORENO DE UGARTE, Graciela M., "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena", *JA*, 1998-III-1013 en nota de pie de página n° 16.

[20] CSJN, 13 de noviembre de 1990, "Muller, Jorge" 313:1143 considerando 9).

[21] MAZZINGHI, Jorge A., "Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional", *LL*, 1991-B-470 y sigs.; OTEIZA, Eduardo, "La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales", *LL*, 1991-E-891 y sigs.

IV. La Legislación Nacional

La Convención de los Derechos del Niño, con rango constitucional reconocido por el artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional, consagra el derecho a la identidad del menor, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, y establece la obligación de preservar ese derecho y prestar la asistencia y protección necesarias para restablecer su identidad si resultare privado de alguno de sus elementos, en sus artículos 7 y 8[22]. Sus normas están incorporadas a nuestro derecho interno y resultan operativas de modo tal que, en caso de discrepancia entre el derecho interno y ellas, o en su ausencia, las mismas prevalecerán habilitando la tutela de los derechos involucrados no sólo por una ley específica, sino también por una sentencia judicial[23].

[22] Convención Internacional sobre los Derechos del Niño "Art. 7. *1. 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 cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera , sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida."* " Art. 8. *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 y sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."*

[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Villagrán Morales y otros (caso de los "niños de la calle")." Sentencia del 19 -11-1999, párrafo 188. La Corte utiliza esta expresión entre comillas por su carácter coloquial. En ese fallo, la Corte, reconoce la operatividad de los principios contenidos en los tratados de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso " Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)." Sentencia del 27 -8- 1998, Capítulo IX. . Allí se estableció que: " Esta obligación del Estado Parte [de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención] implica que las medidas de derecho interno han de ser *efectivas*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno..."

GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", *LL*, 1993-B-1089; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1983, pág. 41 y sigs.

El artículo 321 del Código Civil dice que: *"En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas (...) inc. h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica"*; y en el artículo 328 se señala que: *"El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad"*[24], introduciendo así en la regulación legal un nuevo derecho subjetivo que no deberá ser violado por el Estado, los adoptantes, los padres biológicos ni por ninguna persona que pretenda impedir su conocimiento de tal información.

V. Algunas Reflexiones Acerca de cómo el Accionar Previo puede Condicionar la Adecuada Aplicación de los Artículos 321, Inciso H, y 328 del Código Civil

Para poder dar cumplimiento efectivo a las normas que hemos transcripto, una vez conferida la adopción, es esencial que la previa actuación de los distintos organismos y particulares involucrados en la identificación del recién nacido se haya ajustado perfectamente a las normas legales que regulan su accionar; ello, toda vez que la maternidad se determina por la prueba del parto y la identidad del nacido, conforme al art. 242 del Código Civil y las disposiciones introducidas por la ley 24.540 prevén la obtención de una única ficha identificatoria previa al corte del cordón umbilical del recién nacido[25] con el fin de prevenir los delitos de sustracción de menores, suposición y supresión de estado, todos ellos vulneratorios del derecho a conocer la propia realidad biológica. En su caso, cuando no se haya dado oportuno cumplimiento a esta normativa, entendemos que omitir las diligencias judiciales necesarias para preservar la información, aun mínima, que permita en su momento conocer la filiación biológica del futuro adoptado implicará un escollo de difícil superación posterior que, usualmente, impedirá el ejercicio de tal derecho.

El artículo 327 del Código Civil (texto conforme ley 24.779) impide que una vez conferida la adopción plena, los padres biológicos del adoptado lo reconozcan o que aquél intente respecto de ellos la acción de filiación, con la única excepción referida a aquellos casos en que el

[24] Textos conforme a la ley 24.779.
[25] Ley 24. 540 Artículo 6.

objeto fuese probar el impedimento matrimonial de parentesco. De allí la conveniencia de que, a fin de asegurar al adoptado la posibilidad de conocer su realidad biológica, se evalúe, en el caso particular, la posibilidad de investigar la filiación de sangre, con carácter previo al otorgamiento de la adopción plena; ello cuando tal obrar no implique una demora que redunde en perjuicio del interés superior del niño[26] y se cuente con la conformidad materna prevista por el art. 255, Código Civil[27]. Sin perjuicio de ello, es conveniente señalar que el artículo 327, Código Civil podría ser considerado inconstitucional, porque su aplicación en múltiples ocasiones impedirá en modo prácticamente absoluto el ejercicio de un derecho de rango constitucional[28].

En la doctrina se ha considerado viable promover una acción autónoma de conocimiento de la realidad biológica, sin que ella implique consecuencias filiatorias[29], lo que permitiría soslayar ese escollo legal.

Un aspecto procesal que puede resultar en muchos casos condicionante de una correcta aplicación, en su oportunidad, de los artículos en estudio está dado por el rol que se asigne a la intervención de los padres de sangre en el otorgamiento de la guarda preadoptiva y la adopción. La normativa vigente[30] ha superado satisfactoriamente

[26] Convención Internacional de los Derechos del Niño . Artículo 3.

[27] XVI Jornadas de Derecho Civil. En cuanto a la legitimación activa en materia de filiación en necesario tener presente que se ha propuesto repetidamente la eliminación de la última parte del art. 255 C. Civ. que exige la conformidad materna para que el Ministerio Público procure el reconocimiento del menor o ejerza la correspondiente acción destinada a determinar la paternidad.

[28] En sentido contrario, CSJN, noviembre 13-1990 "M., J", con comentario de MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional", *LL*, 1991-B-470 y sigs., Mazzinghi allí se manifiesta en un sentido opuesto al que proponemos indicando respecto al antiguo artículo 19 de la ley de adopción, 19.134, de texto similar al del actual 327 C.Civ. que "Una prescripción legal tan clara no se puede soslayar aduciendo la existencia de una garantía constitucional implícita." Es menester destacar que tan categórica opinión fue expresada en 1991, cuando aún el derecho a la identidad no tenía rango constitucional expreso como consecuencia directa de la reforma de 1994.

[29] D´ANTONIO, Daniel Hugo, *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, pág 171 y y sigs.; BELLUSCIO, Augusto C., "La adopción plena y la realidad biológica", *JA*, 1998-III-1002, nota 2 a pie de página. Refiere que en el IX Encuentro de Abogados Civilistas, realizado en Paraná, Entre Ríos en el año 1995 se declaró que "con fundamento en el derecho a la identidad , toda persona puede ejercer una acción autónoma tendiente al conocimiento de su identidad biológica".

[30] Cógigo Civil, Artículo 317 inc. A..

la inconstitucionalidad que afectaba al artículo 11 de la precedente ley 19.134. No es aquí oportuno extenderse respecto a la citación de los padres biológicos por no ser ése el tópico central de este trabajo, motivo por el cual limitaremos, *brevitatis causae*, nuestra mención al aspecto específico con incidencia en el tema que nos atañe[31]. Su citación no implica obtener necesariamente su consentimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, pero no sólo permite al escucharlos una valoración más adecuada de las circunstancias que rodean al menor cuyo interés superior se examina en autos sino que, también, permitirá la obtención de las herramientas necesarias para que, en su momento, el adoptado pueda construir su identidad[32].

[31] Las limitaciones impuestas a la extensión de esta presentación nos impiden una amplitud mayor, pero consideramos conveniente la lectura de BISCARO, Beatriz R., "Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción", *JA*, 1998-III-994/996,. "II.- Citación de los padres de sangre"; ORLANDI, Olga E., "Hacia una adopción confiable", *JA*, 1998-III-1028/1030; "El procedimiento legal adoptivo. B) Guarda judicial y juicio de adopción. Intervención de los padres biológicos"; FERRER, Francisco A. M., "Citación de los padres biológicos al juicio de adopción", *JA*, 1998-III-1034 y sigs.; OVIEDO, María N., FARAONI, Fabián E. y GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás, "Los padres de sangre en el proceso de adopción", *JA*, 1998- III- 1040 ss.; GROSSMAN Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. " La adopción de integración y la familia ensamblada." JA, 1998- III - págs. 1049 y 1050, "III.- El consentimiento de los padres biológicos".; VIII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Tributario realizadas en Junín , Pcia. de Buenos Aires, del 22 al 24 de octubre de 1998. Conclusiones de la Comisión N°III Adopción. Análisis de la ley 24.779. donde se sostuvo que la voluntad del progenitor , libremente prestada respecto a la elección de los pretensos adoptantes es audible por el juez; C. N. CIV. , SALA B, Junio 17 . 1998 -" R., J. Y. C. R., E. G. S/ protección de persona " Con comentario breve de "EL BUHO". " Declaración de preadoptabilidad y pérdida de la patria potestad." En El Derecho, 180 - 305 ss. ; S.C. BUENOS AIRES, Agosto, 20 - 1996. "G., V. s / adopción " Con comentario breve de MORELLO DE RAMÍREZ, María Silvia y Morello, Augusto M. " Una actitud judicial criteriosa" En El Derecho, 171 - 148 ss. ; FASSI, Santiago. " Intervención necesaria de los padres en el juicio de adopción" En La Ley, 1975 -A - 678 ss., donde se comenta un fallo de C.J. Salta sala II, mayo 6 de 1974 que declara la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la ley 19.134; C. S. J. N. Marzo 21- 1989. "L., M. S/ prevención." (Recurso extraordinario) Con breve reseña de BIDART CAMPOS, Germán. " ¿Subsiste la legitimación de la madre que entregó en guarda a su hijo, para intervenir en el proceso?" y comentario de GOWLAND, Alberto Jorge. " Patria potestad: Cesión de la guarda de un judicial criteriosa" En El Derecho, 171- 148 ss. En El Derecho, 1998- III- 134- 299 ss. y VELAZCO, José Raúl . " Los tribunales de familia y la citación de los padres de sangre al juicio de adopción. JA, 1987 -II - 853 ss., entre otros.

[32] C. N. CIV., SALA l, Marzo 10 -1993 " P., R." En La Ley, 1993 - C - 407 ss. Dice textualmente: "... resulta indiscutible que uno de los principales derechos del niño es el de su identidad, preservando en cuanto fuera posible el entorno familiar"

Consideramos que en la evaluación previa de los pretensos adoptantes, realizada por los equipos técnicos actuando como auxiliares del juez de familia, a efectos de determinar su idoneidad para tal rol, deberá tenerse especial cuidado en apreciar la disposición y aptitud[33] para resguardar adecuadamente el derecho del menor a conocer su realidad biológica, ya que ello permitirá al juzgador obrar en consecuencia preservando el derecho a la identidad del menor.

Cuando el juez considere, en base a tales diligencias, que quienes intentan la adopción no se encuentran en condiciones de guiar al menor adecuadamente en el complejo proceso de conformar su identidad integrando la realidad biológica previa a la adopción a los nexos construidos a partir de ella, deberá evaluar esa circunstancia como un indicador de que, probablemente, carezcan de las aptitudes requeridas en atención a las necesidades e intereses del menor que el inciso c del artículo 317, Código Civil, le impone considerar para otorgar la guarda preadoptiva.

VI. La Noción de Identidad y el Contenido de la Expresión "Realidad Biológica"

El concepto de identidad que expresaramos previamente, que nos refiere a la "mismidad" de la persona a lo largo de toda su existencia, caracterizado por aspectos estáticos y otros dinámicos, evidentemente es comprensivo, pero en modo alguno idéntico al de "realidad biológica" Ella constituirá tan sólo un capítulo, esencial por cierto, es más, nos atrevemos a decir básico de la misma. Pero no por ello ha de caerse en criterios limitativos que pretendan vaciar de contenido esa expresión limitándola a la simple enunciación del nombre y apellido del o de los padres de sangre, su edad, nacionalidad y eventualmente número de documento, como una forma de diluirla.

[33] Es menester recordar que, en la mayoría de los casos, se recurre a la adopción motivado por la esterilidad, motivo por el cual el comunicar al hijo adoptivo su condición de tal, implica exteriorizar una realidad interior dolorosa y que motoriza múltiples temores. Al respecto puede consultarse ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara. " Adoptar, Lo Legal., Lo Psicológico, Lo Social" Ediciones Kargieman Buenos Aires, 1990, Apartado psicológico social" Capítulo 4:" La Esterilidad", página 131 y ss., Capítulo 9:" Temores", ´pág. 185 y ss. y Capítulo 10: "El relato y la novela familiar", pág. 195 ss.

Es menester recordar que la opinión acerca del contenido del concepto " realidad biológica" no es unánime. Así encontramos en una posición extrema, al maestro a Jorge A. Mazzingui, con quien en esta ocasión osamos respetuosamente disentir y que caracteriza a la expresión como " de una extrema ambigüedad, para terminar concluyendo que "Realidad biológica, no quiere, en verdad decir nada"[34].

El justo equilibrio indica que tampoco se trata de abrumar al adoptado con detalles vergonzosos, turbulentos, o humillantes que puedan perjudicarlo.

VII. La Sentencia de Adopción y el Compromiso del Adoptante de Hacer Conocer al Adoptado su Realidad Biológica. La Conservación de la Información

El compromiso que en tal sentido asumen los adoptantes ante el juez interviniente en el proceso de adopción pareciera no constituir un deber legal ya que la norma no prevé sanción alguna para su incumplimiento. Puede entenderse, en un primer examen, que estamos frente a una disposición legal que tan solo tiene una función didáctica. La ley muestra aquí una grave falencia, al no determinar ningún mecanismo de seguimiento o control por el Juzgado sobre esta obligación de hacer, contenida en la sentencia cuyo cumplimiento asumen los adoptantes.

Su violación vulnera el derecho subjetivo del adoptado a acceder a la información pertinente. Incluso podría tornar imposible el ejercicio de ese derecho en forma absoluta. En efecto, considerando que el Registro Civil tras la inscripción de la sentencia de adopción expide actas o certificados de nacimiento de los cuales no surge que la filiación en ellas consignada es adoptiva, existe la posibilidad de que, ante el pertinaz silencio de los adoptantes, el hijo adoptivo ni siquiera imagine su condición de tal, si es que el Juzgado interviniente no toma alguna disposición en previsión de tal hipótesis[35].

[34] MAZZINGHI, Jorge A. "Derecho de familia Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 3ª edición actualizada y reestructurada 1995, Tomo 4, página 270.

[35] ORLANDI, Olga E. " Hacia una adopción confiable" JA 1998 -III - 1030 Refiriéndose a la interrelación entre los arts. 321 inciso h y 328 C. Civ. señala que "...no advertimos cómo podrían hacerse efectivas estas dos normas en los casos que se trate de una filiación ignorada"

Es "imprescindible –al decir de Moreno de Ugarte– que los futuros adoptantes comprendan los efectos devastadores que sobre la personalidad del niño ocasiona el ocultamiento de sus orígenes afectivos"[36]. Por tal razón, y salvo razones gravísimas fundadas en el interés superior del niño, que aconsejen lo contrario, éste es un derecho del adoptado que no puede ser limitado.

No faltará quien vea en esta norma una violación al derecho a la intimidad de los padres adoptivos. Exteriorizar adecuadamente la realidad biológica del adoptado, indudablemente parece rozar ese derecho de los adoptantes, pero en modo alguno lo vulnera, ya que implica el reconocimiento de un nexo afectivo, psicológico y jurídico compartido, que involucra por igual la intimidad de adoptantes y adoptado y, cuya negación veda al menor el ejercicio de un derecho humano básico actuando en detrimento de una adecuada formación de su personalidad.

El compromiso al que alude la norma contempla necesariamente que los adoptantes conozcan que ellos serán los "comunicadores" de la verdad que permitirá al niño realizar el proceso de historización[37] de su pasado, y que estén compenetrados de la trascendencia de su función, para poder así preparar adecuadamente el abordaje de un tema tan arduo, y complejo " evitando los efectos nocivos que sobre la personalidad del niño puede generar la desinformación[38].

Si bien esta labor de develación de la verdad corresponde a los adoptantes en tanto y cuanto padres del niño, en aquellos casos en que no estén en condiciones de proporcionarla, carezcan de ella o se muestren reticentes, cabe cuestionarse acerca del rol del Estado. En salvaguarda del interés superior del niño, o como mejor debiera decirse, en su mejor interés, el Estado debe apoyar a los adoptantes en su cometido esclarecedor, sin vulnerar en modo alguno la autonomía familiar. Su intervención subsidiaria se encuentra legitimada por la propia Convención de los Derechos del Niño[39].

[36] MORENO DE UGARTE, Graciela M. "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena." JA, 1998- III- 1015.

[37] Ver ut supra nota N° 11.

[38] MORENO DE UGARTE, Graciela M. "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena." JA, 1998- III- 1016 Con cita a pie de página bajo el N° (26) de VIDELA , Mirta " ¿Conseguir un niño o adoptar un hijo? ,los dilemas de la Esterilidad. Editorial Cinco, Buenos Aires, 1996 página 113.

[39] Convención Internacional sobre los derechos del Niño. Arts.3.2, 4, 5,7.2, 8 y 16.

Sin perjuicio de reconocer que la intervención del Estado que podrá realizarse en apoyo de los adoptantes y en protección del menor puede también canalizarse a través de organismos que brinden la asistencia profesional idónea, fuera del ámbito judicial, la realidad se impone y nos cabe entonces, hoy, analizar la actividad del juez que lleva adelante el proceso de adopción.

En este sentido, se ha pronunciado Moreno de Ugarte quien señala que "la falta de instrumentación de acciones positivas que materialicen los derechos reconocidos constitucionalmente, determina que la Justicia sea el ámbito más adecuado para que el niño pueda hacer valer este derecho"[40], solución que entendemos que los artículos 321, inciso h, y 328, Código Civil, ponen claramente en sus manos.

El Juez de Familia interviniente en el otorgamiento de la guarda preadoptiva y la adopción es quien debe regular y proveer la información necesaria. El Juez, para ejercer cabalmente esta función, que implica el resguardo de la verdad, tiene necesariamente que recurrir a los cuerpos técnicos, apoyándose en el soporte brindado por los profesionales integrantes de la estructura auxiliar del Juzgado y permitir que la interdisciplinariedad guíe la reflexión que preceda a sus decisiones.

Es importante que la sentencia que acuerde la adopción incluya en su fundamentación una relación de los hechos que comprenda las circunstancias que permitan al menor, en su oportunidad, reconstruir e interpretar su historia personal. Ello sin perjuicio de considerar que en muchísimas ocasiones será muy poco lo que se le pueda comunicar a través de ella.

El Juez podrá, teniendo en cuenta las características personales tanto del adoptado como de los padres adoptivos, determinar cuándo se estima conveniente develar su condición de adoptado y su origen biológico[41], estableciendo a tal fin criterios flexibles, que contemplen

[40] MORENO DE UGARTE, Graciela M. "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena." JA, 1998- III- 1017.

[41] En contrario ARIAS DE RONCHIETTO. " La adopción." Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, página 292, quien señala que" la información debe ser brindada conforme al modo, oportunidad y en los términos en que así lo decidan dentro del ámbito familiar de su intimidad, los padres adoptantes. La supervisión del Estado en ejercicio del Patronato se justifica, es más, es necesaria en interés del menor , como ya lo he dicho. Durante el año de guarda pero acaba allí cuando ese año culmina en la sentencia que acuerda la adopción."

la maduración del menor y previendo la colaboración a tal fin de los auxiliares técnicos del Juzgado o, como señala Orlandi, disponer que se fije una audiencia a tales efectos, sea a pedido de los adoptantes o de oficio[42].

Junto al derecho a conocer su realidad biológica existe el "derecho al olvido", el "derecho a no conocer" su realidad biológica[43]. No es legítimo que una negativa por parte del adoptado a conocer su realidad biológica sea violada por el Estado imponiéndole un conocimiento que rechaza. Es menester actuar con suma prudencia y sin perder de vista el interés superior del niño, en tal ocasión, a fin de no vulnerar los derechos del adoptado.

Estimamos conveniente que el oficio que comunique la adopción a la Dirección del Registro Civil pertinente[44] incluya la sentencia integra que incorpore en su parte dispositiva la indicación de su completa transcripción en los pertinentes libros, ello con miras a asegurar la conservación de la información contenida en el expediente[45].

En las VII Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones que tuvieron lugar del 18 al 20 de octubre de 2001, se reclamó en forma unánime que "se promueva la puesta en funcionamiento de los registros provinciales de aspirantes a adopción con validez en el ámbito nacional conforme lo dispuesto en la ley 24.779"[46]. Entendemos

[42] ORLANDI, Olga E. " Hacia una adopción confiable" JA 1998 -III - 1031.

[43] MEDINA, Graciela. " La adopción." Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 76.

ZANNONI, Eduardo. " Adopción plena y derecho a la identidad personal. La "verdad biológica": ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?" En La Ley 1998 -C - 1179.

LUPOLI, María C. y TAVIP, Gabriel E. " El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica." JA, 1998- III- 1024 y1025.

[44] Decreto Ley. 8.204/ 63 . Artículos 67 y 68.

[45] ARIAS, , Alberto José. "Debe reformarse el art.328 del Cód. Civil" En El Derecho190-956 ss. Propone una solución diferente: que el expediente judicial de adopción sea preservado en el mismo juzgado sin ser archivado por sesenta años y que a partir de los 18 años toda persona pueda solicitar su propia partida de nacimiento con todas las marginales de modo gratuito.

[46] VII Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones Organizadas por el Colegio de Abogados de Morón, Provincia de Buenos, del 18 al 20 de octubre de 2001 Conclusiones de la Comisión N°6: Protección Integral del Niño y el Adolescente. También de modo unánime se aprobó la iniciativa de crear un "banco genético" concebida en los siguientes términos: "Que en nuestra opinión proponemos a través de este tra-

que no sólo es ello conveniente, sino que también debiera establecerse por ley, sin perjuicio de la conservación de los expedientes de guarda[47] y adopción en el Archivo General de los Tribunales, la registración obligatoria de las adopciones otorgadas y de la información pertinente recogida en el transcurso del trámite judicial, en especial la obtenida durante la tramitación de la guarda y también la posibilidad de acceso a las anotaciones marginales de las actas de nacimiento de Registro Civil para su titular a partir de los 18 años o aún a una edad menor con autorización de los adoptantes o del juez si ellos la negasen injustificadamente, todo ello con el fin de facilitar a aquellos adoptados que ignoren sus raíces, la búsqueda de las mismas. Se daría así adecuado cumplimiento al art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

VIII. El Acceso del Adoptado a la Justicia

El artículo 328, Código Civil, reconoce dos derechos al adoptado: el primero de ellos, a conocer su identidad biológica; y el segundo, a acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años.

Reconocerle el derecho a la información que le permita construir su identidad indicado en la primera parte del art. 328, Código Civil, aun contra la expresa voluntad de los adoptantes, implica admitir su

---

bajo y por ante estas Jornadas, se aliente la creación de delegaciones del Registro Civil y Capacidad de las Personas en las Instituciones donde se produzcan nacimientos, y para establecer la identidad del recién nacido, como asimismo la creación de un banco genético para agilizar de [sic.] la identificación del niño con miras a dar solución a los problemas de salud que puedan tener su génesis en la relación del menor con su madre biológica, para una vez cumplido dicho cometido como paso previo y necesario, y en los casos que ellos corresponda se resuelva el 'estado de adoptabilidad' correspondiente para luego recurrir al 'Registro Central de Adopción a los fines de evaluar a los pretensos adoptantes a efectos que el menor pueda desarrollarse en un núcleo familiar que le brinde bienestar y protección estable y sólida. " No se advierte por que razón no se incluyó en la conclusión ninguna referencia a los datos paternos, cuando los hubiera.

47 Es menester tener en cuenta que, en muchas ocasiones el expediente de guarda ha tramitado en una jurisdicción diferente de aquella donde luego lo hace la adopción conforme al juego de los artículos 316 3er. párrafo y 321 inciso 1° del Código Civil; y que es en aquel donde usualmente se concentra la mayor parte de la información relevante a los efectos que nos ocupan.

acceso a la Justicia habilitando a tal fin las vías procesales que le posibiliten alcanzarla.

En ese sentido, hay que reconocer al menor la facultad de hacer efectivo ese derecho, concediéndole al Ministerio Público de Menores la facultad de representarlo en la búsqueda de su verdad biológica, aun mediando oposición expresa de los padres adoptivos. Entendemos que no será necesario requerir una edad mínima de 14 años para ello, disociando esta legitimación activa de las normas sobre capacidad de los arts. 127, 128 y 921, Código Civil, toda vez que no existen aquí intereses controvertidos, sino una búsqueda de información vital y que lo único que podrá ser objeto de controversia es la modalidad para hacérsela saber si es que ha alcanzado el grado de madurez necesario para ello. Sin perjuicio de ello, sería conveniente contar con una norma procesal expresa que autorice al Ministerio Público de Menores a iniciar el proceso a instancias del menor representándolo aun cuando medie expresa oposición de los adoptantes, ello sin perjuicio de la representación promiscua de los incapaces que le reconoce el art. 59, Código Civil.

El acceso al expediente de adopción que la norma prevé a partir de los 18 años comprende distintos aspectos: poner el expediente judicial a disposición del adoptado para su lectura, permitir el conocimiento de la información en él contenida en forma directa y la conservada en archivos o expedientes administrativos vinculados a la causa judicial.

Con buen criterio, Catalina Arias de Ronchietto se manifiesta en favor de un acceso al expediente más temprano que el previsto en el art. 328, Código Civil, a partir de los 14 años con el asentimiento paterno o la venia judicial fundándose en que el conocimiento del expediente integra la revelación de su origen adoptivo[48].

El modo en que se debe implementar el acceso al expediente resulta fundamental para posibilitar el cumplimiento del espíritu de la norma[49].

Estimamos que el menor que ha alcanzado la edad legal puede acceder al expediente, sea que concurra sólo o acompañado de sus

48 Arias de Ronchietto. " La adopción." Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, página 290.

49 Lupoli, María C. y Tavip, Gabriel E. " El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica." JA, 1998- III- 1025.

padres adoptivos sin que sea necesaria la presencia de su letrado. Sin perjuicio de ello, creemos conveniente que desde el juzgado se le brinde una red de contención que permita conducir ese proceso cognoscitivo de tanta trascendencia contando con el pertinente apoyo psicológico, en especial, cuando las constancias de autos reflejen realidades particularmente dolorosas. Para ello, el Juzgado, podrá recurrir no sólo a sus auxiliares técnicos, sino también a los organismos públicos que resulten idóneos.

IX. Consideraciones Finales

Nos cabe por último señalar que la intervención del juzgador es esencial en la protección del derecho a la identidad, de allí la conveniencia de que siempre el proceso de adopción y el otorgamiento de la guarda preadoptiva que la precede estén a cargo de tribunales especializados que cuenten con un cuerpo técnico auxiliar adecuado, que les permita basar sus decisiones en una reflexión interdisciplinaria. Lamentablemente, ello aún es una asignatura pendiente en múltiples jurisdicciones de nuestro país.

Una profunda comprensión del derecho a la identidad, su conformación y trascendencia, a la luz del mejor interés del menor, por parte del Juez interviniente, es la mejor garantía de su respeto, más allá de los magros textos de los arts. 321, inc. h, y 328 del Código Civil.

Bibliografía

ABDALA, José Sabino s/incidente de reinscripción S.C. A.1089.XXXI.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina, *La adopción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

ARIAS, Alberto José, "Debe reformarse el art. 328 del Código Civil", *ED*, 198-956 y sigs.

AZPIRI, Jorge O., "Reflexiones sobre la parte general de la ley de adopción", *JA*, 1998-III-952 y sigs.

BAVETTA, Giuseppe, *Enciclopedia del Diritto*, Italia, Giufre, t. XIX, 1970, pág. 953, voz "Identitá" (diritti alla); citado en CSJN, 13 de noviembte de 1990; "Muller, Jorge", voto del Dr. Petracchi, Enrique Santiago, Considerando 12, Fallos, 313:1144.

BELLUSCIO, Augusto C., "La adopción plena y la realidad biológica", *JA*, 1998-III-1001 y sigs.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1983.

BISCARO, Beatriz R., "Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción", *JA*, 1998-III-993 y sigs.

BONZANO DE SAIZ, María de los Ángeles, "Los requisitos de la adopción y la integración regional", *JA*, 1998-III-963 y sigs.

C1ªCC. Bahía Blanca, sala II, noviembre 3-1998, "G., J. G. s/guarda", con comentario breve de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Guarda de hecho y el requisito de inscripción preadoptivo", *ED*, 182-411 y sigs.

CApel. CC. Azul, sala II, marzo 16-2000. "G., S. P. A. - c., su situación" - Bolívar (Causa 41.218) Con comentario breve de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Oposición de los padres biológico a la guarda preadoptiva", *ED*, 189-113 y sigs.

CCyCom. Mar del Plata, sala 2, 29-6-2000, "T., J.", Con comentario de CHECHILE, Ana M., "El apellido del adoptado por adopción plena, identidad y dación de nombre", *JA*, 2001-31 y sigs.

CNCiv., sala B, Junio 17-1998, "R., J. y. C. R., E. G. s/protección de persona", con comentario breve de EL BÚHO"; "Declaración de preadoptabilidad y pérdida de la patria potestad", *ED*, 180-305 y sigs.

CNCiv., sala F, Septiembre 1998, con comentario breve de ALVAREZ, Osvaldo Onofre, "Las cualidades personales de los adoptantes en concordancia con los términos de la Convención sobre los derechos del Niño", *ED*, 183-203 y sigs.

CNCiv., sala l, Marzo 10-1993, "P., R.", *LL*, 1993-C-407 y sigs.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", sentencia del 27-8-1998, Cap. IX.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Villagrán Morales y otros (caso de los 'niños de la calle')", sentencia del 19-11-1999, párr. 188.

CSJN, marzo 21-1989, "L., M. s/prevención" (recurso extraordinario), con breve reseña de BIDART CAMPOS, Germán, "¿Subsiste la legitimación de la madre que entregó en guarda a su hijo, para intervenir en el proceso?" y comentario de GOWLAND, Alberto Jorge, "Patria potestad: Cesión de la guarda de un menor", *ED*, 1998-III-134/299 y sigs.

CSJN, noviembre 13-1990, "M., J", con comentario de MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional", *LL*, 1991-B-470 y sigs.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

FALCON, Enrique M., *Elementos de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

FASSI, Santiago, "Intervención necesaria de los padres en el juicio de adopción", *LL*, 1975-A-678 y sigs., (comentario a fallo de CJSalta, sala II, mayo 6 de 1974).

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

FERRER, Francisco A. M., "Citación de los padres biológicos al juicio de adopción", *JA*, 1998-III-1034 y sigs.

GIVERTI, Eva, *Adoptar hoy*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

— *La adopción*, Buenos Aires, Sudamericana, 1992.

GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", *LL*, 1993-B-1089.

GROSSMAN Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, "La adopción de integración y la familia ensamblada", *JA*, 1998-III-1045 y sigs.

IÑIGO, Delia B., "Sobre la adopción de personas mayores de edad", *JA*, 1998-III-1057 y sigs.

Jugado Nacional Civil n° 12, 25-2-1999, "L. M., M. L", Rep. *JA*, 2001-III-Indice-39, VII h) Realidad biológica 29.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "De los llamados requisitos 'rígidos' de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina", *JA*, 1998-III-972 y sigs.

LÓPEZ FAURA, Norma, *El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción*, GROSMAN, (Dirección) y otros, *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*", Universidad, 1998, págs. 150 a 164.

LUPOLI, María C. y TAVIP, Gabriel E., "El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica", *JA*, 1998-III-1020 y sigs.

MAZZINGHI, Jorge A., "Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional.", *LL*, 1991-B-470 y sigs.

— *Derecho de familia*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 3ª edición actualizada y reestructurada, t. 4, 1995.

MEDINA, Graciela, "La guarda de hecho y la adopción", *JA*, 1998-III-959 y sigs.

— *La adopción*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998.

MORENO DE UGARTE, Graciela M., "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena", *JA*, 1998-III-1009 y sigs.

NIETO, Roberto, "El registro único de aspirantes: ¿Hacia la administrativización de la adopción?, *ED*, 177-879 y sigs.

ORLANDI, Olga E., "Hacia una adopción confiable", *JA*, 1998-III-1026 y sigs.

OTEIZA, Eduardo, "La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales", *LL*, 1991-E-891 y sigs.

OVIEDO, María N., FARAONI, Fabián E. y GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás, "Los padres de sangre en el proceso de adopción", *JA*, 1998-III-1040 y sigs.

PETTTIGIANI, Eduardo J., "La identidad del niño ¿está solo referida a su origen?", *JA*, 1998-III-1004 y sigs.

ROZEMBLUM DE HOROWIT, Sara, *Adoptar, lo Legal., lo Psicológico, lo Social*, Buenos Aires, Kargieman, 1990.

SCBuenos Aires, agosto, 20-1996, "G., V. s/adopción", con comentario breve de MORELLO DE RAMÍREZ, María Silvia y MORELLO, Augusto M., "Una actitud judicial criteriosa", *ED*, 171-148 y sigs.

STJCórdoba, sala civil, sentencia 3 del 17-3-98, en autos "R" 28/96, referenciado por MORENO DE UGARTE, Graciela M., "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena", *JA*, 1998-III-

VELAZCO, José Raúl, "Los tribunales de familia y la citación de los padres de sangre al juicio de adopción", *JA*, 1987-II-853 y sigs.

VIDELA, Mirta, *¿Conseguir un niño o adoptar un hijo?, los dilemas de la Esterilidad*, Buenos Aires, Cinco, 1996, pág. 113; citada por MORENO DE UGARTE, Graciela M., "Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena", *JA*, 1998-III-1016, cita a pie de página bajo el n° (26).

VII Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones Organizadas por el Colegio de Abogados de Morón, Provincia de Buenos, del 18 al 20 de octubre de 2001 Conclusiones de la Comisión n° 6: Protección Integral del Niño y el Adolescente.

XVI Jornadas de Derecho Civil.

ZANNONI, Eduardo, "Adopción plena y derecho a la identidad personal. La 'verdad biológica': ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?", *LL*, 1998-C-1179.

TOPOGRAFÍA ELEMENTAL DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

HERNÁN PAGÉS*

La ajetreada labor de nuestros claustros no ha sabido dar cabida a la enseñanza sistematizada de los llamados procesos de familia. Pese a que la realidad social nos ha dado sobradas muestras de la relevancia que en los últimos 15 años han adquirido los conflictos familiares que reclaman un remedio jurisdiccional, los programas de estudio de las carreras de Abogacía que se cursan en las universidades parecieran obstinarse en darle la espalda a esta temática, tal vez más por descuido que por propósito. Sucede que tanto en los cursos de Derecho Procesal Civil como en los de Derecho de Familia, por la complejidad y amplitud de los objetos de estudio, se tiende a postergar el análisis de los procesos de familia en la confianza recíproca de que el alumnado tendrá oportunidad de estudiarlos al momento de cursar la otra materia; y así, se da una suerte de contienda negativa de competencias en la que los principales damnificados son los alumnos y, con ellos, la sociedad toda a la que, ya como abogados, estamos destinados a servir colaborando en la prestación del servicio de justicia.

El presente trabajo no pretende abarcar *in extenso* todas las aristas que la cuestión ofrece. Nuestro propósito es bastante más modesto y sólo aspira a ofrecer al estudiante un panorama sintético y clarificador de los diferentes procesos que tienen por objeto la resolución de pretensiones fundadas en el Derecho de Familia.

* Abogado UNBA – Secretario del Fuero Civil – Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho Penal – UNBA.

Proceso de Familia o Procesos de Familia

Esta sutil diferenciación responde a la necesidad de señalar que puede hacerse un estudio sistemático de los juicios en que se debaten cuestiones de familia, encontrándose en ellos criterios comunes que permiten sostener la idea de que existe un "Proceso de Familia" con características propias, que lo hacen gozar de una incipiente autonomía científica.

Como particularidades, se suele señalar la acentuación de los poderes del juez[1], la intensificación de la función conciliadora[2], la colaboración interdisciplinaria[3], la marcada necesidad del ejercicio de la inmediación[4], la gratuidad y el régimen especial en materia de costas[5], entre otras.

No obstante lo expuesto, atendiendo a que aún no se ha preceptuado un ordenamiento procesal específico de la materia en la

[1] La marcada presencia del orden público en el Derecho de Familia hace que el proceso en que se encarrila este tipo de pretensiones no pueda ser ajeno a tal singularidad. Por ello, se admite que el juez de familia ejerza los poderes que el Código le acuerda con mayor celo, notándose una atenuación del carácter dispositivo del proceso civil tradicional.

[2] Lo que suelen presentar las partes en conflicto al tribunal muchas veces es más un "problema de familia" que una "pretensión procesal", poniéndose en juego la habilidad de los operadores de justicia (juez, peritos, terapeutas, abogados, asistentes sociales, etc.) para hallar el modo en que las partes involucradas logren puntos de contacto tendientes a superar los inconvenientes en aras de la armonía familiar. En esta tarea, la labor conciliadora del órgano jurisdiccional es primordial.

[3] La visión especializada de otras profesiones (psicología, psiquiatría, medicina, sociología, trabajo social, etc.) o el conocimiento de ciertas técnicas (negociación, mediación, teatralización, etc.) brindan al tribunal valiosos aportes que permiten abordar con mayor capacidad de respuesta el conflicto familiar.

[4] El contacto directo del juez con las partes toma relevancia en el proceso de familia debido al carácter particularmente personal y humano del conflicto al que es llamado a resolver; así como también, para servir a la conciliación y al trabajo interdisciplinario. No hay que olvidar que el magistrado cumple no sólo una función legal y procesal en este tipo de juicios, sino que también tiene que saber sacar provecho –en beneficio de la solución del problema familiar– del rol psicológico y social que puede ocupar según cuál sea su posicionamiento en el caso.

[5] La regla es que los procesos de familia están exentos del pago de tasa de justicia (art. 13, inc. i, de la ley 23.898). La única excepción está dada por lo relativo a la liquidación de la sociedad conyugal, opere ésta por acuerdo de partes o por trámite judicial. Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina han elaborado en materia de costas variados principios que tienden a proteger la situación de la parte más débil del conflicto (menores, alimentados, etc.), garantizándose de esta manera el acceso a la justicia.

jurisdicción nacional, rigen el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las normas procedimentales establecidas por el Código Civil. Esto torna dificultosa la labor del abogado que pretende avanzar por la senda de la emancipación del proceso de familia respecto del proceso civil en general, ya que no sólo debe marchar por un terreno nuevo y poco transitado –haciéndose camino al andar– sino que debe enfrentarse con quienes se aferran a los criterios tradicionales que consideran a aquél un proceso civil más, sin ninguna particularidad específica.

Pasaremos ahora a describir los diferentes juicios en los que se resuelven pretensiones fundadas en derecho de familia.

El Juicio de Divorcio y de Separación Personal

Se trata del juicio de familia por antonomasia. En él se ejercita una pretensión orientada a una sentencia constitutiva[6] que crea entre las partes involucradas un nuevo estado de familia (de divorciado o de separado).

La relevancia socio política que ha tenido la legislación acerca del divorcio vincular en la Argentina y las diferencias ideológicas que se han puesto de manifiesto en el debate previo a su sanción, nos dan cuenta de los motivos que han llevado al legislador a incorporar dentro del derecho de fondo normas de neto corte procesal. En efecto, iremos viendo a lo largo de este capítulo, cómo el Código Civil reglamenta cuestiones claramente instrumentales, estableciendo una suerte de excepción al principio de autonomía de las jurisdicciones locales que emerge de los arts. 5 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

I. Divorcio o separación personal por causales subjetivas[7]

Rige para estos procesos lo establecido por el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece como prin-

[6] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, 1990, pág. 319 y sigs.

[7] Las causales subjetivas de la separación personal están taxativamente determinadas en el art. 202 del Código Civil y son: 1) Adulterio; 2) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos; 3) La instigación de un cónyuge al otro a cometer delitos; 4) Las injurias graves; 5) El abandono voluntario y malicioso. A estas mismas causales remite el art. 214, inc. 1, al establecer las que motivan el divorcio vincular.

cipio la tramitación por juicio ordinario. Según el art. 227 del Código Civil, será juez competente el del último domicilio conyugal efectivo o, a opción del actor, el del domicilio del cónyuge demandado. Esta norma se emplea también en los casos en que el divorcio sea promovido por ambos cónyuges, en presentación conjunta.

Tratándose de una acción tendiente a lograr el emplazamiento en un nuevo estado civil –acción de estado–, reviste el carácter de personalísima, por lo que no puede ser ejercida más que por los cónyuges. Se discute en doctrina si resulta suficiente el poder general judicial para representar en juicio al cónyuge que pretende divorciarse. El art. 1881 del Código Civil, en su taxativa enumeración, no establece la exigencia de poder especial para este tipo de procesos, por lo que no sería necesaria su presentación, bastando un poder general[8]. Sin embargo, no debe confundirse esta circunstancia con la específicamente prevista por el art. 236 del Código Civil, cuyo alcance será analizado más adelante.

Podríamos enunciar que la modalidad de tramitación del divorcio vincular o la separación personal no posee otras peculiaridades más que las que se relacionan con las cuestiones de fondo que en ellos se ventilan, algunas de las cuales analizaremos a continuación.

La admisión o reconocimiento de los hechos - condicionamiento de las normas de fondo

El art. 356, inc. 1, del Código Procesal nacional establece que el silencio, las respuestas evasivas o la negativa meramente general "podrán" ser estimadas por el juez como reconocimiento de la verdad de los hechos afirmados en la demanda. Por su parte, en el caso de los documentos, fija la norma que se los "tendrá" por reconocidos o recibidos según el caso. De todo ello se sigue que ante la incontestación de la demanda de divorcio o ante la contestación evasiva o genérica, como en cualquier otro proceso civil, el juez podría estimar la actitud del emplazado como un reconocimiento de la verdad de los hechos contenidos en la demanda. Pero sucede que en materia de divorcio por

[8] KIELMANOVICH, Jorge L., *Procesos de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, pág. 152; allí se anota: CNCiv., Sala G, 26-III-92, Rep. *JA*, 1993-512, sum. 38; CNCiv., Sala F, 28-II-85, *LL*, 85-D-581, c. 5508), en contra: Maffía, Spota, Goldsein y Morduchowicz, citados por BELLUSCIO (*Derecho de Familia*, t. III, págs. 355-6).

causales subjetivas (art. 202, Código Civil) rige la previsión del art. 232 del Código de fondo que establece que "no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos". De modo tal que ni siquiera el reconocimiento expreso que pudiere formular el demandado sería suficiente como para tener por adecuadamente probada la causal invocada.

Tal mandato legislativo ha sido heredado del sistema que prohibía el divorcio remedio[9], admitiendo sólo la noción del divorcio sanción[10]. En aquellas épocas, la ley contaba con este tipo de resortes tendientes a evitar que los esposos construyeran un divorcio "acordado" por la vía del reconocimiento de alguna de las causales legales. En ese contexto, conservaba todo su sentido una norma como la analizada. En la actualidad, si bien posee vigencia, ha perdido virtualmente su razón de ser.

Idéntica motivación posee el art. 336 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece la prohibición de la demanda y contestación conjuntas para las acciones fundadas en derecho de familia. La *ratio* de la disposición la hallamos también aquí en la intención del legislador de evitar que los cónyuges arriben a un divorcio acordado, en contra de la voluntad de la ley.

Se deduce de lo expresado que en los procesos de divorcio o separación personal por causales subjetivas (art. 202) o por la objetiva del art. 203 del Código Civil, la admisión o el reconocimiento –tácito o expreso– por parte del accionado no le restaría su condición de juicio controvertido, siendo necesaria la actividad probatoria de las partes si se pretende el acogimiento de la pretensión.

Otro tanto ocurre en materia de allanamiento, siendo aplicable en su respecto idéntico criterio. Consecuentemente, no resulta suficiente el mismo en los supuestos de causales subjetivas (o la del art. 203).

[9] Podemos llamar así al divorcio al que se llega como fruto de una decisión consensuada por los esposos, conscientes de que la convivencia se torna perjudicial para sus vidas y las de sus hijos –si los hay–. Viene a operar como un modo de disolver la comunidad de vida que el matrimonio estaba llamado a ser, a base de la propia voluntad de los esposos.

[10] Divorcio como castigo para el cónyuge que incumplió sus deberes matrimoniales incurriendo en alguna de las causales legales.

La cuestión de las injurias graves vertidas en juicio

Sabido es que una de las causales subjetivas más comunes de separación personal o divorcio vincular es la de injurias graves. Si bien no es intención nuestra abordar el análisis de cuestiones propias del derecho de familia, debemos hacer un sintético estudio de esta causal para comprender la peculiaridad de la injuria vertida en juicio.

La jurisprudencia ha sostenido que las injurias graves que enuncia el art. 202, inc. 4, del Código Civil son toda especie de actos intencionales o no, ejecutados de palabra, por gestos, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades[11]. Se requiere que se evidencie una animosidad o *animus iniuriandi* que se configura cuando el cónyuge tiene conocimiento de su conducta antimatrimonial o de la de un tercero que él consiente, la que debe poseer una entidad tal que pueda ser tenida como determinante de la alteración de la paz conyugal. De ello se sigue que resulta injurioso todo comportamiento de uno de los esposos cuando importa un error de conducta de quien tiene o debe tener el convencimiento de la incompatibilidad de tal actitud con los deberes matrimoniales, afrentando al otro y violando, por ende, las obligaciones del matrimonio y la dignidad de la vida conyugal.

Ahora bien, la injuria vertida en juicio es aquella introducida de mala fe dentro del debate del proceso, con el claro propósito de ultrajar o difamar al otro cónyuge, excediendo las exigencias de la defensa. Se tiene particularmente en cuenta, como factor determinante de la injuria, que el cónyuge que introdujo la acusación difamatoria no haya intentado siquiera producir prueba al respecto. V.gr., si una de las partes, en los escritos constitutivos del proceso, acusa a la otra de poseer cierta frigidez o desviación sexual y omite siquiera intentar probarla en la etapa pertinente, tal afirmación reúne las características propias de la injuria vertida en juicio.

[11] CCiv. 1ª Cap., 6/8/45, *LL*, 39-748, voto del Dr. Barraquero; CNCiv., Sala A, 8/5/79, *LL*, 1979-C-349; íd. Sala B, 9/11/78, *JA*, 1980-I-59; íd. Sala C, 9/4/76, *LL*, 1976-C-110; íd., íd., 10/10/85, *JA*, 1986-III-728; íd., Sala D, 15/7/71, *LL*, 151-641, 30.369-S; íd., Sala E, 28/4/61, *JA*, 1962-IV-134; íd., íd., 16/11/79, *JA*, 1980-II-28; íd. Sala F, 12/3/79, *JA*, 1979-III-231, citados en VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Matrimonio Civil. Ley 23.515", pág. 382, entre otros

¿Cuál es el momento oportuno para invocar la injuria vertida en juicio?: se ha sostenido que, como para que se configure resulta necesario que el ofensor no haya siquiera intentado probar el hecho cuya invocación la genera, forzoso resulta admitir que sea introducida en los alegatos o, incluso, en la expresión de agravios ante la segunda instancia[12]. Es decir, ya que para que exista injuria vertida en juicio debe evaluarse la conducta de la parte que la produjo a lo largo del proceso, se considera que no puede exigirse que sean invocadas sólo en la demanda y reconvención, momento en que aún no puede estimarse como injurioso el acto, habiéndose admitido su introducción con posterioridad. Tal concepción, aunque la doctrina autoral y judicial la admite, no deja de ser cuestionable desde la perspectiva de los principios de preclusión y bilateralidad.

II. Separación personal o divorcio vincular por causal objetiva (arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil)[13]

Nada indica para este tipo de procesos la posibilidad de un apartamiento de lo dispuesto para los juicios fundados en las causales subjetivas en lo que respecta a la tramitación por la vía ordinaria (conforme lo dispone el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Sin embargo, no se aplica aquí lo que hemos visto precedentemente con relación a la insuficiencia de la confesión o el reconocimiento de parte para acoger la pretensión. En efecto, el artículo 232 del Código Civil antes citado, deja a salvo el juicio de divorcio o separación personal tramitado por las causales objetivas contempladas por los arts. 204 y 214, inc. 2, de lo que se sigue que en estos casos sí "será

[12] VIDAL TAQUINI, Ley 23.515, arts. 159 a 239 del CC, pág. 391; CNCiv., Sala K, "B. de R., M. C/ R., A.O. s/ ordinario" del 30/11/94, sumario ISIS 6045; CNCiv., Sala C, 29/11/78, *LL*, 1979-B-363, Nº 77.113; CNCiv., Sala J, 18/2/99, B., S. M. c. L. C., A. G. s/divorcio ordinario", publicado juntamente con la sentencia de 1ª instancia en idéntico sentido, *ED*, 19/11/99.

[13] La causal objetiva que más trascendencia ha tenido (en desmedro de la estipulada por el art. 203) es la que describen los arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil. Dispone el art. 204: "podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años". Esta norma es aplicable al divorcio vincular, salvo en lo atinente al plazo que se fija en tres años, en virtud de lo previsto por el art. 214, inc. 2.

suficiente" la confesión o el reconocimiento que formularen los cónyuges para tener por acreditado el hecho constitutivo del que se derivará la consecuencia jurídica separación personal o divorcio vincular, según sea el caso. Es que por decisión de política legislativa, se ha querido contar con un mecanismo que permita al sistema reconocer la irreversible ruptura de la alianza conyugal dada en los hechos, erigiendo en causal –de divorcio o separación personal– la sola circunstancia de la separación sin voluntad de unirse por un período de dos o tres años.

De ello se sigue que los juicios encauzados por vía de estas causales objetivas admiten la posibilidad de la confesión por la parte demandada, o el reconocimiento de los hechos o el allanamiento. En tales casos, de no existir cuestión controvertida alguna por haber ambas partes reconocido el hecho de la separación, corresponderá la fijación de la audiencia del art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, dentro de su marco, la declaración de que la cuestión será resuelta como de puro derecho. Sin embargo, es habitual en estos supuestos que directamente se dé intervención al Fiscal y, con la conformidad de éste, se dicte sentencia sin más trámite. Esta situación no resulta compatible con ninguna norma procesal, lo que no significa que no sea una costumbre judicial arraigada en muchos de los juzgados de familia de nuestro medio.

En lo tocante al allanamiento puro, sin reconocimiento de los hechos, corresponde señalar que tal actitud del demandado es interpretada por nuestros tribunales como un reconocimiento de los hechos contenidos en la demanda, admisible en materia de causal objetiva (arts. 204 y 214, inc. 2), y asimilada a la situación antes transcripta, procediéndose al dictado de sentencia sin más trámite, previa conformidad del Ministerio Público.

La superposición de causales subjetivas y objetivas

Los hechos que dan lugar a la declaración de divorcio o separación por causales subjetivas constituyen verdaderos ilícitos civiles (delitos civiles que, como se sabe, pueden o no coincidir con figuras penales), cuya atribución a un responsable nace de la culpa o del dolo, determinantes de la imputabilidad, de la que se deriva como sanción la obligación de la reparación del daño o perjuicio ocasionados. Las causales subjetivas poseen independencia operativa y no se compen-

san ni se subordinan unas a otras. De tal manera que la comisión de un hecho que se traduce en causal por parte de un cónyuge, no habilita en modo alguno la respuesta ilícita del otro. Si en el proceso ha mediado demanda y reconvención, comprobándose en la etapa probatoria la procedencia de las causales subjetivas (similares o no) invocadas tanto por la actora como por la demandada, corresponderá decretar el divorcio (o separación) por culpa de ambos esposos, no siendo factible pretender una "graduación" de la culpa de uno o de otro por hallarse tal posibilidad excluida del ordenamiento legal del matrimonio. Sin embargo, sin por ello apartarse de este principio, la jurisprudencia ha sabido atemperar este criterio en casos en que la actitud de uno de los esposos constituye una afrenta o provocación que justifica –dentro de los parámetros lógicos, que en cada caso habrá que analizar– la respuesta o reacción que por sí sola y fuera de contexto podría constituir una conducta disvaliosa, configurativa de una causal subjetiva[14].

Hemos visto hasta aquí lo que sucede cuando se superponen causales subjetivas invocadas por uno u otro cónyuge. Ahora bien: ¿qué acontece cuando uno de los esposos invoca la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse y el otro ha introducido una causal subjetiva? Ante la confluencia de una causal objetiva y otras subjetivas, en caso de ajustarse a derecho el planteo subjetivo, la sentencia no puede basarse en la cuestión objetiva sino que debe ser aquél el fundamento de la decisión[15]. Ello se desprende de una adecuada hermenéutica del art. 204 al que remite el art. 214, inc. 2, del Código Civil. En efecto: la segunda parte de esta disposición, al decir "si alguno de ellos (de los cónyuges) alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente", introduce la posibilidad de proteger la situación del cónyuge inocente ante un planteo de separación fundado en el hecho objetivo al que se refiere la primera parte del artículo. Como consecuencia lógica de ello, se deduce que la cuestión subjetiva introducida a mérito del párrafo transcripto, una vez alegada y debidamente pro-

[14] Conf. CNCiv., Sala E, 5/6/85, *ED*, 116-504; CNCiv., Sala G, 15/8/1983; CNCiv., Sala F, 22/4/82, entre otros.

[15] Conf. sumario ISIS 9673, Sala C *in re*, "V., L. A. c. V., M. C. s/Divorcio", del 18/3/97.

bada, no puede dejar de prevalecer sobre la causal objetiva, pues si así fuera, carecería de sentido el texto de la norma[16].

Por último, corresponde considerar cómo juega desde lo procesal el resorte previsto por el art. 204 del Código Civil, última parte, en cuanto habilita la posibilidad de dejar a salvo los derechos del cónyuge inocente en supuestos de separación o divorcio por causal objetiva. La norma alude a quien "alega y prueba no haber dado causa a la separación", como destinatario de este beneficio. Ahora bien: ¿en qué marco procesal ha de "alegarse y probarse" no haber dado causa a la separación? Entendemos que no existe otra alternativa válida más que la vía reconvencional. Es que lo contrario importaría exigirle a la demandada (como parte interesada en demostrar no haber dado causa a la separación) una prueba diabólica tendiente a verificar que, a lo largo de los años de convivencia entre las partes, no fue autora de ningún hecho que podría ser tomado como causante de la separación de los cónyuges. Tal probanza es, a la luz de los principios de la lógica, de imposible obtención. Es por tal razón que se sostiene que la única vía orientada a demostrar "no haber dado causa a la separación" es probar la culpa de la otra parte y, con tal objeto, ha de promoverse la reconvención.

La presentación conjunta o demanda y contestación conjuntas en estos supuestos

Hemos visto que el sentido que motivaba la prohibición contenida por el art. 336 del Código Procesal estaba emparentado con la inadmisibilidad del divorcio remedio en nuestro sistema. En la actualidad, tal prohibición carece de sentido a la luz de lo preceptuado por el art. 236 del Código Civil, así como también en virtud de la aceptación de las causales objetivas. Como consecuencia de ello, podría decirse que la proscripción del art. 336 ha quedado virtualmente derogada. El Código Civil expresamente admite la presentación conjunta en la hipótesis del art. 215 y esto ha derivado en la posibilidad –ya indiscutida– de la presentación conjunta de la demanda de divorcio o separación personal por las causales objetivas de separación de

[16] Conf. CAPPARELLI, Julio César, "La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal de divorcio y la *reconventio-reconventionis*", Diario de *El Derecho* del 19/8/97.

hecho. Conviene señalar, no obstante lo expuesto, que una autorizada doctrina ha sostenido que en los supuestos de los arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil, no existe demanda y contestación conjuntas en los términos del art. 336 del Código Procesal por cuanto ésta presupone la existencia de un conflicto que estaría ausente en estos procesos[17]. Desde esta perspectiva, la presentación conjunta de las demandas fundadas en las causales objetivas no entraría bajo el ámbito de competencia del art. 336, CPCCN sino que sería una suerte de creación derivada de la previsión legal de los arts. 205 y 215 del Código Civil.

Lo cierto es que nuestros tribunales nos demuestran que existe una ingente cantidad de divorcios y separaciones que tramitan por una vía "especial"[18]. Ésta consiste en la presentación de ambos esposos, en demanda conjunta, manifestando que reconocen encontrarse separados de hecho sin voluntad de unirse desde hace más de dos o tres años y requiriendo al tribunal el dictado de la sentencia de separación personal o divorcio vincular fundada en lo dispuesto por los arts. 204 o 214, inc. 2, del Código Civil. Se admite, asimismo, que en tales demandas conjuntas los esposos pacten acuerdos de tenencia, alimentos y visitas respecto de sus hijos menores. La tramitación dada a estos juicios en nuestros tribunales es absolutamente atípica. Simplemente, suele corrérseles vista al Fiscal y al Defensor Público de Menores (en caso de que hayan suscripto convenios que involucren intereses de los hijos menores) procediéndose luego al dictado de la sentencia sin más. Otros juzgados han optado por dar vista de la demanda conjunta al Fiscal y, luego de ello, declaran la cuestión como de puro derecho, pasando a dictar sentencia una vez firme tal declaración. Observamos que ante la ausencia de un procedimiento específico para estas tramitaciones carentes de controversia, la costumbre judicial ha creado sus propias dinámicas que no poseen tipificación normativa.

[17] KIELMANOVICH, Jorge, *ob. cit.*, pág. 174.

[18] Vale señalar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entre los códigos de asignación de carátulas que se gestionan en el Centro de Informática que de ella depende, ha incorporado un rubro denominado "Divorcio Art. 214 Inc. 2do. Código Civil – *Proceso Especial*", destinado a los supuestos de presentación conjunta. Idéntica carátula pero con la leyenda "Proceso Ordinario" es la que se asigna a estos juicios si son iniciados por una sola parte.

Asimismo, algunos magistrados acostumbran fijar una audiencia antes de resolver, a fin de evaluar la equidad y conveniencia de acuerdos formulados y precisar el alcance de la decisión a adoptar. Dadas las consecuencias patrimoniales que la sentencia de separación personal o divorcio vincular acarrea en materia de liquidación de la sociedad conyugal[19], suele utilizarse el marco de esa audiencia para clarificar este tipo de aspectos.

III. La separación personal y el divorcio vincular por presentación conjunta (arts. 205 y 215 del Código Civil)

Establecen los arts. 205 y 215 del Código Civil que una vez transcurridos dos o tres años respectivamente desde la celebración del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal o divorcio vincular conforme a lo dispuesto en el art. 236 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, el art. 236 del Código Civil dispone que tal demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre la tenencia y el régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal, el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces y el modo de distribuir los bienes de la sociedad conyugal. El juez se encuentra facultado para objetar las estipulaciones que a su criterio "afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos".

El trámite a seguir en estos procesos ha sido reglado por el Código Civil, gozando de uniformidad en todo el territorio de la República. Presentada la demanda, el juez convoca a las partes a una audiencia a la que deben concurrir personalmente y exponerle las "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común",

[19] Un moderno plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (C. G. T c. A. J. O. s/Liquidación de sociedad conyugal – del 29/9/99) ha virtualmente extendido los efectos del art. 1306 del Código Civil de manera retroactiva a la fecha en que los esposos se separaron de hecho. De modo tal que la manifestación de los cónyuges acerca de la fecha en que se produjo la separación puede acarrear graves consecuencias patrimoniales acerca de las cuales las partes y sus letrados no suelen estar debidamente alertados.

de las que no se deja constancia alguna en el acta. En tal oportunidad, el magistrado debe procurar conciliar a los esposos. Si la conciliación no fuere posible, el juez debe convocar a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, instando a las partes al avenimiento. A esa segunda audiencia también deberán concurrir los cónyuges personalmente o a través de apoderado con mandato especial, a fin de expresar si han arribado o no a una reconciliación. Si las partes expresan allí nuevamente su voluntad inicial, el juez debe decretar la separación personal o el divorcio vincular en tanto los motivos aducidos por los esposos sean "suficientemente graves". La sentencia debe limitarse a expresar que tales razones hacen moralmente imposible la vida en común, debiendo omitir mencionarlas.

Dado este panorama genérico de lo dispuesto en las normas del Código respecto del proceso en análisis, conviene formular algunas aclaraciones.

En el supuesto de que a la primera de las audiencias previstas por el art. 236 no compareciera alguna de las partes, el pedido no tendrá efecto alguno o, dicho en otras palabras, se las tendrá por desistidas de su pretensión. Tal criterio encuentra sustento en la indicación normativa que se transcribe seguidamente: "si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno". Vale mencionar que si existieran razones para justificar la inasistencia, no habría obstáculo alguno para admitir la fijación de una nueva audiencia a los mismos fines si así fuese solicitado por las partes.

Otro punto interesante es el suscitado con respecto a la posibilidad de desistir del proceso y las limitaciones al ejercicio de esa facultad. Las partes pueden hacerlo hasta la celebración de la segunda de las audiencias estipuladas por el art. 236. A partir de ese momento, en virtud de un plenario de fecha 30/8/1985[20], cesa la facultad de los esposos de formular válidamente un desistimiento unilateral del proceso. Respecto de las costas, tratándose el divorcio por presentación conjunta de un proceso de naturaleza contenciosa, deberán ser soportadas por la parte que formule el desistimiento en aplicación del principio del art. 73 del CPCCN.

[20] CNCiv., en pleno, 30/8/1985, *LL*, 1985-D-333. Destácase que este plenario modifica un criterio contrario sostenido plenariamente por la Cámara en autos "C. A. y M. M s/divorcio art. 67 bis – ley 2393" de fecha 31/3/1980.

En el infrecuente caso en que la sentencia no admitiera la separación personal o el divorcio en este tipo de juicios, debido a un criterio jurisprudencial plenario vigente desde el año 1972[21] (vinculado al divorcio del antiguo art. 67 bis de la ley 2393, de trámite muy similar al actual art. 236), sería inapelable. Sin embargo, por no causar efectos de cosa juzgada, podrían los esposos plantear nuevamente idéntica pretensión ante el tribunal. Por razones de conexidad se asignaría la nueva causa al mismo juez que rechazó la demanda anterior, por lo que deberían las partes –a la hora de expresar en privado los motivos graves que hacen moralmente imposible la vida en común–, hacer referencia a circunstancias diferentes y de mayor entidad o seriedad que aquellas que ya fueron desestimadas como presupuesto de la sentencia en el proceso previo.

Por último, creemos interesante indicar que la vía del art. 236 puede (y suele) ser utilizada como mecanismo procesal de encauzamiento de una separación personal o divorcio vincular contradictorios (juicio ordinario). En efecto, en oportunidad de celebrarse alguna de las audiencias posibles del juicio ordinario (arts. 34, inc. 1, 360 o 36, inc. 2, ap. "a", del CPCCN), o de modo extrajudicial, las partes pueden acordar la transformación del proceso contencioso en uno por presentación conjunta, siendo de sana práctica la formación de un nuevo expediente que tramitará por separado[22]. No existiría óbice para que en la misma audiencia en la que se acordó la transformación, el juez recibiera la manifestación de los esposos en el sentido dispuesto en el art. 236, cumpliéndose entonces el primero de los actos estipulados en la norma. En estas hipótesis de transformación, lo que sucede con el proceso ordinario contradictorio es que las partes acuerdan su desistimiento, puesto que no podría continuar vigente y tramitar en paralelo con un juicio por presentación conjunta. Por ello, y a fines de evitar que una vez operado el desistimiento del contradictorio, alguna de las partes, unilateralmente, desistiera del proceso seguido por el art. 236, es que se ha admitido la posibilidad de condicionar el desistimiento del primero al dictado de la sentencia del se-

[21] CNCiv. en pleno, 20/7/1972, *JA*, 15-1972-280.

[22] De esta forma se garantiza que el nuevo juicio en los términos del art. 236 conserve la reserva de los hechos graves que hacen moralmente imposible la vida en común, los que, en gran medida, suelen ser materia de debate y prueba en los procesos contradictorios que tramitan por la vía ordinaria.

gundo[23]. Si bien coincidimos con la conveniencia práctica de esta solución, destacamos que el Código Procesal no prevé la contingencia de sujetar el desistimiento a modalidad alguna.

IV. Separación personal en razón de alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges

Esta poco empleada causal se encuentra legislada en el art. 203 del Código Civil como determinante sólo de la separación personal. El divorcio vincular podrá obtenerse en estos casos una vez cumplidas las pautas del art. 238 del ordenamiento citado.

Por esta vía se habilita la separación personal fundada en la imposibilidad de continuar la vida en común con una persona aquejada por graves trastornos mentales, alcoholismo o drogadicción. Sin profundizar en el alcance del supuesto –por no ser objeto de este trabajo– nos detendremos brevemente en las implicancias procesales que se advierten.

Al carecer de un trámite especial, la vía por la que ha de sustanciarse el juicio es la ordinaria (art. 319, Código Procesal), por lo que, entablada la demanda, correspondería sin más dar traslado al cónyuge accionado. Sin embargo, de una visión armónica del plexo normativo, se deduce la necesidad de dar intervención previa al Defensor Público de Menores e Incapaces para que en ejercicio de la representación promiscua que le otorga el art. 59 del Código Civil, vele por los intereses del presunto afectado por la dolencia incapacitante. En tal situación, y si hubiere mérito para ello, corresponderá al Ministerio Público deducir el proceso de insania o inhabilitación –según fuere el caso– (art. 144, inc. 3, del Código Civil). Tal como veremos más adelante, con la apertura a prueba del proceso de insania o inhabilitación se designará un curador provisorio (art. 626, Código Procesal) que será con quien ha de trabarse la litis en el juicio de separación personal, sin perjuicio de la posibilidad de que también el demandado intervenga personalmente en el proceso. Vemos así que con esta cuestión previa se busca garantizar la validez de los actos procesales a producirse evitando que la intervención personal del cónyuge enfermo, susceptible de ser declarado insano, provoque la nulidad de todo lo actuado por sí en la causa debido a su incapacidad procesal.

[23] CNCiv., Sala A, 28/11/1985, *LL*, 1986-B-327.

Por otra parte, la solución aportada precedentemente permite asegurar la realización de una pericia médica o toxicológica –de sumo valor para el proceso de separación personal– por ser obligatoria en el juicio de insania o inhabilitación al grado de poder disponerse compulsivamente –por hallarse en juego la protección de la persona del presunto incapaz–, cosa que no podría admitirse en otro tipo de procesos.

Por último, cabe señalar que con la sola comprobación de la enfermedad del cónyuge no se configura el presupuesto previsto en el art. 203 para habilitar la separación personal. Quien la reclama deberá además demostrar que la grave dolencia de su cónyuge hace imposible la convivencia familiar.

El Proceso de Nulidad de Matrimonio

Estamos aquí frente a otra acción de estado que, a diferencia de la de divorcio vincular, no se orienta a la disolución del vínculo matrimonial sino a la declaración de la ineficacia del acto jurídico que le dio origen. La mayor parte de las contingencias propias de este juicio hace a las normas del derecho de fondo aplicable, por lo que no serán analizadas en este trabajo, siendo materia específica del Derecho de Familia.

Al igual que el resto de los procesos por los que se encarrilan las acciones de estado (excepto el proceso de adopción), la nulidad de matrimonio tramita por la vía ordinaria (art. 319, Código Procesal).

Vale plantear que la acción de nulidad está sujeta a diversos plazos de caducidad tratados en la normativa de fondo, que varían según la causal que se invoque como fundamento. Conviene distinguir que tales caducidades se orientan directamente a enervar la acción de estado[24], careciendo de implicancias procesales, por lo que lo único en común que conservan respecto de las caducidades procesales es el nombre.

[24] El sentido de las caducidades que el Código Civil establece para la acción de nulidad de matrimonio, en similar sentido a lo que sucede en las caducidades para las acciones de filiación, radica en la decisión político-legislativa de otorgar seguridad jurídica al estado de familia matrimonial (*favor matrimonii*) evitando que la posibilidad de poner en discusión la validez de un matrimonio se prolongue indefinidamente en el tiempo.

La acción de nulidad suele ser acumulada a la de divorcio vincular o de separación personal, acciones éstas que deben quedar condicionadas eventual o subordinadamente a aquélla. De modo tal que el tribunal deberá primeramente analizar la pretensión de nulidad y sólo en el caso de que ésta sea desestimada, pasar a examinar la de divorcio o separación. No sería correcto el estudio en primer término de las pretensiones de divorcio vincular o separación personal ya que, para que su tratamiento fuese procedente, sería necesario reconocer la existencia de un matrimonio válido. Al estar atacado éste por la acción de nulidad, corresponde determinar primeramente la eficacia del matrimonio para sondear luego la pretensión subsidiaria de divorcio o separación.

En materia de prueba, se observa una creciente tendencia a reconocer en la actitud elusiva de las partes a someterse a exámenes periciales (v. gr., en los casos en que se busca demostrar la impotencia del marido o la virginidad o no de la mujer) un indicio en contra del renuente.

Los Procesos de Filiación

Bajo este título, englobaremos los procesos a través de los cuales se encarrilan las acciones de filiación. Desde una perspectiva didáctica, los juicios que veremos seguidamente presentan características comunes que nos han determinado a tratarlos en conjunto; a diferencia de los procesos de divorcio que, participando de la misma condición de "acción de estado", poseen múltiples facetas y variantes.

Nos referiremos aquí a la reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, la impugnación de la paternidad matrimonial, la negación de la paternidad matrimonial, la impugnación y nulidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial y la impugnación de la maternidad.

Todos estos procesos tramitan por la vía del proceso ordinario (art. 319, Código Procesal). De modo semejante a lo que vimos al tratar la nulidad de matrimonio, se observa que las acciones filiales –reguladas por los arts. 251 a 263 del Código Civil– se encuentran sujetas a plazos de caducidad tratados en la normativa de fondo, orientados a dar seguridad jurídica al estado de familia consolidado.

Suele darse en este tipo de juicios que los intereses del hijo se encuentren en controversia respecto de los de quien está llamado a

ejercer su representación legal (padre o madre). En tales casos, por aplicación del art. 397, inc. 1, del Código Civil, el juez deberá designar un tutor especial o *ad litem*. Tal funcionario, que debe ser abogado de la matrícula y preferentemente de abonada experiencia en el fuero, es nombrado discrecionalmente por el juez para ejercer la representación del menor en el proceso, garantizándose así la plena defensa de sus derechos.

Las pruebas biológicas

Nos parece fundamental señalar que en este tipo de juicios actualmente cumplen un primordial rol las pruebas biológicas. Se denominan así los procedimientos científicos que establecen, con un elevadísimo grado de certeza, el porcentaje de probabilidad de inclusión o exclusión de una persona en la paternidad o maternidad de otra. Tales técnicas han evolucionado enormemente. En su origen, no sumaban mucho más que un mero indicio al proceso (tests de parecidos físicos, pruebas hematológicas, etc.), valioso como elemento coadyuvante de otras pruebas. Cabe destacar que alguno de estos métodos, como el de sistemas sanguíneos, alcanzaban absoluta certeza como prueba negativa. Es decir, podían dar plena seguridad a fin de determinar la no paternidad de una persona. Pero no servían para avanzar seriamente por sí solas en el problema concreto de saber quién era el progenitor.

Con el tiempo, la aparición de la prueba de histocompatibilidad o HLA (Human Lymphocyte Antigen) vino a aportar un fundamental avance en la materia, estableciendo márgenes de acierto de entre el 96 y 99,9 % en la probabilidad de paternidad o maternidad.

Actualmente, una prueba biológica aun más precisa ha venido a allanar los inconvenientes que ofrecía la indagación de la paternidad. Se trata de la prueba de tipificación del ADN (ácido desoxirribonucleico), que permite determinar con absoluta certeza la herencia genética, superando las dudas que presentaban las técnicas anteriores. A través del análisis de células de sangre, semen o de otros tejidos de la persona (cabello, mucosa bucal, etc.), se obtiene la tipificación genética del individuo que no es más que el fruto de la combinación azarosa de los genes transmitidos por sus progenitores. Por medio de un estudio comparativo de la información obtenida de las partes involucradas en el examen, se posibilita la determinación cierta de la paternidad o maternidad atribuida. Estas pericias se pue-

den realizar incluso con material orgánico cadavérico (v.gr., en los casos en que el presunto progenitor hubiese fallecido) o a través de la información genética que se puede obtener de otros familiares de la persona cuya filiación se pretende (abuelos, hermanos, etc.).

Dada la seguridad que ofrecen las pruebas biológicas actualmente, se ha ido construyendo por vía jurisprudencial la presunción del acierto de la posición contraria a la de aquel que en el juicio se niega a someterse a la pericia. Es que cuando se está discutiendo el estado de familia de una persona, no existen –en principio– razones que puedan justificar la negativa a realizarse las pruebas biológicas más que el temor a dejar en evidencia la justicia del reclamo de la parte contraria. En esta línea, el art. 4 de la ley 23.511 –que organiza el Banco Nacional de Datos Genéticos[25]– establece que la negativa a someterse a los exámenes y análisis en este tipo de juicios "constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

Por último, cabe agregar que el art. 253 del Código Civil dispone que en las acciones de filiación podrán ser decretadas las pruebas biológicas a petición de parte o, incluso, de oficio. Con ello se evidencia el interés del Estado en proteger la identidad de la persona y el estado de familia en virtud de las responsabilidades que de él se derivan.

El Proceso de Alimentos

Junto a los procesos de declaración de incapacidad e inhabilitación, éste es el único juicio propio del Derecho de Familia que tiene previsto en el Código Procesal una tramitación diferenciada. En efecto, dada la trascendencia de la cuestión comprometida, el legislador ha optado por establecer un proceso especial, sumamente expeditivo orientado a lograr una pronta satisfacción de las apremiantes necesidades asistenciales a las que está destinado a garantizar[26]. A la hora

[25] Este Banco tiene por finalidad el almacenamiento de datos para resolver conflictos de filiación de "niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio", facilitando así el establecimiento de su verdadera identidad. Funciona en el Hospital Durand.

[26] Vale recordar que la obligación alimentaria tiende a la satisfacción de necesidades esenciales para la conservación de la vida y para la subsistencia de quien los requiere. Respecto de los hijos menores, esta obligación comprende "la satisfacción de las necesidades (...) en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad" (art. 267 del Código Civil).

de clasificarlo, se sostiene que se trata de un proceso de conocimiento (por oposición a los de ejecución y cautelares), encuadrando en la categoría de plenario excepcionalmente abreviado[27]. Dada su naturaleza especial, no procede la acumulación de pretensiones dentro del marco del proceso (conforme lo establecen los arts. 87, inc. 1, del Código Procesal y 375 del Código Civil).

Mediación previa

En virtud de una Resolución dictada por la Presidencia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 13/5/96, los juicios de alimentos –así como los incidentes de aumento y disminución de cuota alimentaria– no deben considerarse exceptuados de la mediación previa obligatoria en los términos del art. 2 de la ley 24.573 sino que, por el contrario, debe cumplirse con esa etapa previa para poder acceder a la jurisdicción. No ocurre lo mismo respecto de la petición de alimentos provisorios que, por tratarse de un proceso cautelar, está exento de mediación.

Recaudos de la demanda

El art. 638 del Código Procesal establece que quien promueve el juicio de alimentos debe acreditar el *título* en virtud del cual los reclama, denunciar el *caudal económico del demandado* aunque sea aproximadamente, y *ofrecer toda la prueba* de la que intentará valerse; por supuesto, tales cuestiones deben enmarcarse en una demanda que cumpla con los recaudos del art. 330.

Al referirse al *título*, la norma hace alusión al vínculo de parentesco en mérito al cual se reclaman los alimentos. Según el caso, en la presentación liminar también deberá aludirse a la situación de necesidad del alimentado y la falta de medios para proveer a la propia subsistencia, salvo que se trate de alimentos para los hijos menores o para el cónyuge inocente de la separación o divorcio, hipótesis éstas en las que no es menester demostrar estado de necesidad alguno, dado que la prestación alimentaria deriva de pleno derecho de una obligación emergente de la patria potestad, en el primer caso (art. 265, Có-

[27] PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VI, pág. 513.

digo Civil) y de un efecto de la separación personal o divorcio vincular con declaración de culpabilidad, en el segundo (art. 207, Código Civil).

Por último, es necesario hacer alusión a la *capacidad económica del demandado*, resultando conveniente además estimar el monto de la pensión que se requiere. Estos últimos dos elementos serán de fundamental relevancia a la hora de fijar el monto de la cuota alimentaria.

La audiencia preliminar y sus consecuencias

Una vez entablada la demanda, además de ordenar inmediatamente la producción de las medidas probatorias ofrecidas, el juez citará a las partes a una audiencia que tendrá lugar en un plazo no superior a los diez días, en la que intentará que lleguen a un acuerdo, en cuyo caso lo homologará en ese mismo acto poniendo fin al juicio (art. 639, Código Procesal). Cuando sin causa justificada la parte demandada no compareciera a esta audiencia, el juez le aplicará una multa (art. 640, inc. 1) y señalará una nueva audiencia, a celebrarse dentro de los cinco días, a la que deberá citarse nuevamente a las partes (art. 640, inc. 2). La norma fija como apercibimiento para el supuesto en que el demandado vuelva a inasistir, el de "establecer la cuota alimentaria de acuerdo con las pretensiones de la parte actora y lo que resulte del expediente". Adviértase la gravedad de la sanción al incompareciente contumaz, de la que se deriva la posibilidad del dictado de la sentencia sin más soporte probatorio que el arrimado por la parte actora.

Asimismo, se observa que los plazos a los que hace referencia el Código en este proceso son sumamente breves y se orientan a la pronta solución del conflicto.

La incomparecencia de la parte actora a la audiencia preliminar acarrea la fijación de una nueva audiencia en similares términos de la prevista por el supuesto de inasistencia de la parte demandada, pero bajo apercibimiento de tenerla por desistida de su pretensión (art. 641). Se admite que las partes justifiquen una sola inasistencia. En caso de subsistir las razones que la motivaren, deberán hacerse representar por apoderado, bajo apercibimiento de lo previsto por los arts. 640 y 641 antes reseñados.

La oposición a la pretensión y el alcance de la intervención del demandado. La solución que da el Código Procesal

Dispone el art. 643 del Código Procesal que en oportunidad de la audiencia preliminar del art. 639 o, en su caso, en la fijada supletoriamente en los términos del art. 640, inc. 2, la parte demandada podrá oponerse a la pretensión demostrando la falta de título o derecho del actor, así como la situación patrimonial propia o del accionante. En cuanto a las pruebas, el Código sólo admite que el demandado aporte la instrumental y la informativa, en tanto que el diligenciamiento de los informes no podrá postergar, en ningún caso, el plazo de cinco días que el juez tiene para dictar sentencia a partir del momento en que la parte actora se lo solicite (art. 644).

Vemos aquí que el emplazado en la acción de alimentos halla sumamente acotado su derecho de aportar pruebas tendientes a desvirtuar la pretensión. Asimismo, hemos mencionado que el juez, al mismo tiempo de ordenar la citación para la audiencia preliminar del art. 639, debe disponer la recepción de las pruebas ofrecidas por la actora. De ello se sigue que es muy factible que suceda que cuando el demandado es efectivamente notificado de la citación para la audiencia preliminar –oportunidad en la que toma conocimiento de la promoción del juicio y en que debe ejercer su derecho de defensa– la actora ya haya producido la totalidad de su prueba y pase a solicitar –concluido el acto– el dictado de la sentencia dejando al demandado sin posibilidad de aportar elemento probatorio alguno más que los documentos que tuviese en su poder. Consecuentemente, el juicio pasaría a ser estudiado por el juez, quien dentro del quinto día debería dictar la sentencia.

Téngase en cuenta que como la cédula de notificación a la audiencia preliminar debe ser confeccionada y presentada para su diligenciamiento por la propia actora, el procedimiento puede así ser fácilmente empleado para favorecer la actuación de la peticionante, en perjuicio de los derechos del accionado. En efecto, bastaría que la reclamante evitase la efectiva citación del demandado (por ejemplo, por medio de una "defectuosa" confección de la cédula) para ganar así la libertad de producir la totalidad de su prueba sin la intervención de la contraparte; con la de que una vez peticionada y fijada la nueva audiencia preliminar (ya que la anterior fracasó por falta de notificación al demandado), en caso de no llegarse a acuer-

do, el juez debe dictar sentencia dentro del quinto día, imposibilitándole al demandado arrimar prueba alguna, salvo la documental que tuviere en su poder.

La actuación del demandado: una interpretación correctora

Dados los inconvenientes que generaba la aplicación literal de las pautas fijadas por el Código, la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando una suerte de interpretación correctora del alcance de la actuación del demandado en el juicio de alimentos.

En primer lugar, se admite que la intervención en los términos del art. 643 sea más amplia de la establecida en la norma, aceptándose que en su escrito de descargo el demandado precise los hechos antecedentes del reclamo, invoque el derecho en que se ampara y funde su defensa ofreciendo la prueba de la que se valdrá. Tal participación se compatibiliza más con una contestación de demanda que con el texto del 643, por lo que algunos autores la asimilan con tal acto procesal.

En cuanto a la prueba, también nos encontramos con una extensión de las facultades del demandado más allá de lo que textualmente se establece en la norma. Efectivamente, la jurisprudencia mayoritaria acepta que el alimentante ofrezca todo tipo de pruebas (confesional, testimonial, pericial, etc.) además de la documental e informativa que habilita el 643. La única limitación que se le reconoce a la prueba del emplazado es la que emana del art. 644, en el sentido de que, una vez producida la de la actora, el juez debe dictar sentencia dentro del quinto día, sea cual fuere el estado en que se encuentra la prueba del demandado. Es decir, el dictado de sentencia no puede verse postergado por el hecho de que al demandado le queden pruebas por producir. En ese caso, se dicta igualmente sentencia y las diligencias probatorias pendientes no son valoradas. De modo tal que en tanto la parte actora tenga pruebas por producir, el demandado podrá utilizar ese tiempo para llevar a cabo la que a su parte le interesa.

Sentencia

Una vez producida la prueba de la actora, o luego de haber desistido ésta de la que tuviere pendiente, el juez dictará sentencia dentro del quinto día (art. 644).

En dicha resolución se fijará la cuota que el alimentante debe abonar, la que tendrá efecto retroactivo a la fecha de "interposición de la demanda". Sin embargo, con el advenimiento del trámite previo de mediación obligatoria, muchos autores y jueces se enrolan en la tendencia de que las cuotas rigen a partir del momento de inicio de la mediación.

Las cuotas alimentarias devengadas desde el inicio del proceso (o de la mediación, según la postura que uno adopte) hasta el dictado de la sentencia, son las que constituyen los *alimentos atrasados* a los que alude el art. 645. Como en tal concepto suele acumularse una deuda considerable (dependiendo de la cantidad de meses en que se hubiese prolongado la sustanciación del juicio), el juez puede establecer una cuota suplementaria, además de la pensión alimentaria que rige a futuro, tendiente a otorgarle al alimentante una suerte de facilidad para el pago de la deuda atrasada.

Recursos

Dispone el art. 647 que la sentencia que deniegue los alimentos será apelable "en ambos efectos". Tal norma debe interpretarse en el sentido de que, en ese caso, la apelación contra la definitiva será concedida en relación y con efecto suspensivo.

Cuando se hiciera lugar a los alimentos, también el recurso es concedido en relación, pero en este caso, con efecto devolutivo (no suspensivo) de modo tal que la resolución puede ser ejecutada por el alimentado en contra del alimentante. Esta solución deriva del carácter mismo de la prestación, que la torna impostergable.

La faz práctica del recurso comprende la formación de un incidente con la copia de la sentencia, el que permanece en el juzgado de primera instancia a los fines de su inmediata ejecución, elevándose a la segunda instancia el expediente principal, juntamente con los memoriales presentados, a los fines de que la Cámara conozca sobre el recurso planteado.

Trámite de la ejecución de la sentencia

En materia de ejecución, la sentencia de alimentos posee un régimen especial que puede considerarse el más expeditivo que prevé el ordenamiento procesal.

Dispone el art. 648 que si "dentro del quinto día de intimado el pago, la parte vencida no lo hubiere hecho efectivo, sin otra sustanciación se procederá al embargo y se decretará la venta de los bienes necesarios para cubrir el importe de la deuda".

Del texto de la norma se desprende la ausencia de la citación de venta, prevista para el proceso de ejecución de sentencia (art. 505) y la innecesidad de la sentencia de venta (art. 508), procediéndose sin más al embargo y la subasta de los bienes hasta cubrir el importe de la deuda.

Cabe referir que la intimación, prevista como presupuesto de la ejecución, cumple el cometido de garantizar la bilateralidad del trámite, admitiéndose que el alimentante conteste el emplazamiento acreditando documentadamente los pagos que se le reclaman, como única excepción admisible en el acotado marco del trámite de ejecución de alimentos.

Caducidad de la instancia

Si bien el art. 310 del Código Procesal no menciona el juicio de alimentos dentro de las variables a las que alude, se entiende que el plazo de caducidad de la instancia en este proceso es el de seis meses. A tal interpretación se llega a través de la evidencia de que el inciso 2 de la citada norma no menciona los alimentos, pese a que se hace referencia al sumario, sumarísimo, ejecutivo, ejecuciones especiales y los incidentes. Dada la consecuencia que acarrea la norma –nada menos que la extinción del proceso– su interpretación ha de efectuarse con criterio restrictivo, de lo que se sigue que no corresponde aplicar en modo analógico la caducidad de tres meses prevista en el inciso 2, sino que debemos estarnos por la solución genérica del inciso 1 (seis meses).

Procesos de Declaración de Incapacidad y de Inhabilitación

Estos procesos se caracterizan por el tratamiento específico y diferenciado que les da el Código, en virtud de la trascendencia y delicadeza del objeto al que se orientan: la declaración de incapacidad civil de una persona, o de su inhabilitación.

En rigor, no pertenecen al concepto que dimos de procesos de familia, sino que se trata de juicios que versan sobre la capacidad de la

persona. La cuestión "familiar", en efecto, está ausente, siendo la materia de la que se trata una cuestión puramente civil. Sin embargo, en atención a que estos juicios tramitan ante los juzgados civiles "con competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas" (comúnmente llamados juzgados de familia) es habitual que se los incluya dentro de aquella categoría.

La denuncia

Poseen legitimación activa para formular denuncia de incapacidad las personas enumeradas en el art. 144 del Código Civil: el esposo o la esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; los parientes; el Ministerio de Menores; el Cónsul respectivo –si el presunto demente fuese extranjero–; cualquier persona del pueblo, cuando el demente fuese furioso o incomodare a los vecinos. También posee legitimación para auto denunciarse el propio afectado, o su apoderado, siempre que tuviere un poder especial para el acto. No cuenta con legitimación el apoderado con poder general.

La denuncia, en la que deben exponerse los hechos en los que se funda la petición, debe ser acompañada por dos certificados médicos que den cuenta del estado de salud mental del causante (art. 624). Tal requisito se asocia a la necesidad de otorgarle seriedad al planteo, pero pueden ser suplidos por un dictamen de dos especialistas del Cuerpo Médico Forense.

El Código prevé en el art. 625 la posibilidad de internar compulsivamente al presunto demente, por un plazo no superior a las 48 horas, a los fines de facilitar la práctica del estudio médico liminar, en caso de resultar ello estrictamente necesario.

Apertura a prueba

Establece el art. 626 que previa vista al Defensor Público de Menores e Incapaces, si hubiese mérito para recibir la prueba, el juez resolverá: a) El nombramiento de un curador provisional. Tal designación recae, en principio, en el Curador Oficial dependiente del Ministerio Público. Sólo en el caso en que se hubiere demostrado que el denunciado posee bienes de fortuna, deberá designársele un abogado de la matrícula, generalmente persona de abonada actuación profesional en el fuero. Las funciones del curador provisional subsistirán

mientras dure el proceso, cesando una vez discernida la curatela definitiva o desestimada la denuncia. b) La fijación de un plazo no mayor de treinta días, dentro del cual se deberán producir las pruebas. c) La designación del Cuerpo Médico Forense para la realización de la pericia psiquiátrica o legista sobre las facultades mentales del causante. Tal estudio debe ser concretado por tres profesionales. Sólo en el supuesto de que el presunto insano tuviere bienes de fortuna, la práctica de la pericia recaerá en tres expertos que el juez deberá designar de los listados de que provee la Cámara del fuero.

Tanto en materia de designación de curador provisorio, como en la de los peritos médicos, la misma recae en profesionales independientes sólo en supuestos de solvencia del causante debido al devengamiento de honorarios que tal intervención ocasiona; en casos de ausencia de bienes, como el proceso debe continuar su curso al hallarse comprometido el orden público, se recurre a los órganos oficiales (Curaduría Oficial y Cuerpo Médico Forense) para evitar el dispendio de recursos casi inexistentes.

La resolución que dispone las medidas del art. 626 debe ser notificada al presunto demente "personalmente", tal como reza la norma en su último apartado. Esta disposición no alude a la conocida notificación "personal o por cédula" prevista por el art. 135, sino que consiste en una diligencia efectivamente llevada a cabo con la persona del causante. Para lograrse tal fin, es indispensable que el denunciado efectúe por sí una presentación expresando que se notifica de la providencia; o bien que comparezca a la Secretaría y deje constancia de su asistencia y notificación suscribiendo la nota que en tal sentido le extienda el Prosecretario o Secretario del Juzgado. En cuanto a la notificación mediante cédula, la Acordada de la CSJN que reglamenta el funcionamiento de la Oficina de Notificaciones establece la necesidad de que la comunicación del art. 626 sea entregada a la persona del requerido, quien debe ser individualizado con documento de identidad, no rigiendo en el supuesto el régimen habitual de notificaciones que permite tener por cumplido válidamente el acto con la entrega de la cédula a un tercero que manifieste que el requerido vive en el domicilio en el que se practica la diligencia.

Suele suceder que la persona a notificar, debido a la afección psiquiátrica o la discapacidad que la aqueja, carezca de todo discernimiento como para comprender el sentido del acto, o no sepa firmar. En tales casos, se aconseja proceder a la notificación requiriendo que

otra persona ajena al acto, cuyos datos deben ser volcados en la constancia que se labre, proceda a firmar a ruego del interesado como modo de otorgar garantía a la efectiva comunicación al presunto incapaz de la promoción de las actuaciones y las medidas dispuestas por el tribunal.

A partir de ese momento, y durante el período de prueba, el denunciado contará con amplia facultad de ofrecer prueba que se oponga al progreso de la declaración de insania o inhabilitación; es decir, podrá proveer a la defensa de su plena capacidad. Nótese que el art. 627 equivoca el término al decir que el presunto insano podrá aportar las pruebas "que hagan a la defensa de su **incapacidad**", cuando –en rigor– se está refiriendo a lo opuesto. Sin embargo, sobre la base ya admitida de que el supuesto demente puede promover su propia insania, nada obstaría a que ofreciese prueba en contra de su capacidad.

Por su parte, el denunciante puede arrimar elementos probatorios que acrediten "los hechos que hubiese invocado". Asimismo, puede el curador provisorio designado ofrecer los suyos y el Defensor de Menores e Incapaces, solicitar los que considerare más adecuados.

Más allá de las pruebas ofrecidas por las partes, la ley impone la necesidad del dictamen de los tres médicos psiquiatras o legistas (arts. 626, inc. 3, del Código Procesal y 140, 142 y 143 del Código Civil). Sólo si ellos concluyen que se está en presencia de enfermedad mental, podrá el juez decretar la interdicción del causante. Si bien es sabido que los estudios periciales no son vinculantes para el magistrado, en materia de incapacidad el juez no puede incapacitar civilmente a una persona sin un dictamen pericial que lo avale. Ello no significa, en cambio, que el tribunal no pueda apartarse del consejo de los expertos en otros aspectos. Así, por ejemplo, ante un informe que diagnostica la presencia de alteraciones de orden psíquico, el juez podría igualmente no decretar la interdicción si es que encuentra fundadas razones para así disponerlo.

El informe pericial debe llenar los requisitos establecidos por el art. 631 del Código Procesal, a saber:

a) Definir el diagnóstico, lo que importa la designación del nombre preciso de enfermedad mental que aqueja al causante de acuerdo a los nomencladores especializados que rigen en la materia.
b) Establecer la fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó. Tal conclusión reviste suma importancia a la hora de defi-

nir qué actos jurídicos llevados a cabo por el causante serán susceptibles de anulación.

c) Pronóstico, a los fines de pautar una de las principales funciones que tendrá que cumplir el curador: el restablecimiento de la plena capacidad de su curado. Ello sólo va a ser posible si el pronóstico lo permite.

d) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano. Al igual que el punto anterior, éste es un dato necesario para lograr un adecuado resguardo de la persona del presunto incapaz.

e) Por último, deben los expertos expedirse acerca de la necesidad de internación.

Del informe médico se debe dar traslado al denunciante, al denunciado y al Curador Provisorio. Con el resultado de los traslados, se dará vista al Defensor de Menores e Incapaces (art. 632, Código Procesal).

Como último recaudo de la etapa de prueba y previo al dictado de la sentencia, se establece que "si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación". Como vemos, este reconocimiento judicial de la persona del causante es una facultad del magistrado que será ejercida en supuestos que lo ameriten. Sin embargo, consideramos plausibles las razones de muchos magistrados que han adoptado por norma la visita o entrevista con el denunciado antes del dictado de la sentencia. Es que la posibilidad de conocerse personalmente el juez y el presunto incapaz es una mínima exigencia que hace a la dignidad de la persona. La trascendencia de la decisión a tomar y el lazo que luego ésta generará entre el interdicto y el juez llamado a conocer en todos los aspectos que hacen al amparo de la persona y del patrimonio de aquél, impone como necesaria una cercanía personal que no puede ser postergada justamente por quien deberá cumplir tan noble misión. Quienes sostienen que carece de sentido la entrevista personal en los casos en que el causante se encuentra sumido en un grado de total ausencia de discernimiento cometen el error de no percatarse de que al estar en contacto directo con la persona (y no con el mero expediente) el que obtiene provecho del encuentro es el juez , cobrando entonces sentido tal acto procesal independientemente de las particularidades del caso.

Medidas precautorias

Al momento de disponerse la recepción de la prueba y la designación del curador provisorio (art. 626), si se observare que la demencia aparece notoria e indudable, podrá el juez ordenar –sin necesidad de petición de los interesados– medidas tendientes a garantizar la integridad del patrimonio del causante. En tal sentido, el art. 148 del Código Civil autoriza al magistrado a mandar inmediatamente a recaudar sus bienes y entregarlos, bajo inventario, al curador provisorio para que los administre. Asimismo, el art. 629 del Código Procesal prescribe que el juez decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores.

En cuanto a la faz personal, en los supuestos en que el denunciado ofreciere peligro para sí o para terceros, se podrá ordenar su internación en un establecimiento público o privado (art. 629, segundo párrafo).

Sentencia y recursos

Una vez producida la prueba, corresponde dar vista de las actuaciones al Defensor Público de Menores e Incapaces, quien elevará el dictamen final. Luego, en caso de corresponder, el juez tomará conocimiento personal del causante y dentro de los quince días (contados a partir del acto que se hubiese cumplido en último término) se dictará la sentencia. En los casos en que no quedase demostrada la incapacidad pero surgiera con claridad inequívoca de la prueba que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio del causante, el juez podrá declararlo inhabilitado en los términos del art. 152 bis, inc. 2, del Código Civil.

La sentencia deberá contener la orden de comunicar lo resuelto al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la Autoridad Electoral (a los fines de asentar en el padrón la imposibilidad de emitir voto) y al Registro de la Propiedad Inmueble (en lo que hace a la inscripción definitiva de la inhibición de gravar y disponer los bienes).

Tal sentencia será apelable por las partes, es decir, por el denunciante, el denunciado, el curador provisorio y el Ministerio de Incapaces; pero pese a que la sentencia no sea apelada, igualmente deberá

elevarse la causa al tribunal de segunda instancia que corresponda en turno a los fines de que, previa vista al Defensor de Menores de Cámara, confirme o revoque lo resuelto por el magistrado de grado. Tal tramitación se la denomina "consulta" o "elevación en consulta" y es el único supuesto en que se da en el Código Procesal. Se trata de un reaseguro que el legislador ha establecido para garantizar el debido proceso en un juicio en el que se resuelve sobre una cuestión tan trascendente como es la capacidad o incapacidad de una persona. Hasta que la consulta no haya sido cumplida, la sentencia no hará ejecutoria.

Rehabilitación

Dispone el art. 635 que tanto el insano como el inhabilitado pueden promover su rehabilitación. En tal caso, el juez deberá designar tres médicos psiquiatras o legistas para que lo examinen y, de acuerdo a los trámites previstos para la declaración de demencia, hará lugar o no a la rehabilitación. Cabe acotar que, en caso de orfandad de recursos, rige también en este supuesto la derivación al Cuerpo Médico Forense, como órgano pericial oficial habilitado a practicar los estudios pertinentes.

Declaración de sordomudez e inhabilitación

Tanto para la declaración de sordomudez (en casos de sordomudos que no saben darse a entender por escrito, conforme art. 153 del Código Civil) como para la de inhabilitación en los términos de los incs. 1 y 2 del art. 152 bis del Código Civil, son aplicables las disposiciones ya vistas para la tramitación de los procesos de incapacidad.

Por su parte, en los casos de inhabilitación por prodigalidad (art. 152 bis, inc. 3, del Código Civil), el art. 637 ter del Código Procesal dispone que la tramitación de la causa deberá efectuarse por la vía del proceso sumario.

Cabe añadir que la sentencia de inhabilitación deberá contener, además de los requisitos generales, la determinación de los actos de administración cuyo otorgamiento le es limitado a quien se inhabilita (art. 636 del Código Procesal), cuando las circunstancias del caso lo exijan.

VIOLENCIA FAMILIAR: LA EXCLUSIÓN DEL HOGAR CONYUGAL COMO MEDIDA CAUTELAR (AUTOSATISFACTIVA) EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

MAXIMILIANO CAMUS*

El presente trabajo tiene por objeto analizar el funcionamiento de la ley 24.417 sobre violencia familiar, a ocho años de su creación, acotando el análisis a los casos de violencia en la pareja y en relación con la exclusión del hogar conyugal del agresor como medida cautelar, no así con los menores, que merecen un estudio por separado.

En un tema tan delicado y trascendente como éste, debemos previamente intentar formular algunas aclaraciones sobre la violencia en sí misma.

Mucho se ha escrito sobre la violencia en el ser humano y muchos son los intentos que se han hecho para erradicarla, con la colaboración de diversas profesiones, legislando sobre el tema, realizando convenciones, acuerdos internacionales, etcétera.

Ahora bien, la violencia es parte del ser humano, e inherente a su condición, tal como lo es su antónimo, el amor; es por ello que creo que intentar erradicar la violencia, como si fuese un cáncer que se pudiese extirpar, no es más que una utopía, un deseo. Deseo que paradójicamente produce un efecto adverso, siguiendo a E. Cárdenas, "alimenta la espiral de la violencia". Todas las experiencias pacificadoras nos demuestran que la pretensión de erradicar la violencia genera sólo más violencia.

* Abogado, consultor en Derecho de Familia, Mediador Familiar, Docente de Mediación y Otros Métodos Alternativos de Resolución de Disputas de la U.C.A. Integra el Equipo de Orientación para Familias en Crisis de la Fundación Retoño.

Lo que sí podemos hacer es "gestionar" la violencia, superarla, encauzarla, neutralizarla. Yendo al ámbito que nos ocupa, podemos intentar como operadores de una problemática familiar, ya sea en el lugar de jueces, abogados, psicólogos, asistentes sociales, que las personas cambien la estructura familiar, que cambien el círculo vicioso de la violencia intrafamiliar, que los va ha mantener rehenes de su propia hostilidad u odio, por un círculo virtuoso donde todos los miembros de esa familia se hagan respetar y sean valorados por los otros integrantes.

Para lograr este propósito, debemos trabajar con los propios recursos de aquellos que nos vienen a consultar o recurren a los servicios prestados por el Estado, pero muchas veces para empezar a trabajar con estos recursos debemos tomar mano de las herramientas legales coercitivas, a fin de hacer que cese la situación de riesgo imperante.

Hacia finales de la década del ochenta, se comienza a tomar conciencia en nuestro país de esta problemática, comenzándose a elaborar diversos proyectos que contemplaban esta situación. Con el aporte dado por la legislación extranjera y las Convenciones Internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos , Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Convención para prevenir y erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém Do Pará, y el aporte realizado por los magistrados de acuerdo a la experiencia de sus propios juzgados, se sanciona en diciembre de 1994 la Ley sobre Violencia Familiar.

Al tiempo que fue y es una herramienta muy útil para poder gestionar situaciones de violencia intra familiar, la sanción de la misma trajo disparidad de criterios sobre la forma de aplicación de la misma por los distintos juzgados y aun hoy esas diferencias persisten.

De un trabajo de campo realizado con la colaboración de algunos juzgados de familia, y del que será fruto otro artículo, he llegado a la conclusión de que no hay un criterio uniforme en el procedimiento a aplicar cuando se realiza una denuncia de violencia familiar. Las mayores diferencias las observé con respecto al momento en que ordenan la exclusión del hogar conyugal: mientras que algunas lo hacen *inaudita parte* y previo a todo, con la sola presentación de la denuncia y luego de que la asistente social del juzgado la entreviste, en el otro extremo proceden a tener la entrevista con la asistente so-

cial, pedir un informe socioambiental, notificar al supuesto agresor de la celebración de una audiencia y, en dicha audiencia, invitar, si el caso lo amerita, al demandado a retirarse del hogar. En el medio se encuentran otras variantes.

Estas dificultades de implementación de la ley son las que van ha ser objeto del presente trabajo.

La ley 24.417 de protección contra la violencia familiar establece que toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los miembros del grupo familiar, puede denunciar esos hechos, ya sea en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar las medidas cautelares conexas conforme el art. 1 de la citada ley.

Para que las medidas cautelares puedan prosperar, son requisitos ciertos presupuestos intrínsecos: legitimación y habilitación; y extrínsecos: daño, vínculo, competencia y diagnóstico social. Aquellas que hacen a toda medida cautelar como son "el peligro en la demora" y "la verosimilitud del derecho", pero no con la estrictez y el rigorismo que se requiere para cualquier medida cautelar, ya que no son medidas cautelares en sentido estricto, tienen o deberían tener dentro del Derecho Procesal de Familia una consideración distinta.

De acuerdo con el art. 3, el magistrado interviniente requerirá la realización de diversas pericias. Si bien el texto legal es confuso, puede entenderse, teniendo en cuenta los antecedentes de la ley, que el juez debe ordenar: a) un examen médico a fin de establecer la verosimilitud del hecho denunciado y los daños físicos y/o psíquicos sufridos por la víctima; b) un informe ambiental y social; y c) un diagnóstico de la interacción familiar.

El juez puede adoptar medidas cautelares (art. 4), como excluir de la vivienda familiar al autor del abuso por el tiempo que juzgue necesario, tanto si es el cónyuge como el concubino. Igualmente, está autorizado a dictar una orden que prohíba al agresor acercarse al domicilio, lugares de trabajo o estudio de la persona afectada. Si quien ha sido objeto de malos tratos tuvo que dejar su hogar, el juez puede ordenar su reintegro a dicha vivienda, excluyendo de la misma al agresor. Finalmente, en el mismo proceso, el magistrado tiene la potestad de fijar alimentos provisorios, acordar la tenencia de los hijos y establecer un régimen de comunicación con los mismos (art. 4).

Es importante que un mismo juez tenga la facultad de resolver estos problemas, porque investigaciones realizadas han puesto de

manifiesto que muchas veces la mujer soporta el maltrato por falta de recursos o por temor a perder la guarda de sus hijos.

Como vemos, esta nueva ley protege con mayor firmeza a la víctima de violencia, poniendo en sus manos remedios mucho más expeditivos que los existentes hasta el momento. "Creemos que la ley sancionada es positiva en cuanto abre un nuevo espacio de denuncia, ensancha las normas protectoras y posibilita la asistencia del autor o el grupo familiar a programas terapéuticos o educativos. Empero, la ley omite normas de procedimiento que los jueces deberán suplir mediante la aplicación de las normas adjetivas ordinarias adaptadas a esta particular situación. Igualmente, a diferencia de los proyectos precedentes, no se disponen sanciones específicas cuando las personas involucradas desobedecen las medidas protectoras, se resisten a los tratamientos, los interrumpen o durante su aplicación vuelven a cometer hechos de violencia. Es decir, si el autor del abuso obstruye el camino terapéutico, termina la acción del tribunal y la impunidad se reinstala" (Grosman, C. y Martínez Alcorta).

Esta ley persigue la celebración de una audiencia con las partes antes que una sentencia condenatoria. El juez y el equipo interdisciplianrio intentarán trabajar con todo el grupo familiar para que, mediante tratamientos adecuados y la imposición de medidas socioeducativas a los autores de los hechos de violencia –medidas que difieren en su naturaleza de las penas del Código Penal porque imponen meras pautas de convivencia–, se puedan superar las instancias violentas. "Es bueno pensar que en toda comunidad exista un juez con capacitación, aptitud y competencia que luche a través de la aplicación de reglas expresas que le proporcionan los demás integrantes de la comunidad, para ayudarlos a volver a ser felices, superando las más bajas expresiones de la miseria humana, como lo son las agresiones, abusos o maltratos que se suscitan en la convivencia familiar establecida sobre vínculos violentos" (Molina, Alejandro, *Derecho de Familia*, nº 24).

El juez también puede trabajar con la red de la denunciante, esto es aquellas personas cercanas a la denunciante y en las que ésta confía o respeta, a fin de lograr mayores recursos y evitar la bipolaridad juez - denunciante.

Acciones de este tipo sólo se pueden desarrollar con la intervención de un juez presente, que ejerza verdadera inmediación, extremo que implica conocer de manera personal a los interesados y no resol-

ver de acuerdo con formalidades que surjan de los papeles, sino con realidades que emanen de la expresión directa y vital de los interesados. Destaco que nada de esto significa avanzar sobre el respeto de ciertas normas procesales que regulan y aseguran el ejercicio de sus derechos a todos los involucrados, sean víctimas o victimarios; por el contrario, con las nuevas estrategias se está reafirmando una noción más justa de lo que debe ser un proceso de familia.

Cabe advertir que la aplicación rigurosa de estos criterios a un procedimiento destinado a proteger a las víctimas del abuso y el maltrato no parece lo más adecuado si es que se intenta alcanzar el fin de protección referido, por encima del cumplimiento de una mera formalidad. Más aun, en doctrina de otros países se ha desarrollado la idea de que los requisitos extremos de una medida cautelar –esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora–, cuando se trata de violencia familiar, deben ser interpretados desde una perspectiva diferente de la habitual. Por ello no se considera el hecho acaecido y su sanción punitiva o indemnizatoria, sino el daño producido y la posibilidad de que se retire si no se adopta una medida de amparo, por algunos llamada cautelar.

Las precedentes características van a definir en parte lo que hemos calificado como proceso urgente. El otro aspecto por considerar es que las medidas que exceden lo cautelar o precautorio, para tornarse en autosatisfactivas, resultan de un proceso especial reglado por normas de ese carácter. En nuestro caso, la ley 24.417 es una buena muestra de cuanto venimos diciendo, pues en virtud de ella el juez queda autorizado a dictar medidas que no están sujetas a un proceso principal como para que puedan ser definidas como cautelares, más allá de la mención que en ese sentido contiene su art. 4 sobre el dictado de medidas así denominadas, obviamente en forma errónea.

En materia de niños víctimas de maltrato o abuso intra familiar, cabe recurrir a estos "procesos urgentes", que tienen autonomía propia a través de leyes que expresamente los regulan y brindan soluciones jurisdiccionales para satisfacer necesidades que requieren respuestas inmediatas, las cuales se concretan en medidas que hemos denominado, con la doctrina especializada, como medidas autosatisfactivas.

Al decir de Augusto Morello, la ley 24.417 apunta a la cesación del riesgo que pesa sobre las víctimas, evitándoles la secuela de agravamiento de los perjuicios concretos (o potenciales) derivados del

maltrato que se cierne sobre ellos, que de otro modo podrían ser irreparables, pues sólo es posible removerlos a través de medidas eficaces, urgentes y transitorias. Entonces, ese accionar prudente, pero atento, activo y oportuno, indica que basta la sospecha, ante la evidencia psíquica o física que presenta el maltrato y la verosimilitud de la denuncia, para que el juez (o la Cámara, o, por qué no, la propia Casación) pueda –deba– adoptar disposiciones que son verdaderas medidas cautelares, urgentes, de prohibición y prevención; de cumplimiento efectivo bajo mandato judicial como puede ser el sometimiento de la familia a un tratamiento. No hay otra manera adecuada para que el rol de la justicia cobre verdadera justificación (Morello, Augusto, *El Moderno derecho de Familia*, Ed. Platense).

No cabe exigir certeza definitiva y un registro acabado del conocimiento cabal de las circunstancias; es suficiente la aproximación que brinda el "humo" de lo que denuncia; la verosimilitud (Sala K, "G. G. G. vs. M., S. L. y otros", 17/04/2001).

La ley 24.417 contempla un amplio espectro de medidas cautelares que el juez puede ordenar, y no sólo se limitan a las enunciadas en la misma ley sino a todas aquellas tendientes a hacer cesar el estado de violencia y las tendientes a su tratamiento, ya que la enumeración hecha por la ley no es taxativa sino meramente ejemplificativa, es decir, el juez podrá optar por la medida que mejor se adapte al caso. En lo que respecta al trámite de la medida cautelar en estudio, "la exclusión del hogar conyugal", existen distintas posiciones sostenidas por la doctrina y la jurisprudencia entre quienes afirman que la exclusión debe resolverse luego de oída a la contraparte y quienes sostienen que es innecesario, sin que por ello se afecte el principio de bilateralidad del proceso, existiendo algunos, entre los que me incluyo, que sostenemos que se debe tener en cuenta cada caso en particular.

Conforme a lo expresado, se ha resuelto que "El procedimiento previsto por la ley 24.417 es esencialmente cautelar y otorga facultades al juez para adoptar las medidas adecuadas a las circunstancias del caso, sin substanciación previa, entre las que se encuentran la exclusión del hogar. Es lícito obviar la espera y dispensar de la certidumbre absoluta acerca de que la actuación normal del derecho llegar tarde, ya que el dictado de una medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias en las que el daño temido se transforme en daño concreto" (CNCiv., Sala C, 20/05/1997, "V.Fc/

S.J.s/ Denuncia por violencia familiar, *ED*, 174-241). "El procedimiento implementado por la ley 24.417 no importa el dictado de un decisorio de mérito que declara a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen . Basta la sospecha del maltrato, ante la evidencia física o psíquica que presente la víctima y la verosimilitud de la denuncia que se formule, para que el juez pueda ordenar medidas que, en su esencia, son verdaderas cautelares, como lo es la exclusión del hogar del denunciado como agresor, o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial" (CNCiv., Sala C, 17/04/1997, "B. G. Z. C. L. N. O. s/Denuncia por Violencia Familiar).

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, que por pedido de "Habeas Hábeas" en una causa penal, llega a la Corte y ésta determina que "El conflicto familiar y conyugal sólo se puede reducir en entidad y consecuencias gravosas, si el presunto actor asume el compromiso de no hostigar nuevamente a su cónyuge, de cumplir con las obligaciones alimentarias a su cargo y la de someterse a un tratamiento psiquiátrico y a un programa educativo a fin de superar el conflicto que lo agobia. En caso de no cumplirse tales condiciones, se deberá revocar la excarcelación y ordenar la detención del encartado. La víctima principal de los presuntos delitos cometidos es su mujer, por lo que estamos en presencia de un típico caso de 'violencia familiar' o de 'mujer golpeada', cuyo tratamiento exige otras medidas tutelares, ya que la exclusión del autor y su confinamiento, no trae por sí mismo ningún tipo de solución. Tomamos el concepto de violencia de la definición elaborada por el Consejo de Europa: 'Toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad del otro de sus miembros de la misma familia, que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad' (Grosman-Mesterman-Adamo, *La violencia en la familia*, Universidad, Buenos Aires, 1992, págs. 67/68). Las medidas de seguridad impuestas responden a las nuevas concepciones en materia de violencia familiar, que aconsejan más protección de la víctima que la sanción al agresor; de allí que corresponda 'prohibir el acceso del imputado al domicilio de quien fue víctima de los malos tratos, como también su ingreso a otros lugares donde se encontrase con el afectado (trabajo, estudio, etc.) como asimismo la asistencia obligatoria del imputado a programas educativos o terapéuticos' (Grosman, C., y otros Violencia en la familia, Univ. de Buenos Aires, 1989, págs. 381 y sigs.)". Fdo.

Jorge H. Nanclares-Aída Kemelmajer de Carlucci, en disidencia Hernán A. Salvini. Suprema Corte de Justicia de Mendoza "Habeas Corpus a favor de L. S." 29/12793).

En el presente fallo, se resolvió conceder la excarcelación citada en favor del imputado, se bajó la fianza impuesta por la Cámara y se impuso el deber de abstenerse de concurrir al domicilio y de hostigar de cualquier modo a su cónyuge y a sus hijos, como así también la obligación de someterse a un tratamiento psicológico y psiquiátrico, debiendo acreditar su estado cada tres meses ante el tribunal de la causa, con la aclaración de que en el caso de incumplimiento de alguna de estas medidas, la excarcelación podría ser revocada.

En cuanto a los presupuestos que se exigen para el otorgamiento de cualquier medida cautelar: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, son trascendentes a la hora de determinar la veracidad de los dichos de la persona damnificada a fin de poder decretar una medida cautelar ajustada a derecho y que no sea vulnerado el derecho de defensa, atento a que es práctica frecuente, a través de la experiencia de nuestros tribunales, interponer este remedio en situaciones donde no existe violencia alguna, sino simplemente la necesidad de que uno de los dos abandone el inmueble frente a la imposibilidad de seguir conviviendo juntos, en muchos casos como antesala al pedido de divorcio por culpa exclusiva del supuesto agresor, por supuesto bastardeando este instituto procesal.

Es por ello que los jueces, con su experiencia, su sana crítica, con un informe técnico que disipe dudas y por supuesto con la mayor celeridad posible que requiere el caso, deberán alejarse de este tipo de pedidos especulativos, que lo único que logran es acrecentar el conflicto, escalando en la agresividad hasta tornarlo en muchos casos irreversible, y dicten la medida cautelar correspondiente, en la mayoría de los casos la exclusión del hogar conyugal, impidiendo entonces que una real situación de violencia prospere dentro del seno familiar.

Las facultades del juez entonces serán amplias; en muchas ocasiones, antes de ordenar la exclusión del hogar, y a fin de determinar la verdadera situación de violencia, designan una audiencia conjunta antes de ordenar la medida cautelar solicitada, por temor quizás a dictar una medida cautelar de la trascendencia de una exclusión en casos totalmente injustificados.

Ahora bien, en la humilde opinión de quien suscribe estas líneas, dicha audiencia debe ser siempre posterior a la exclusión del hogar

del supuesto agresor. En primer lugar, porque frente a la duda se debe tender siempre a la protección de la víctima, y en segundo término, porque el hecho de hacer una denuncia implica un acto de arrojo, de valentía, muchas veces pospuesto por temor a una venganza o por temor reverencial, una decisión que quizás llevó mucho tiempo tomarla y, si luego de ese acto de arrojo, le decimos a esa víctima, que ahora deberá notificar a su agresor la designación de una audiencia motivada en su denuncia y para lo cual deberá procurarse de un abogado –no nos olvidemos que se debe dar traslado notificando en el domicilio real, obviamente el mismo donde cohabitan víctima y victimario– donde se le informa que deberá asistir ante un tribunal porque ha sido denunciado por violencia familiar, cabría preguntarnos entonces cómo serán esos días, dos como mínimo, hasta la celebración de la audiencia. Hay que tener en cuenta que no siempre la víctima tiene posibilidades de irse del hogar con sus hijos a un lugar más seguro.

Lo más probable, entonces, es que la víctima desista de intentar la acción o de continuarla.

Es por todo ello que la ley sobre violencia familiar, al instituir la posibilidad de la mera denuncia, sin necesidad de patrocinio letrado, y la posibilidad de ordenar, antes de cualquier otra medida, la exclusión del hogar, ha querido evitar todo esto.

Sí creo, no sólo necesaria, sino determinante, la intervención de una asistente social, ante la denuncia, y que sean relatados frente a ella los hechos descriptos en la misma, puesto que ésta se encuentra capacitada, en la mayoría de los casos, para determinar incluso la verosimilitud de los dichos de la denunciante.

Es en este informe, insisto, a mi criterio, en lo único que se debe basar el juez para decretar la exclusión, por supuesto estamos hablando en aquellos casos donde no existen signos evidentes de violencia.

Es que el procedimiento de la ley en estudio requiere de una intervención activa del Estado, siguiendo a A. Molina: una vez iniciado el proceso a través de la denuncia de una víctima, éste debe continuar de oficio, incluyendo un comportamiento inquisitivo por parte del juez, a quien le corresponde determinar la mejor manera de amparar a las partes, máxime si hubiere menores, es un trámite donde lo inquisitivo desplaza a lo dispositivo, por la naturaleza del proceso y el bien jurídico que es motivo de protección, ése es su fin: la protección de las víctimas y no el castigo de los victimarios. Pero sólo debe hacerlo así en

esta primera etapa. Como veremos más adelante, nunca debe sustituir a la denunciante.

Recordemos, además, que la más reciente doctrina sostiene que el proceso familiar en general, mucho más el relativo a la violencia familiar, una vez comenzado debe continuar, sin necesidad de petición de parte (cfr. Kemelmajer de Carlucci, "Principios procesales y tribunales de familia", en *JA*, 20-10-93, citado por Molina, Alejandro, ob. cit.).

Es por ello, como nos enseñara Augusto M. Morello, que debemos auspiciar un modelo de protección o acompañamiento que por sus características y modalidades pone distancia con el juez "clásico" y que se soporta en apoyos integrados que le suministran la psicología, la pedagogía, la psiquiatría, la asistencia social, conformando un órgano no dominado exclusivamente por la técnica jurídica sino más bien desburocratizado, informal y con participación profesional *especializada no letrada.* Es así, con otra sensibilidad, que atiende a los "problemas" y las "cuestiones" de la familia (Morello, Augusto Mario, *La Corte Suprema en acción*, Platense, Abeledo-Perrot, 1989, págs 11-53, con sus referencias.

Al reforzar la tutela jurisdiccional en orden a que la calidad de los derechos en juego (y la intensidad de los deberes y las cargas que pesan sobre ciertos componentes y tipos de la cédula familiar) exige, constitucionalmente (art. 14 bis), que las situaciones tutelables no se frustren nada más que por razones formales. Todo ello "permite indagar la naturaleza de los verdaderos problemas, conflictos, con una comprensión más abarcadora de los que están sometidos a su conocimiento, lo que conllevará a la adopción de resoluciones más justas y que se compadezcan con la realidad". Además, agrega, "es fundamental reemplazar, en la medida de lo posible, la vía escrita por un mecanismo de audiencias. El enfrentamiento de las partes y sus abogados con el juez trae aparejada una movilización del proceso y erradica las prácticas obstruccionistas y dilatorias, que en su exacta dimensión conocen los profesionales de la matrícula y favorece la solución de los diferendos, sin perjuicio de la exigencia de la reserva y privacidad por lo delicado de los temas debatidos". Por último, subraya la importancia de la concentración y la celeridad a condición de la celosa observancia del proceso justo y la relevancia del *principio de concentración* (*Familia matrimonio y divorcio*, Astrea, 1998, págs. 462-469, 222-223, cit. por Molina, A., en *Violencia y abuso en la familia*).

Hay que tener en cuenta que un pedido de exclusión del hogar conyugal dentro del marco de la ley de violencia familiar es muy diferente a la solicitud de exclusión en un pedido de divorcio a fin de atribuir el hogar conyugal a alguno de los cónyuges, donde la salida de uno, en la mayoría de los casos el hombre, pues supuestamente y conforme la jurisprudencia mayoritaria está en mejores condiciones de hacerlo, se realiza en función de evitar continuas situaciones de tensión en el seno familiar buscando así dar un orden al nuevo estado familiar. Pero donde no existen verdaderas situaciones de violencia, más allá de las que pueden surgir de cualquier ruptura, y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, cuando, éstas revelan la necesidad de alejamiento de uno de los cónyuges hasta entonces común durante el transcurso del proceso y hasta esperar la resolución definitiva, y se realiza teniendo en cuenta también otras circunstancias que no deben ser tenidas en cuenta, al menos *prima facie*, en una situación de violencia familiar, como ser la situación económica de las partes.

Por otro lado, creo, muy a mi pesar, que es mucho más creíble la denuncia que se hace sin letrado patrocinante, donde el relato que se realiza frente a la asistente social es confuso, impreciso, dotado de una terrible carga emocional, donde no se advierte una voluntad beligerante o especulativa sino simplemente el inclaudicable deseo de terminar con la opresión. Recordemos que la ley no ha establecido requisitos formales para hacer la denuncia, como tampoco es requisito el patrocinio letrado.

Es que el proceso "no es para apurar divorcios, separaciones, ni para lograr exclusiones del hogar de uno de los cónyuges como medida previa de una demanda en la que se reclamaran aquellas decisiones, ni para sancionar a padres o a hijos por mediar violencia entre ellos, sino para colocar a todos en sistemas de tratamiento que les permitan superar una vinculación intrafamiliar inadecuada y, de ser posible, continuar unidos. El objetivo inmediato es hacer cesar el riesgo que pesa sobre las víctimas, evitándoles el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato que se cierne sobre ellas, mediante la adopción de medidas eficaces, urgentes y transitorias" (Sanz, Diana – Molina, Alejandro, *Violencia y abuso en la familia*, Lumen Humanitas). Es más, creo que se debería acusar de oficio por temeridad y malicia a quienes utilizan este procedimiento cuando no existe violencia alguna y sólo buscan los fines antes señalados.

Entiendo, por todo lo expuesto, que todo el proceso se puede poner en peligro si, previo a todo, se ordena la realización de una audiencia, es decir, antes de la exclusión del agresor del hogar.

No es requisito legal y sólo contribuiría a la paralización del proceso, a burocratizarlo, en busca de esa certeza que quizás ni siquiera se logre después de la audiencia.

En su caso, preferiría, como juez, errar por ordenar la exclusión de quien había sido falsamente denunciado, en vez de errar al no proceder con la inmediatez que el caso requiere, permitiendo de esa forma que la agresión continúe, o desanimando con mi actuar a que la víctima lleve adelante el proceso.

El primer error es inducido por un engaño de quien tiene otro interés en la exclusión, y es subsanable; el segundo error difícilmente se pueda subsanar.

Luego de la exclusión, sí es obviamente necesaria una audiencia a fin de tomar conocimiento de los dichos de la otra parte y determinar cómo continuará el proceso; el Juez debe tener ante sí a los actores del drama, debe conocerlos, en fiel cumplimiento del principio de inmediación, ahora sí con las intervenciones letradas correspondientes, determinar, en el caso de que haya hijos, la tenencia y alimentos provisorios, trabándose en su caso el contradictorio, pero con la situación de peligro neutralizada.

En esta intervención del Estado, los jueces deben tener siempre en cuenta que no pueden suplir la voluntad de la denunciante, es ella quien debe luego afrontar el proceso, es decir, debe sentir que ha sido gracias a "ella" que la situación de riesgo quedó controlada, que ha sido "ella" quien ha podido controlarla, no el Estado con su intervención. Por ende va a ser "ella" quien la va a poder controlar en un futuro; de lo contrario, si el Estado sustituye a la denunciante y se irroga los derechos de ésta, convierte a la misma en una persona incapaz de afrontar su conflictos familiares, la vamos a victimizar para siempre, se crearía una situación de dependencia a los tribunales para que éste "le solucione" sus conflictos, transformando así estos últimos en algo patológico.

El juez, a través su accionar, debe tender una mano para ayudar a la víctima a que se ponga de pie, pero no debe ser su silla de ruedas.

Bibliografía:

"Derecho de Familia", *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot.

ARAZI, Roland, *Medidas Cautelares*, Astrea.

CÁRDENAS, Eduardo, *Violencia Familiar*.

FUGARETTA, Juan Carlos y ROMNO, Esther, *Nuevas Perspectivas interdisciplinarias en Violencia Familiar*, Ad-Hoc.

GIBERTI, Eva; CHAVANNEAU DE GORE, Silvia; OPPENHEIM, Ricardo, *El divorcio y la familia, los abogados los padres y los hijos*, Sudamericana.

MINUCHÍN, Salvador, *La Recuperación de la Familia*, Paidós.

MORELLO, Augusto M., MORELLO DE RAMÍREZ, María S., *El moderno derecho de familia, aspectos de fondo y procesales*, Librería Editora Platense.

SANZ, Diana; MOLINA, Alejandro, *Violencia y abuso en la familia*, Lumen Humanitas.

ZANONI, *Tratado de Derecho de Familia*, Astrea.

EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DE LOS HIJOS CON EL PADRE NO CONVIVIENTE: CONSECUENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES DE LAS DENUNCIAS POR ABUSO SEXUAL DE UNO DE LOS PADRES CONTRA EL OTRO

DIEGO IPARRAGUIRRE*

"En los albores del nuevo milenio se necesita de innovación, de creatividad y también de una buena dosis de transgresión para fundar algo nuevo y esperanzador..."[1]

I. Introducción

En el presente trabajo se aborda el espinoso y complejo tema de los impedimentos de contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente y la proliferación de las denuncias de abuso sexual que se están dando en un divorcio destructivo o en el contexto de una disputa por la tenencia de un hijo.

Los intrincados funcionamientos emocionales que estos procesos desencadenan originan, en sus protagonistas, la imposibilidad de distinguir entre aptitudes maritales y parentales.

Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor que se convierte en la contraparte de la contienda. De esta pérdida de objetividad, quienes resultan víctimas, inevitablemente, son los hijos.

* Abogado (UNBA) – Secretario en la Justicia Nacional en lo Civil.

[1] BUSTELO, Eduardo, "Pobreza moral", en *Revista Socialis*, pág. 31.

A este respecto, se ha definido el "síndrome de alienación parental" –S.A.P.–[2] o proceso de exclusión, como el "proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva a, o acerca de, el otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o los hijos contra este otro progenitor".

Estas conductas, que llevan a cabo ambas partes, se manifiestan a través de obstrucciones al régimen de visitas del progenitor no conviviente, y generalmente se fundan en el argumento de proteger al hijo del mismo, desconociendo los efectos deteriorantes que este tipo de acciones genera sobre la identidad de los niños.

En este contexto, en los últimos años han proliferado las denuncias de abuso sexual intrafamiliar.

En muchos casos el intento de bloquear el acceso de un progenitor al hijo está basado en hechos reales e importantes. A veces uno de los progenitores daña a sus hijos, los maltrata física o psíquicamente, abusa de ellos sexualmente o se comporta con grave negligencia a su respecto, poniéndolos en riesgo.

En otros, los motivos alegados no son verdaderos y carecen de razón suficiente para obstaculizar el acceso del otro a los hijos.

Hoy en día, una de las tareas más importantes y difíciles que enfrentamos los operadores del derecho en los tribunales de Capital Federal es diferenciar las reales denuncias de las falsas alegaciones.

Esta inquietud creciente entre nosotros coincide con la que está aconteciendo en varios países europeos y en los Estados Unidos y con los estudios internacionales realizados ya por Elterman y Ehrenberg (1991) al respecto: el número de falsas alegaciones de abuso sexual ha sufrido una escalada impensable hasta hace poco. Dada la importancia del tema, las respuestas son urgentes por lo mucho que está en juego: por un lado, que el abusador sexual pueda seguir causando daño y destrucción con su conducta; por otro, que una persona inocente sea culpada y penada, con la siguiente destrucción de él mismo y sus hijos.

[2] USANDIVARAS, Carlos, "El síndrome de alienación parental. Una forma sutil de violencia en el post-divorcio", ficha del *Seminario intensivo de Psicología Forense*, dictado en el Colegio de Psicólogos de San Isidro en 1993.

Cuando un progenitor realiza una denuncia de abuso sexual de un hijo contra el otro padre, sea verdadera o falsa, debemos saber que este hecho puede provocar un grave daño en el menor y las consecuencias pueden ser potencialmente devastadoras sobre la vida del niño.

Actualmente, la mayor parte es promovida por uno de los progenitores contra el otro en situaciones de separación o divorcio destructivo.

Esta realidad –desde 1995 a esta parte– fue detallada por un prestigioso juez de familia: "Ocurre, muchas veces, que detrás de denuncias de violencia familiar y otras, se ocultan y enmascaran otras pretensiones, como perseguir un divorcio, un desalojo, un régimen de visitas, etcétera"[3].

El abuso sexual dentro de las familias era un secreto casi total hasta hace unos veinte años, y sigue siendo todavía tabú. Fueron las investigaciones sobre maltrato y violencia sobre los niños las que permitieron su llegada a los tribunales.

El derecho de la niña y del niño a que su integridad sea respetada, a que no se violen sus fronteras epidérmicas y mentales, a que su persona sea vista como tal y no como propiedad de nadie, ni siquiera de sus padres, son, entre otros muchos, avances que las leyes introdujeron, por su poder educacional y ejemplaridad, en la sociedad toda.

Concepto de Abuso

El vocablo abuso deriva del latín *abusus*, significando *ab*: contra, y *usus*: uso. En su acepción general significa el "aprovechamiento de una situación en contra de una persona o de una cosa"[4]. Es o implica todo exceso en el uso. Jurídicamente, se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho, o de una situación especial, más allá de lo que resulta lícito, con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal, al salirse de los límites impuestos por la justicia, la equidad, la ley y la razón. Algunos lo interpretan como injuria o malos tratos, sosteniéndose también que abusar es sinónimo de violar o maltratar.

[3] Aón, Lucas, *Violencia Familiar y Abuso sexual*, Universidad, 1998, pág. 82.
[4] *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. IA, Ed. Bibliográfica Argentina.

Abuso sexual

El abuso sexual es definido como atentado al pudor, como estupro, violentar sexualmente o un exceso sexual[5]. Asimismo, se ha dicho que el abuso deshonesto es el abuso carnal pero sin cópula o coito, es decir, sin penetración del miembro viril, sin consentimiento de la víctima o, existiendo éste, se presume que no se dio, cuando la víctima es menor de trece años.

Abuso sexual infantil

Definimos el abuso sexual infantil, como un delito donde el/la victimario/a adulto satisface sus impulsos o deseos sexuales, con un niño de cualquier sexo aprovechándose de las debilidades, ignorancia o inexperiencia del menor, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso coactivo, intimidatorio o una relación de dependencias, con falta de consentimiento de la víctima por su sola condición de niño, afectándose su reserva y/o integridad sexual, implicando –o no– para éste una experiencia traumática, que puede perjudicar su desarrollo evolutivo normal y que, además, está previsto en el Código Penal.

II. Aspectos legales

El art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

En este sentido, la legislación interna aplica sanciones para quienes se apartan de las conductas prescriptas y entran en la zona de transgresión.

[5] *Gran diccionario Michaells*, Biblioteca Internacional, Pereira, Helena-Signer Rena, 1992, pág. 5.

Estas sanciones, para el abusador, pueden ser penales o civiles. Las primeras están previstas en el Código Penal, reformado en el rubro de los que ahora se llaman "delitos contra la integridad sexual" por la ley 25.087.

Las segundas están en el Código Civil y van desde la suspensión en la patria potestad hasta la prohibición del contacto abusador-niño y la reparación de daños físicos, psíquicos y morales.

Además, y también en el ámbito civil, las leyes de violencia familiar que rigen en la Ciudad de Buenos Aires y en varias provincias permiten tomar medidas de protección al niño o a la niña, y disponer el envío a programas terapéuticos o educacionales a toda o parte de la familia.

Legislación penal

El abuso sexual está contemplado en el texto del art. 119 del Código Penal de la Nación Argentina que, según la ley 25.087 dice:

"Será reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de personas de uno u otro sexo cuando ésta fuere menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de 4 a 10 años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando mediando circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión si:

a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
b) el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
d) el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;

e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
f) el hecho fuere cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a), b), d), e) o f)".

Doctrinas sobre abuso sexual

En el derecho penal hay dos doctrinas o tesis sobre lo que constituye verdaderamente el abuso sexual. Ellas son:

Tesis subjetivista

Para esta doctrina, derivada de su análoga italiana, el abuso sexual sólo se configura cuando el autor o agente activo tiene como finalidad desahogar sus instintos sexuales, o su lujuria, sin ánimo de consumar el acceso carnal[6]. De tal forma, los elementos que caracterizan el abuso sexual son dos:

a) Uno material-objetivo representado por la comisión de actos libidinosos, sin intención de consumar el acceso o la conjunción carnal, es decir, sin ánimo de cópula.
b) Otro, el elemento subjetivo conformado por la voluntad (elemento volitivo) y conciencia de la comisión del abuso, con caracteres libidinosos y sin proponerse –ni intentar– el acceso carnal. Aquí importa, –y mucho–, remarcar que ante la ausencia de pulsión erótica o libidinosa, no se configura el delito de abuso, aun cuando se atente contra la libertad sexual de la víctima. Es que para los autores partidarios de esta doctrina, el delito se consuma por la acción tendiente a desahogar el apetito lujurioso, y sin él, los hechos son atípicos, no hay acción delictiva.

[6] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, Abeledo-Perrot, 1969, pág. 121.

Autores como Aguirre Obarrio y Molinario sostuvieron la necesidad de la presencia del ánimo libidinoso, al tocar las partes pudendas del agente pasivo. Por ejemplo, todo hecho cuya finalidad fuera sólo ofender a la víctima del tocamiento, para hacerle pasar vergüenza en público, no configuraría abuso sexual sino el de una "injuria real".

Tesis objetivista

Los partidarios de esta doctrina afirman que "exigir que los actos de claro sentido sexual" deban tener el elemento subjetivo, de la "finalidad libidinosa o sexual del autor", implica un criterio restrictivo injustificado. Así, Núñez afirmaba que el Código Penal no exige como requisito del tipo el ánimo libidinoso del autor, porque lo que realmente se debe proteger es "el derecho a la libertad corporal contra el ultraje" derivado de la intromisión indebida del delincuente[7].

Para esta doctrina, lo que importa es que "el acto sea objetivamente abusivo, con prescindencia del elemento subjetivo"[8]. Porque la finalidad de la ley es proteger la libertad corporal, la reserva sexual y dignidad de la persona, aunque la denomine –impropiamente– "integridad sexual". Protegerla de los ultrajes del victimario, sin analizar sus deseos. Concluyendo, según Donna, "puede constituir un abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente". También afirma este tratadista, que se comete abuso sexual por toda acción realizada sobre el cuerpo de una persona, aun sin finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento de que lesiona su libertad sexual. Entendiendo que los actos realizados con dolo (es decir, conociendo su objetividad sexual) configuran el tipo penal del abuso aun cuando carezca de ánimo libidinoso.

En cualquier caso, debe exigirse el dolo expresado en la intención del abusador, de tocar la o las partes pudendas de la víctima. Finalmente, es bueno recordar, a la hora de dictar sentencia, que "también

[7] NÚÑEZ, R. C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., actualizada, Lerner, 1999, pág. 309.

[8] DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 21.

hay denuncias falsas, que han sido formuladas con reprochables propósitos"[9].

Importante y frondosa jurisprudencia dijo reiteradamente que abusa en forma deshonesta "el que ultrapasa los límites naturales de la pureza de las costumbres, vulnerando la rigidez de sus principios con actos indecorosos impúdicos". Así lo estableció la CNCrim. y Corr., sala I, t. 1, pág. 10, f. 8; íd. sala VI, *JA*, 1986-II-síntesis *in re* "Rodríguez, Angel R.", pub. en *JA*, 1992-I-síntesis, en la causa "Orellana, Néstor A."; en igual sentido, sala IV, *JA*, 1993-IV-síntesis en autos "Calvao, Rodriguez A. M."; íd. sala VI, citada en *JA*, 1994-II-síntesis, en "Soria, J. C."; también sala II, *JA*, 1994-II-síntesis *in re* "Vega, Osvaldo A." y en *LL*, 1992-A-393; en el mismo sentido se pronunció la sala I en el caso "Orellana, H.", publ. en *JA*, 1994-II-síntesis; también la sala III, publicado en *JA*, 1994-II-síntesis y en *LL*, 1992-B-71, y *LL*, 1998-E-649 y sigs. Entre muchos más. En todos lo casos mencionados, los actos impúdicos consistieron en tocamientos materiales, jamás simples miradas, meras insinuaciones, actos a distancia o de palabra.

III. La Familia y el Derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres

Tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo y surge integralmente de su espíritu, la familia "es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños", es decir que "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia".

Esta afirmación, que seguramente es compartida por todos, plantea algunos interrogantes cuando nos proponemos trasladarla al contexto de la familia que se organiza con posterioridad a la ruptura de la pareja conyugal.

El principio establecido en el art. 18 de la Convención dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo.

En nuestro derecho, este principio, sumado al respeto por la igualdad de los cónyuges, ha sustentado la instauración legal del ejer-

[9] REINALDI, Víctor , *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino*, Lerner, 1999, pág. 53.

cicio conjunto o indistinto de la autoridad parental, previsto por la ley 23.264.

Otra norma fundamental relativa al ejercicio de las relaciones paterno-filiales es el derecho del hijo, consagrado en el art. 9 de la Convención, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos y, si bien plantea excepciones, el principio general para evaluarlas es que tal separación "sea necesaria en el interés del hijo".

El Código Civil no contiene definición ni concepto general de familia, salvo en las referencias específicas en las que se describe para supuestos particulares (bien de familia o derecho de habitación).

Se contemplaron las relaciones dentro de la familia de persona a persona, por esa razón no puede hablarse de una composición de la familia específicamente determinada en el Código Civil.

El Código adopta como modelo de familia a la nuclear, ya que sus funciones esenciales son asumidas, en principio, por el núcleo reducido de la pareja conyugal y los hijos menores. Éste es el grupo obligado a convivir.

Creemos que todas las formas de organización familiar son objeto de tutela legal a través de numerosos textos constitucionales de este siglo, que tienden a imponer al Estado el deber de protección de la familia.

La jurisprudencia comienza a reconocer la existencia de una nueva estructura familiar posterior al divorcio como merecedora de protección.

El art. 264, inc. 1, de la ley 23.264 adopta, como principio general, el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad, al disponer que el ejercicio corresponde "en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado".

En el caso de que los padres se encuentren separados, el ejercicio de la patria potestad se concentra en el "padre o madre que ejerza legalmente la tenencia" (art. 264, inc. 2).

Deja a salvo el derecho del progenitor que no ejerce la guarda de "tener una adecuada comunicación y supervisar su educación".

Si bien el poder de iniciativa está en cabeza del cónyuge que tiene otorgada la guarda del hijo, el otro podrá formular oposición en sede judicial.

El sistema adoptado, tanto en lo normativo como en lo cultural, de atribución unipersonal de la tenencia de los hijos, lleva implícita

la idea de su inclusión en el "reparto" posterior al divorcio; ello presupone que los hijos no son "atribuibles" u "otorgables", mas como obviamente no son "divisibles", se ha optado por la salomónica solución de adjudicarlos a uno de los cónyuges.

Además de las disposiciones de derecho interno, rigen en la materia los arts. 9 inc. 3 y 10 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

"Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño "(art. 9, inc. 3).

IV. El Derecho a la comunicación

A la luz de estas disposiciones, el derecho de comunicación es un derecho del hijo y no sólo del progenitor que no convive con él.

Ya en 1957, la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, en autos Villareal c/Mancorda Balbi", decidió que "el derecho de visitas puede ser ejercido por el menor en forma directa o por medio de sus representantes legales, o guardadores, a fin de lograr, en cuanto sea posible, el mantenimiento de la integridad de la relación paterno-filial mediante la conservación de la unión más plena que las circunstancias del caso lo permitan".

Igualmente, antes de la incorporación de la Convención, nuestro derecho interno y la doctrina ya había entendido que se trataba de un derecho propio y autónomo del hijo, que puede ser ejercido por éste en forma directa o por medio de sus representantes legales o guardadores.

El derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la "adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal".

Se desprende, además, que resulta explícito en el discurso tradicional que "las visitas" son "el derecho que le queda al progenitor.

Es, en realidad, la misma ideología que sirve como sustento a la necesidad de atribución unilateral del ejercicio de la patria potestad después del cese de la convivencia la que consolida este estereotipo de ejercicio de parentalidad y de la familia posterior al divorcio.

Esto es, la familia y la paternidad o la maternidad, estructuradas en base a un esquema de monoparentalidad, que en la dinámica

funciona en términos de sobrecarga para un progenitor y de exclusión para el otro.

Con independencia de la evaluación de los criterios para la atribución de la tenencia de los hijos, cabe una consideración respecto del significado propio de la atribución de la tenencia a uno de los progenitores, como concesión de una facultad o un poder a uno de ellos en detrimento del otro.

La influencia de esta decisión judicial, aun antes de que ésta se produzca, es determinante de la organización de las relaciones de poder en la familia, sobre todo en la pareja parental.

La atribución unipersonal de la tenencia implica conferirle una cuota de poder en lo relacionado con la parentalidad, que representa una compensación a la cuota de poder económico que conserva generalmente aquel de los padres que no convive con los hijos.

Esta aparente compensación termina por generar una sobrecarga en las responsabilidades que se derivan de los poderes asignados a cada uno y una paulatina desvinculación en las funciones atribuidas al otro miembro de la pareja parental. En síntesis, el progenitor a quien se le ha otorgado la tenencia comienza a "apoderarse" de los hijos, y el otro, a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad y a "apoderarse" del control del dinero, restringiendo los aportes necesarios para la manutención de los hijos (lo vemos a diario en nuestros tribunales la cantidad de juicios por alimentos iniciados).

Probablemente, el reemplazo del concepto de atribución de la tenencia unilateral por el de la determinación del progenitor conviviente con los menores signifique, además de considerar a los hijos como sujetos de las relaciones familiares, la subsistencia de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores y la sola redistribución de funciones como consecuencia de la nueva organización familiar.

Pienso que éste es el *quid* del problema que, nosotros, como operadores del derecho, debemos modificar desde lo normativo y lo cultural.

Quizás el exagerado interés de sustentar las bases de la familia y su protección jurídica en el matrimonio provoque que, ante la separación o la disolución del vínculo, resulte casi inconcebible la noción de familia funcional o sana. Así, todo intento de abordaje de las relaciones familiares después del divorcio está condicionado a una ideolo-

gía de "familia discapacitada o minusválida", incapaz de generar respuestas válidas a los requerimientos de la parentalidad.

Se traduce a través del principio de la atribución unipersonal de la tenencia la convicción sobre la imposibilidad de la plenitud de la relación paterno-filial para ambos progenitores, como si ello estuviese impedido por una incapacidad inherente a su condición de cónyuges divorciados.

Debemos empezar a hablar de un nuevo tipo de familia: la familia binuclear. Y de un nuevo concepto: "la copaternidad".

Ésta es una familia donde hay dos casas. Los chicos tienen dos casas, dos camas, dos cepillos de dientes, de todo tiene dos.

Aquí, la palabra clave es "copaternidad"[10].

No sirve hablar de "tenencia" porque los hijos no se "tienen", no son propiedad de nadie.

Tampoco sirve hablar de "visitas" porque ningún padre es una visita en la vida de su hijo.

Ni de "control de la educación que el otro da" porque en la práctica no sólo es nocivo sino que es imposible.

En la "familia binuclear", el derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la "adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal".

Considero que éste es un tema muy importante y que da lugar para realizar –en otra oportunidad– un trabajo de investigación más profundo y concreto; sin embargo, no quería dejar de mencionarlo, ya que considero que, en la medida en que el concepto de "familia binuclear" y el de "coparentalidad" los traduzcamos en el marco normativo y los incorporemos culturalmente, existirán menos problemas de impedimentos de comunicación de hijos con padres no convivientes o falsas denuncias de abuso sexual infantil.

V. Ahora bien, hasta que ello ocurra, en sede civil, ¿qué instrumentos legales contamos para intervenir en una denuncia de abuso sexual infantil?

La reforma constitucional argentina de 1994, al equiparar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José

[10] CÁRDENAS, Eduardo, *La mediación en conflictos familiares*, Lumen Humanitas, pág. 138.

de Costa Rica) y a la Convención sobre los Derechos del Niño en el mismo nivel superformativo de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), obligó a que el Estado previera un modo de intervención –mediante sus poderes públicos– en las cuestiones relativas a la violencia familiar. En este sentido, la ley 24.417 pretende abrir un nuevo camino para acercar soluciones a este tema tan preocupante como actual de la sociedad argentina.

El abuso sexual infantil es una de las formas más severas de maltrato infantil. Frente a una denuncia de este tipo, la citada ley prevé medidas cautelares y disponer sobre el menor e implementar necesarios para superar la situación.

Pero, más allá de las medidas que el juez de familia puede adoptar, está obligado a denunciar los hechos ante la justicia penal (art. 72, *in fine*, del Código Penal).

Particularmente, en estos casos la legislación civil no alcanza. Se trata de cuestiones donde lo penal y civil aparecen entremezclados, introduciendo al juez civil en una problemática que resulta más a la problemática que resulta más próxima a la competencia del juez penal.

Además, de los preceptos de la citada ley, no cabe dejar de lado la gama de medidas cautelares genéricas que, con el nombre de "Protección de Persona", pone a nuestra disposición el ordenamiento procesal (art. 234 y siguientes del ritual), en tanto se trata de un dispositivo de amplia utilización y práctica, en donde, inclusive, el tribunal actúa de oficio y sin encontrarse sujeto a los concretos límites temporales que impone la ley mencionada.

La Carta de Ginebra de 1924 ha dicho que "cualquiera que sea la forma con que se presente, el maltrato de los niños constituye un fenómeno definido en este siglo (el pasado) por un consorcio de instituciones médicas, sociales y legales".

Esto revela que, muchas veces, no son las que platearon el problema, sino que son las instituciones quienes tuvieron a su cargo la tarea de "recortar" el fenómeno del maltrato o abuso, razón por la cual se puede afirmar que, en primer término, el abuso de niños es un problema de naturaleza institucional[11].

Por ello, es un acierto la formulación del art. 2 de la Ley 24.417, en cuanto especifica como obligatoria la denuncia para los servicios asis-

[11] ALBARRACÍN, Dolores, *Institucionalidad, institución e institucionalización en el abuso de niños: una análisis de las consecuencias terapéuticas*, Actas FEH, 1994.

tenciales sociales o educativos, públicos o privados, profesionales de la salud y todo funcionario público. Ello por cuanto, en el medio local, la detección del abuso ocurre, principalmente, en el ámbito sanitario-asistenciaL y, secundariamente, en los sistemas escolar y policial.

"La ley 24.417 ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato y la verosimilitud de la denuncia, para que el juez pueda adoptar disposiciones que, en su esencia, son verdaderas medidas cautelares, como lo es la exclusión del denunciado como agresor o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial" (CNCiv., Sala A, R. 196.280, 14-6-96, "R., S. I. c. T., C. E. s/ Incidente art. 250").

"La ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, ha establecido un procedimiento que dista de ser contradictorio y permite, con base en lo dispuesto por sus arts. 3 y 4, adoptar las medidas cautelares que correspondan a tal fin. Es así que este marco de actuación no debe ser desnaturalizado con planteos que exceden notoriamente ese limitado ámbito procesal, fijado por la adopción de medidas urgentes que apuntan a neutralizar la situación de crisis denunciada ante el órgano jurisdiccional" (CNCiv., sala E, R. 203.537, 19-9-96, "B., R. A. y otros c. C., A. P. s/denuncia por violencia familiar").

"El trámite previo en la Ley de Violencia familiar no debe dejarse librado exclusivamente a la iniciativa de las partes, sino que impone al juez el deber de adoptar medidas tendientes a comprobar los daños físicos o psíquicos sufridos por las víctimas, proporcionándoles una serie de alternativas de acción, incluso de prevención y asistencia. Y las medidas allí previstas no son taxativas, sino meramente ejemplificativas, pues no cierran el espectro de posibilidades para hacer efectiva la tutela jurisdiccional" (CNCiv., sala A, R. 203.061, 30-9-96, "S., P. s/Artículo 482 del Código Civil").

Aspectos Médicos y Psicológicos en los casos de los impedimentos de contacto con el progenitor no conviviente

Los intrincados funcionamientos emocionales que estos procesos desencadenan originan, en sus protagonistas, la imposibilidad de distinguir entre las aptitudes maritales y las parentales.

Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor, que se convierte en la contraparte de la contienda.

De esta pérdida de objetividad, quienes resultan víctimas, inevitablemente, son los hijos.

A este respecto, como ya he dicho, por causa del "síndrome de alienación parental", un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva a, o acerca de, el otro progenitor no conviviente, y generalmente se fundan en el argumento de "proteger" al hijo del mismo, desconociendo los efectos deteriorantes que este tipo de acciones genera sobre la identidad de los niños.

La repetición de los fenómenos de obstrucción a las visitas ha llevado a muchos operadores familiares a reflexionar acerca de cuáles son los mecanismos que subyacen a este tipo de comportamientos que, por otro lado, parecen ser compulsivos, inevitables y resistentes a toda clase de sugerencia o indicación.

Desde el punto de vista psicológico, el matrimonio es vivenciado como uno de los proyectos más importantes de la vida, ya que constituye el primer paso hacia la formación de una familia –elemento intermedio entre lo social y lo individual– sin la cual, la existencia humana no es imaginable.

El casamiento o el inicio de la convivencia dan cuenta sólo del comienzo de un proceso, que puede llevar años o no completarse nunca.

No siempre son coincidentes la alianza matrimonial legal y la alianza psicológica real.

Es decir, paralelamente al cumplimiento de los requisitos que exige la sociedad para constituirse en pareja, ésta conforma un "nosotros" con elementos subyacentes pertenecientes a cada una de las familias de origen de los integrantes: ambos traen costumbres, rituales, estilos, cuya integración otorgará una identidad a la nueva pareja.

Cuanto más rígidos e incuestionables sean estos modelos en la historia individual de cada uno, más difícil se tornará la constitución del "nosotros".

En la imposibilidad de discriminar entre aptitudes maritales y las parentales, se considera que el otro progenitor es "prescindible" para el hijo.

Se desconoce el daño psicológico que se le provoca al intentar "borrar" de su psiquismo a aquel cuya presencia es la garantía de una salida saludable hacia el medio extrafamiliar.

En la demanda judicial, predomina la pretensión de "hacer actuar" a aquel que resulta representante del sistema judicial, ubicándose el sujeto en una posición pasiva e indefensa.

La ilusión del actor es que el órgano jurisdiccional, a través de sus representantes, oficiará como protector y amparador, en una situación en la que él mismo se presenta como desamparado.

Reclamará defensa ante las conductas perjudiciales de la otra parte, la cual es percibida como extremadamente peligrosa y ante quien no encuentra la posibilidad de defenderse por sus propios medios.

Esto trae aparejada la sensación de sobrecarga y responsabilidad de los profesionales intervinientes –quienes experimentan la urgencia de tomar decisiones– , y la exagerada multiplicación de intervenciones que deben realizarse (se remueven y se nombran peritos, se convocan instituciones especializadas, se dan "vistas" a los defensores, se anexan causas, se piden opiniones a distintos cuerpos interdisciplinarios. Los auxiliares de la justicia, asistentes sociales y psicólogos son convocados a producir pruebas (psicodiagnósticos e informes socioambientales) que sirvan para confirmar certezas implícitas en la demanda o en la contestación de la demanda.

A menudo se insiste en la evaluación de los hijos con el propósito de adjudicar el daño observado (trastornos escolares, insomnio, alteraciones del carácter) a la falta de idoneidad del progenitor objetado.

Estos pedidos no son sino maniobras distractoras que apuntan a desviar la atención del verdadero foco: la imposibilidad de reflexión y autocrítica por parte de los padres en relación al inadecuado manejo de la separación.

Dificultades a considerar en las denuncias de abuso sexual infantil

En este campo, son muchas las cuestiones que los operadores del derecho debemos tener en cuenta al trabajar con una denuncia de abuso sexual infantil. Analizaré algunas de ellas.

Terapias iatrogénicas

Se define como terapia iatrogénica toda alteración del estado normal del paciente producida por el médico, psicólogo o cualquier otro profesional de la salud en el ejercicio de su profesión.

Un ejemplo de terapia iatrogénica es la derivación de niños no abusados o sin certeza de abuso sexual, a grupos de niños victimizados, para "ayudarlos a revelar o develar" el presunto delito.

La triste realidad de muchos inocentes niños argentinos indica que sin control judicial alguno, ni consentimiento informado de sus padres, terapeutas los someten a prácticas con efectos peligrosos para su salud psicofísica.

Muñecos sexuados

La utilización de los muñecos sexuados y otras técnicas sugestivas usadas para evaluar la comisión de presuntos abusos sexuales infantiles, son muy controvertidas y su mal uso generó un problema social de enormes dimensiones en los Estados Unidos y actualmente en otros países, entre los que se encuentra el nuestro.

Médicos psiquiatras como Campbell, Jones y muchos otros, han criticado duramente la iatrogenia, provocada por profesionales que usan muñecos sexuados y otros métodos, en sesiones de terapia para niños que no se sabe si fueron abusados.

No puede negarse más que en la terapia individual con muñecos sexuados, se da una psicopedagogía adaptativa donde el niño debe adaptarse al rol que le asignan ciertos entrevistadores con expectativas de confirmar un abuso mediante preguntas directivas, conductivas, sugestivas y/o con respuestas sugeridas o inducidas.

Así, en casos de denuncias erróneas o por hechos falsos, tiene que actuar como niño abusado sexualmente.

Hace mucho tiempo que la Academia Americana de Psicólogos advirtió lo contraproducente del uso de los muñecos sexuados para diagnosticar abuso sexual infantil[12]. También la Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Adolescencia sostuvo que su uso debía ser prudente, y sólo para tratar casos con evidencia física o constatación de la ciencia jurídica[13].

[12] MELTON & LIMBER, "Cambios en el Derecho de Familia y vida familiar", *American Psychologist*, vol. 44, nº 8, págs. 1213-1216 y en "La ciencia Psicológica y los detalles del uso de muñecos anatómicos en niños abusados", publicado en el *Psychologist Bulletin*, vol. 118, nº 2, 1995, págs. 199-222.

[13] "Parámetros de medición para evaluaciones forenses específicas", expedidos por la *American Academy of Chile and Adolescent* en el Forum Anual 1995; el *Journal of American Academy Chile and Adolescent. Psychiatry*, 36., marzo 3 de 1997.

Se demostró que ejercen un efecto combinado de sugestión, distorsión y/o contaminación de los dichos y juegos infantiles. Además, al no existir un protocolo científico válido y universal para el análisis de los juegos de niños con ellos, cada entrevistador puede interpretarlos subjetiva y arbitrariamente en pro o en contra de la ocurrencia del abuso. Esto genera graves peligros para la familia y la sociedad toda, porque muchas veces la interpretación errónea del juego con muñecos sexuados sustenta informes falsos positivos de abuso sexual infantil.

El error de muchos terapeutas insta a formular denuncias penales erróneas contra personas inocentes por hechos inexistentes, induciendo a creer la comisión de delitos contra la integridad sexual de los niños, que verdaderamente no han sucedido[14].

Las asociaciones y academia citadas, además, cuestionaron el uso de muñecos sexuados en el ámbito forense, y la calificación del juego de los niños con ellos como sexualizado. También impugnaron su categoría de evidencia diagnóstica de abuso sexual infantil.

Ya no puede discutirse más que los conocimientos sexuales de los niños pueden originarse en otras fuentes, y no sólo por hechos de abuso contra su integridad sexual. En este sentido, cabe resaltar que puede proveérselos la misma terapia, por la sexualidad explícita de los muñecos anatómicos, por el interrogatorio sugestivo del entrevistador y/o el entorno familiar, al creer que los hechos abusivos ocurrieron.

Años atrás, se explicó que no debe hacerse un diagnóstico de abuso basándose sólo en lo que el niño hace con las muñecas. Porque puede aprender sobre actividades sexuales de otras formas y no sólo por haber sido abusado[15]. Puede adquirirlo mediante juego sexual consensuado entre iguales, por haber visto pornografía o erotismo, contemplado alguna relación sexual de sus padres u otras personas, haberlo aprendido en clases de educación sexual, etcétera.

También, recientemente un autor argentino destacó los graves peligros a que está expuesto un chico que navega por Internet: la exposición a material pornográfico (sexo explícito, violencia sexual,

[14] De Gregorio Bustamente, Álvaro y Pedrosa de Álvarez, Susana, conferencia "Denuncias erróneas o falsas de abuso sexual infantil", realizada el 16 de agosto de 2000 en el *XII Congreso Latinoamericano, IV Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología*, La Plata.

[15] Faller, Katheleen, *Guías para determinar la ocurrencia de abuso sexual infantil*, Ph. D, 1998, pág. 7.

pedofilia, etc.) y el posible abuso físico a que pueden verse sometidos, porque a través del "chateo" algún individuo dedicado a la explotación sexual infantil, puede comunicarse con él y verlo sin que lo sepan sus padres. Incluso, los reclutadores suelen hacerse pasar por niños en el chateo y ganarse la confianza de los chicos, presentándoles material pornográfico infantil, convenciéndolos de que no hay nada malo o ilegal en ver o participar de esa clase[16].

El uso de muñecos sexuados y otras técnicas no avaladas científicamente para validar presuntos abusos sexuales infantiles, implica un alto riesgo para la salud psicofísica de los niños y su correcto desarrollo biopsicosocial.

En este sentido, una destacada profesional del Cuerpo Médico Forense, especialista en abuso sexual infantil, Lic. Virginia Berlinerblau, ha sostenido que su uso no es imprescindible[17].

Resulta importante evitar el uso de los muñecos como método pedagógico, de modo de entrenamiento, dirección, conducción, o instrucción de los menores. Hasta el presente no hay evidencia alguna de que el juego con ellos constituya test diagnóstico o sirva para validar el abuso sexual de niños[18].

La necesidad de diferenciar las entrevistas diagnósticas de las terapéuticas

En primer lugar, debemos distinguir entre la actividad que corresponde a los tribunales de justicia (de Menores o Familia) de la que debe ser la actividad del terapeuta como tal y, en ésta, también su obligación desde el primer momento de proteger al niño con la actitud de creerle de entrada, esto es, no descartando en forma prejuiciada su decir porque son menores y porque a su edad son proclives a pergeñar fantasías.

De otro modo, quizás el niño no vuelva a hablar por mucho tiempo (o nunca).

[16] CAPOLUTO, Enrique, *Ladrones de Inocencia*, Campomanes, 2001, pág. 153.

[17] BERLINERBLAU, Virginia, *Violencia familiar y abuso sexual*, Universidad, 1998, pág. 209.

[18] "El perito experto en los casos de abuso sexual infantil, Qué puede y debe decir el testigo experto en la Corte", *American Psychological Association*, D.C., 1998, pág. 270.

Experimentados especialistas nos han enseñado que muchísimos niños pueden ser sumamente exactos en sus relatos, aunque puedan tener dudas o hesitaciones en el transcurso de los mismos, exhibir lagunas difíciles de llenar o incluir detalles fantásticos. Muchos de ellos, especialmente cuando son niños mayores, resultan muy resistentes a la influencia de adultos que quieran torcer sus afirmaciones.

En los tribunales de justicia penal, en los países experimentados en el tema, todo material recogido en el ámbito terapéutico no es tomado como prueba en los procesos. Esto se debe a que un juez por prudente no le puede constar cuánto del material obtenido en terapia puede haber sido resultado de la actitud del terapeuta y su influencia sobre el niño y cuánto no. En esta tesitura, si las entrevistas de propósito diagnóstico han tomado el giro de "terapéuticas", tal el caso de los entrevistadores que ven al niño diez o veinte veces, empeñados en que éste vaya develando el abuso, el material así resultante es inmediatamente desechado por la sencilla razón de que no tiene valor probatorio alguno. Lamentablemente, entre nosotros hemos observado una gran confusión sobre este punto, con resultados, a veces penosos por lo injustas y osadas de las conclusiones que se extraen de un material que es seudodiagnóstico, ya que no se han cumplido los requisitos de tal[19].

Recaudos que debe tomar el entrevistador

Varios son los recaudos que debe tomar el entrevistador luego de esta primera actitud de creerle al niño.

En efecto, la memoria humana es constructiva y selectiva, esto es, no existe un registro como el obtenido por un grabador o una videocámara. Esta memoria llena de los baches más diversos puede variar y ser "rellenada" por la influencia de factores diversos, y todos sabemos lo difícil que nos resulta reconstruir un hecho del que hemos sido testigos y de la multiplicidad de los relatos distintos que en estas situaciones se puede recabar. También todos tenemos presente cómo ciertos líderes carismáticos han "construido" en la memoria colectiva historias que no han sucedido y de las terribles consecuencias de persecución y terror llevadas a cabo a partir de estas convicciones.

[19] PADILLA, Eduardo, *Ponderación de los relatos de abuso sexual infantil.*

En los niños, en particular los más pequeños, la memoria funciona en cierto sentido en forma similar a la de los ancianos: los hechos se borran con mucha facilidad y si se insiste desde una posición de poder e influencia, es muchas veces posible rellenar el hueco con otros "sucesos" que se quieran instalar como reales. El abecedario, las tablas, hasta los cuentos, se deben repetir una y otra vez. Los padres y los educadores saben bien cuánto se deben "repasar" luego de las vacaciones tantas cosas que parecían bien sabidas. Es cierto también que los niños pueden –y de hecho lo hacen– mentir con diversos propósitos, por ejemplo para evitar una reprimenda o para parecer más importantes o para guardar un secreto en un juego. También está comprobado que los niños menores de siete años son incapaces de inventar una historia con el propósito deliberado de perjudicar a un tercero. De esta manera, cualquier historia no verdadera de abuso sexual, no ha sido inventada por el niño pequeño ni es el resultado de una mentira propia: ha sido instalada (por diversos motivos) en la mente infantil por uno o más adultos, y no es infrecuente que, sin quererlo a conciencia, se presten a ello profesionales a intervenir, especialmente si se encontraban dispuestos a comprobar a toda costa que el abuso existió y si se han abanderado en una "campaña" en favor de una de las partes.

Síndrome de Summit

Desde el inicio, en los Estados Unidos de América el síndrome de acomodación (creado por el Dr. Roland Summit) fue resistido e impugnado como "test de abuso" y evidencia probatoria de la comisión de abuso sexual infantil. Cuesta creer que todavía la mayoría de los psicólogos y psiquiatras de Argentina, lo use sin destacar o advertir a las autoridades judiciales sus graves limitaciones técnicas. La bibliografía más reciente sostiene que hasta el momento no se pudieron identificar científicamente reacciones "típicas" de los niños abusados, que permitan diferenciarlos confiablemente de los no victimizados.

Frondosa bibliografía sostiene su invalidez diagnóstica y de la jurisprudencia surge que muchos fallos judiciales impugnaron, el testimonio de los peritos basado en este síndrome. Por su parte, organizaciones internacionales como la Avocación Americana de Psicólogos Forenses, entre otras, alertan a los jueces sobre el "mal uso

de los síndromes de abuso" (Summit), o listas de "signos y síntomas de abuso"[20]

Desgraciadamente todavía en Argentina muchos profesionales que atestiguan en casos de presuntos abusos sexual infantil, siguen aplicando los criterios de Summit o modelos teóricos basados en él, usando listas de comportamientos sin validación empírica ni medición psicométrica alguna, que según ellos evidencian el abuso.

Estos profesionales usan tales conceptos clínicos como "argumentos para los litigios", en connivencia con denuncias por hechos falsos de abuso sexual infantil[21]. Sus graves limitaciones, ya fueron señaladas por el propio Summit en 1992. Es sólo una opinión clínica, no constituye un instrumento científico. La relación causa-efecto entre factores (cinco categorías) con el problema a dilucidar no es clara.

Numerosos estudios empíricos demostraron su invalidez diagnóstica –al igual que sus derivados o variaciones– y que su uso actualmente es obsoleto.

Las Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica no admiten más pericias o diagnósticos basados en él. Por eso no se empleó en los últimos años y aun más clara muestra de su inutilidad es la exclusión del Manual de Trastornos Mentales —DSM IV–[22].

Muchos profesionales en nuestro país siguen utilizando y enseñando los criterios de Summit.

Evaluación de la posible influencia de adultos en el relato del niño

Según las últimas estadísticas norteamericanas, existen seis veces más acusaciones de abuso sexual en las familias en que hay disputas de divorcio, tenencia y visitas, que en las familias en que esto no está sucediendo. Luego: ¿el niño habló primero sobre el tema con un tercero (maestra, amigo, pariente) antes que con la madre, por caso? (la mayoría de los casos falsos proviene de madres que hablan de lo que el hijo les "habría" hablado, como lo han consignado, entre otros, Benedek y Schetky, 1985; Jones, 1985 y Bentovim, 1997).

[20] Sgroi, *El perito experto...*, págs. 191, 200, 252 y 253.
[21] *El perito experto en los casos de abuso sexual infantil...*, pág. 164.
[22] *El perito...*, pág. 223.

Si una persona adulta y con influencia sobre un niño lo induce a tomar como ciertos hechos que no acontecieron, una vez que se forma una construcción de este tipo en su mente, ese niño actuará y hablará con la mayor convicción de que está en lo cierto. Más aun será así, si dichos relatos son repetidos a través de un tiempo suficientemente prolongado y máxime si son reforzados por otras múltiples entrevistas a cargo del equipo profesional. No es que estará mintiendo o tabulando adrede, sino que estará convencido (tan convencido puede llegar a estar que será difícil conseguir que se rectifique aun si se le demuestra que los hechos no sucedieron).

Estos adultos inductores pueden estar actuando de buena fe, con la mejor intención –y en el caso de los profesionales, amén con grave desconocimiento– luego de presumir que algún hecho sexual aberrante ha acontecido.

En otros casos, la persona puede estar movida por deseos de venganza, celos o intereses económicos. Por supuesto que la combinación de todos estos motivos puede estar presente y estos últimos no son siempre del todo conscientes (la conducta humana es multimotivada o multideterminada).

Hace muchos años que se sabe en el exterior, y recientemente aquí, que alrededor del 70% de las manifestaciones de los niños sobre abuso sexual, en el contexto de separaciones de parejas destructivas, es falso[23].

Por ello, los operadores familiares, en esta evaluación, un especial cuidado debe tomarse cuando el divorcio es reciente y hay disputas por visitas y demás conexos, sobre todo si uno de los padres se siente agraviado.

Como bien lo consignan M. Ehrenberg y M. Elterman, basándose en una extensa literatura al respecto, puede ser muy difícil para el profesional evaluar diferencias entre las experiencias infantiles del divorcio de las de trauma por abuso sexual, especialmente si, como con desgraciada frecuencia ocurre, los niños han sido arrastrados a participar del conflicto.

Cuando existe disputa parental, cuanto más intensa es ésta (a veces se desarrolla en forma subterránea y no a los gritos), mayor posi-

[23] CÁRDENAS, Eduardo, "El abuso de la denuncia de abuso", *La .Ley*, del 15 de diciembre de 2000.

bilidad hay de que los niños sean involucrados y que comiencen a mostrar signos de trauma emocional y desórdenes de conducta (Amato y Keith, 1991; Hetherington, 1989; Tschan, Johnston, Kline y Wallestein, 1989). Si esto resulta así, le será difícil al evaluador discernir cuánto de esto es debido al divorcio y cuánto a posible abuso sexual. Todo ello significa que la prudencia con que se deben elevar los informes periciales al tribunal recomienda que se mencione explícitamente esta natural dificultad. El no hacerlo puede constituir una falla ética.

Se ha observado también (Faller, 1991) que, contrariamente a lo que uno suele encontrar en la habitual dinámica familiar en casos de abuso, a las madres les cuesta muchísimo aceptar que el cónyuge pueda haber estado abusando sexualmente de sus hijos, aun cuando muchas veces los hechos ocurrían a ojos vista, lo cual es parte de lo que Bentovim ha descripto como "Sistemas Organizados por Traumas", en los que la función del cuidador está neutralizada.

En otros casos, a ciertas madres de hijos no verdaderamente abusados no les cuesta creer que su marido pueda estar abusando. Cuando la decepción marital ha sido grande, tienden a creer inmediatamente, al vuelo, que sus ex cónyuges son capaces de absolutamente todo, incluso de violar a sus hijos.

A partir de allí, cualquier alteración que el niño presente luego del "recambio" que sigue a las visitas, en lugar de entenderlo como resultado de la situación penosa que este recambio significa al hijo, lo atribuyen a algo terrible que ese padre debe estar haciendo en el tiempo de las visitas con él. Señales muy comunes de conflicto que aparezcan previas al momento en que el padre pasará a buscar al niño son leídas como indicativos de un temor de ir con él por cosas terribles que seguramente suceden durante la salida.

Otras madres pueden percibir en forma distorsionada señales afectuosas, tales como besos y abrazos entre una niña y el padre en el encuentro o en la despedida, como sexuales ("se daban besos en la boca, con la explicación de que era sólo un piquito"). Si la niña percibe luego que a la madre le han disgustado estas muestras de afecto, su temor a ser abandonada por ella (quien tiene la tenencia) en represalia, tenderá a hacerla asimilar como ciertas las observaciones que le hace (Green, 1991). De allí en adelante, si se ponen en marcha mecanismos para impedir encuentros –sacando al padre del circuito– los efectos sobre los niños pueden ser sumamente dañinos y progresiva la capacidad materna de influir más y más en los "recuerdos" infantiles.

Los interrogatorios sucesivos irán moldeando los recuerdos infantiles en la dirección que les da la madre, y el eclipse prolongado del otro progenitor harán "comprender" al pequeño de qué lado (o partido) le conviene estar si no quiere quedar solo en el mundo (Elwell y Perros, 1987; Pine, 1987).

Otra cuestión en la que debe reparar el operador familiar es en la personalidad del progenitor que tiene la guarda o tenencia y que motoriza la denuncia: si bien pueden no aparecer señales de psicopatología, no es infrecuente que muestren personalidades de tipo paranoide, histriónica y manipulativa, o con tendencias *borderline* (Benedeck y Schetky, 1985). Resultan muy convincentes en su desesperación y en su espanto por lo que denuncian y por la insistencia de sus peregrinaciones –muchas veces acompañadas de lágrimas– hasta encontrar al profesional completamente identificado con ella y que valide sus sospechas.

Otras, aunque más infrecuentes veces, se notarán aspectos de tipo delirante. Desde luego, aun personas como las descriptas pueden estar pidiendo ayuda por hechos que efectivamente sucedieron, de modo que no estamos sosteniendo que según los rasgos de la personalidad del denunciante debemos descartar la materia, sino que éstas nos deben hacer redoblar la prudencia en la evaluación de la verosimilitud de los dichos infantiles invocados.

Hace muchos años, uno de los mayores expertos mundiales en divorcio, Richard Gardner, había descubierto y expuesto que existían algunos padres que sufrían del "síndrome de alienación parental" y cuyo objetivo era realizar una parentectomía con el otro progenitor, aislarlo de los niños.

Este fenómeno lo sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su tenencia.

El "síndrome de alienación parental" es un trastorno que surge en el contexto de juicios de tenencia de hijos. Resulta de la combinación del adoctrinamiento de un padre programador ("lavado de cerebro") y las propias contribuciones del niño a las calumnias hacia el padre. Es decir, es el resultado de la combinación de un padre (en general aquel que ostenta la tenencia) que agrede al progenitor no conviviente mediante su hijo, descalificándolo y hablándole mal de aquél, y el hijo que, a fin de obtener la aceptación de este progenitor, repote lo que éste quiere para obtener su aprobación.

El "síndrome de alienación parental" es una clara forma de abu-

so y maltrato al menor y que puede derivar en casos de falsa denuncia de abuso sexual contra el padre agredido, en el contexto de una disputa por la tenencia del menor.

El propio Gadner destaca que desde su experiencia en los casos donde se vislumbra el "síndrome de alienación parental" y emerge una falsa denuncia sobre abuso sexual, en especial luego de una seguidilla de manejos e intentos por lograr la separación por parte del padre que tiene la custodia, la acusación es más probable que sea falsa que verdadera[24].

Este mismo autor cita casos frecuentes, como cuando el padre que tiene la tenencia no quiere que el otro visite a su hijo, se lo hace saber al hijo expresamente o implícitamente cuando lo descalifica o habla de ello a terceros delante del menor, éste en un principio demuestra su negativa a ver al padre[25].

Otro recaudo a tener presente es el de la calidad y preparación del entrevistador a cargo del diagnóstico.

La validación (cuando se realiza en el juzgado)

Pocas cosas causan tanta preocupación y consternación en la justicia como el caso que requiere que un niño tome el lugar del testigo.

Esta preocupación aumenta cuando el niño es citado o llega al tribunal para hablar acerca de eventos traumáticos que pueden haberle ocurrido, particularmente en los casos de abuso sexual.

En estos casos, los niños víctimas de abuso sexual deben enfrentar una segunda situación traumática al producirse la crisis del develamiento. Sus intentos de conciliar sus vivencias íntimas con las realidades del mundo exterior son atacados por el descreimiento, la culpabilización y el rechazo de los adultos.

Nosotros, como operadores de familia, debemos comprender y aceptar la posición de los niños en esta dinámica tan compleja y controvertida como es la victimización sexual.

Los que intervenimos en esta etapa desempeñamos una función central en la crisis de develamiento.

[24] GADNER Richard, *Articles in Peer-Review Journals on the Parental Alienation Síndrome*.

[25] GADNER, Richard, *Recent Trenes in Divorce and Custody Litigation*, pág. 6.

La develación y validación representa un proceso sistemático de recolección de información y formación de opiniones profesionales acerca de la fuente de declaraciones, las conductas y cualquier otra prueba que justifique la preocupación de estar frente a un caso de supuesto abuso.

Por ello es importante que la entrevista con el niño o la niña esté focalizada a obtener un relato confiable acerca de un probable abuso sexual infantil.

Cuando la primera entrevista se hace en un juzgado se debe procurar que, quien realice la entrevista pueda crear un clima que facilite la libre expresión de la niña o joven, tanto en lo que hace a la ambientación física como en la posibilidad emocional que la niña se sienta cómoda y se facilite la comunicación.

El operador deberá adecuar el lenguaje y la estrategia de entrevistas al nivel evolutivo de la menor.

Se deberá contar con todo el tiempo necesario para realizar una evaluación completa y evitar todo tipo de coerción.

El entrevistador deberá tener una preparación y un entrenamiento especial en el preguntar a los niños sobre la ardua cuestión de si el abuso existió o no.

También es fundamental que la persona entrevistadora no tenga especial empeño en "descubrir o develar" abusos sexuales: debe ser lo más neutral posible y abierta a que los hechos invocados quizás no sucedieron.

Éste es uno de los motivos que hacen imprescindible que estas entrevistas sean grabadas, preferentemente en videotape, y que sean llevadas a cabo con la presencia simultánea de otro profesional, ya sea en el mismo recinto o en cámara gesell.

Estos registros servirán también para evitar que el niño sea interrogado por varias personas diferentes en ocasiones múltiples, con lo cual, por un lado, se disminuirá la carga traumática para el niño que las repeticiones conllevan, la contaminación del material y con ello continúa la "re-instalación" en el niño de los hechos invocados, y por otro lado, la posibilidad de reexaminar junto a otros colegas cuantas veces sea necesario, el material obtenido. De otra manera, como lo ha dicho el Dr. Eduardo Padilla, citando a Peter Dale, el niño en riesgo no sólo está frente a "familias peligrosas", sino también frente a "profesionales peligrosos".

Es que, si la entrevista es realizada por un operador –cualquiera sea su profesión– debidamente especializado y entrenado en cómo

interrogar a los niños según su edad y medios culturales de los que provienen, y ésta es videofilmada y supervisada por otro colega, seguramente no será necesario hacer pasar a la niña o niño por una y otra entrevista. Ya que ese video mostrará la realidad o no de los dichos del niño y podrá ser supervisado objetivamente por otro colega.

Es sabido que cuando los interrogatorios han sido más de uno o dos, la certidumbre de los resultados se va desvaneciendo con su número.

El experto Stephen Ceci sostiene que las "entrevistas repetidas y preguntas repetidas a través de las entrevistas incrementan el riesgo de contaminación si los entrevistadores han estado inclinados a encontrar abuso.

Toda información que pueda obtenerse de este modo, antes y durante la entrevista, constituye la base para el resto de la investigación sobre la denuncia de abuso. Una vez que se haya obtenido la información sobre el tipo de abuso, es importante validar el relato todo lo posible.

Esto lo hacemos de dos maneras:

1) Obteniendo información de otras fuentes que confirmen los datos aportados por el niño, como hermanos, amigos, maestros, médico, etcétera.
2 Demostrando que los datos aportados por el niño coinciden con el patrón de otros casos de abuso sexual.

La validación es crucial en la intervención legal, ya que la confirmación le facilitará las cosas al niño, ya sea de sus cuidados y apoyo para él y su familia.

En nuestro juzgado hace diez años que utilizamos este sistema. Contamos con una sala provista de un televisor, videograbador, filmadora y cámara gesell. Su utilización fue autorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es un espacio que puede ser utilizado por todos los juzgados de familia de Capital Federal. Actualmente es aprovechado por muchos de los tribunales orales de menores de esta ciudad.

De nuestra experiencia, concluimos que es una urgente necesidad modificar nuestra legislación procesal civil y penal estableciendo y unificando esta modalidad de prueba, a los fines de la búsqueda de la verdad y no revictimizar una y otra vez al niño.

Si logramos ello, los niños y las niñas que pasan por esta tremenda experiencia estarán más cuidados en este proceso y nosotros seremos "profesionales menos peligrosos".

Porcentajes estadísticos de denuncias de abuso sexual infantil falsas

Durante algún tiempo se ha sostenido que los relatos no verídicos rondaban el 3 o 4%. Pero los últimos estudios elevan esta cifra a un 10% (Danya Glaser, su conferencia sobre "Coconstrucciones", en el Hospital de Clínicas de Buenos Aires, organizada por Fundación Familia y Comunidad, en agosto de 1999) y para algunos autores a mucho más.

En efecto, una importante investigación de Jones y McGraw, efectuada en Denver sobre 576 casos, arrojó que un 6% de las acusaciones eran falsas y basadas en mentiras deliberadas y un 17% no eran verdaderas aunque basadas en no mentiras sino en errores de buena fe, lo cual arroja un total de 23% de situaciones no verdaderas y en cuanto a sus consecuencias, iguales en nocividad.

Estos datos nos obligan a redoblar la prudencia cuando evaluamos la probabilidad de que el relato infantil sea verdadero, ya que, en especial en el ámbito penal, la decisión judicial reposa en gran medida en la opinión de los expertos.

Como en los delitos sexuales casi nunca existe el "cuerpo del delito" ni testigos presenciales, la narración infantil es de capital importancia y a veces el único elemento de convicción con que se puede contar.

A esto se debe agregar que varios de los síntomas de abuso sexual (conductas sexuales inapropiadas para la edad, masturbación compulsiva, brusco descenso del rendimiento escolar, pesadillas, enuresis, ect.), pueden estar presentes en situaciones en que las causas pueden bien ser otras, en especial cuando se trata de niños cuyos padres se acaban de separar y entre los cuales existe una situación de "guerra", tal como a veces hasta los mismos niños la describen ("entre papá y mamá existe una verdadera guerra y yo soy del partido de mamá", declaró uno destrozado entre dos bandos e inclinándose, por las dudas, por el progenitor que tenía la tenencia y con quien, por lo tanto, convivía).

Obligación ética del profesional que evalúa los relatos infantiles

La co-construcción de historias de abuso que no han sucedido existe, se presenta como probabilidad a considerar, tener en cuenta o descartar.

Cuando éste resulta el caso, no tenemos éticamente el derecho de confundirnos ni de confundir: no se tratará de una "re-construcción"

efectuada por un progenitor que quiere ayudar a un hijo o una hija a develar la verdad, como lo "redefinió" en un caso clarísimo de relato inducido un perito no debidamente informado sobre el tema (lo cual, de paso sea dicho, ignorancia que reconoció sin que se le tomara debida cuenta), declarando ligeramente ante un tribunal que encontró allí un poderoso argumento para encontrar culpable al imputado. Son historias de hechos que no sucedieron, pero tienen la potencialidad de parecer verdaderas, convincentemente reales, funestamente peligrosas y ominosamente destructivas.

Los operadores familiares que por las causas que sean nos encontremos estudiando supuestos casos de abuso, tenemos la obligación ética de estar absolutamente informados de todas estas comprobaciones sobre cómo funciona la mente infantil y de seguir profundizando en ello para poder discernir adecuadamente los verdaderos de los falsos casos que nos llegan al tribunal.

De no hacerlo, corremos el riesgo de las terribles consecuencias que esto puede traer para todos los involucrados.

En este sentido, no debiera haber perito "de parte" que no lo sea de la "parte" del bien del niño, comprometido con ello a informar debida e imparcialmente al tribunal que requiera de sus servicios. En caso contrario, el principal perjudicado, como siempre, sería el mismo niño.

El no tener, el perito, sólidas bases científicas actualizadas para responder al problema del abuso sexual infantil, hará a la larga también poco creíbles los verdaderos testimonios de los que efectivamente han sufrido las penurias del abuso sexual, con lo cual quedarán desamparados.

VI. Conclusiones

Respecto a los impedimentos de contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente

El paradigma de padres separados según el cual la madre se ocupaba casi en exclusiva de la crianza y educación del hijo y detentaba su guarda y patria potestad, y el padre aportaba "alimentos", cumplía con las visitas y "supervisaba" la tarea de la madre (familia nuclear incompleta) ha caducado por ineficaz.

Actualmente construimos con mejores resultados un nuevo pa-

radigma en que los dos progenitores separados son responsables de la crianza y educación del hijo (coparentalidad), en dos hogares diferentes en que ambos lo son también del hijo (familia binuclear).

La incorporación y aceptación cultural de este paradigma, ayudará a disminuir los casos de obstrucción de la comunicación de un hijo con alguno de sus padres.

Tanto los casos de obstrucción del régimen de visitas por el progenitor conviviente como los de negativa de los hijos a mantener comunicación con aquél evidencian la existencia de una grave crisis familiar, que demanda la intervención interdisciplinaria del auxilio terapéutico.

Los operadores psicológicos y legales muchas veces ayudan a que esta obstaculización se produzca o afirme, si no están entrenados en este tipo de fenómenos o sustentan una ideología sexista (machista o feminista) que sesga su visión.

Los profesionales que evalúan los casos de obstaculización del contacto del hijo con el otro padre por orden del tribunal deben conocer ciertas características de los mismos y tener la suficiente información contextual, para no dañar con observaciones y conclusiones ingenuas.

Activar la red de personas e instituciones capaz de operar la reducción de la violencia es el abordaje que ha demostrado mayor eficacia. No es la derivación de toda la familia a tratamientos individuales la indicación correcta en estos casos, sino el abordaje de red breve, con objetivos y plazos claros.

El establecimiento de metas accesibles y comprensibles para la familia, las intervenciones de tipo educativo y las que tienden a intensificar el apoyo y el control social son recursos privilegiados en este tipo de abordaje.

Sólo la familia puede reparar el daño que ha sufrido en el curso de un litigio.

Respecto a las falsas denuncias de abuso sexual infantil

Es altamente preocupante el notable incremento de las denuncias por falsos hechos de abuso sexual infantil.

La posibilidad de realizar denuncias de abuso sexual intrafamiliar es una conquista importante de nuestra sociedad y nuestro derecho. Como tal debe ser defendida y vigorizada.

La denuncia de abuso sexual intrafamiliar está cayendo rápidamente en descrédito por que está sirviendo a quienes, víctimas de "síndrome de alienación parental" quieren practicar parentectomías.

Existe una diferencia sideral entre lo normado por la ley, el marco teórico y el discurso psquiátrico-psicológico, respecto de qué es el abuso sexual infantil. Urge unificar criterios para no seguir afectando la seguridad jurídica.

Por ello es necesario que nosotros, los operadores del derecho, empecemos a realizar cambios en la legislación y a tomar ciertos recaudos para dilucidar las falsas de las reales denuncias de abuso sexual infantil.

Más allá de las posturas de cada uno de los progenitores y la representación prosmicua que ejerce el Defensor de Menores, sería importante crear la figura –en estos casos– del abogado de niño.

Debe incluirse en el Código Procesal –tanto penal como civil– la obligatoriedad de filmar las pericias, bajo pena de nulidad. Ello aportará mayor transparencia en los procesos, y un mejor control de las garantías constitucionales.

La entrevista o validación siempre debe ser filmada. Ese video será válido tanto para la justicia civil como para la penal, evitándose las reiteradas entrevistas que sólo revictimizan al niño/a.

Debe protegerse a los niños de las horribles prácticas con muñecos sexuados, de la inclusión de niños que no se sabe si han sido abusados en grupos de niños victimizados y otras técnicas iatrogénicas carentes de aceptación universal y validez científica, que pueden afectar su salud psicofísica.

Evitar las entrevistas repetidas con uso de muñecos y el empleo de preguntas inductivas, sugestivas, etcétera, que sugestionan al niño, influyéndolo en sus esquemas de acción, haciendo que acepte la idea de abuso, y/o la autoría de una persona determinada.

El Estado debe fomentar políticas de control sobre las prácticas de los profesionales de la salud mental que entrevisten y/o asistan a niños presuntos víctimas de delitos contra su integridad física. Así como la construcción de listas de "síntomas o signos de abuso sexual infantil" que hace bastante tiempo –en otras partes del mundo– dejaron de usarse.

Debe mejorarse la calidad y preparación del entrevistador a cargo del diagnóstico.

Ante la sospecha o duda de que la denuncia de abuso sexual infantil pudiere ser falsa o se hiciere en el marco de un divorcio destructivo o disputa por la tenencia, debe realizarse un psicodiagnóstico del grupo familiar.

Debe saber que, quien haga una falsa denuncia de abuso sexual infantil (en forma deliberada o intencionada), incurrirá en el delito de falsa denuncia previsto en el art. 245 del Código Penal y será reprimida con prisión.

Además, puede ser pasible de una acción de daño moral que no sólo corresponderá al progenitor falsamente denunciado, sino al hijo menor.

Evidentemente, este problema da para mucho más, simplemente se trata de un esbozo de ideas para pensar, reflexionar, criticar para replantearnos lo que diariamente hacemos en un juzgado de familia.

Redefinir conceptos, reformular metodologías y llevar adelante un análisis crítico sobre la tarea cotidiana conlleva, por un lado, poner en tela de juicio lo aprehendido y, por el otro, comprender, aceptar y ampliar las diversas "miradas" ante conflictos tan complejos y disímiles.

Es decir, replantear prácticas nos obliga a desrigidizar los modos de intervención y abordaje de los problemas, tendiendo a la búsqueda constante de "un abanico de posibilidades" que no pierda de vista el respeto a cada niño y su familia, como así también encontrar medidas innovadoras" con el fin de adoptar aquellas que mejor se adecuen a cada caso en particular.

Esta complejidad deviene inexorable. El diseño de diferentes estrategias adaptadas a cada caso concreto cumple con una función desmitificadora de la realidad al generar un pensamiento crítico que reconoce que la realidad no es solo lo dado, sino también lo posible.

Si bien el camino no es fácil, puedo afirmar que es un desafío posible.

Bibliografía utilizada y consultada

ALBARRACÍN, Dolores, *Resolución de problemas por parte de tramas institucionales*, F.E.H., 1994.

AÓN, Lucas y otros autores, *Violencia Familiar y Abuso sexual*, Universidad.

CÁRDENAS, Eduardo y ALBARRACÍN Marta, "Padres Separados: cuando

uno obstaculiza la relación del otro con el hijo", *El Derecho* del 28 de agosto de 2001.

CÁRDENAS, Eduardo, El abuso de la denuncia de abuso", *La Ley* del 15 de septiembre de 2000.

— *La mediación en los conflictos familiares*, Lumen Humanitas.

— *Violencia en la pareja*, Granica.

DE GREGORIO BUSTAMANTE, Humberto, *El abuso sexual infantil y la mala praxis psiquiátrico-psicológica*, Apunte.

GLASER, Danya y FROSH, Stephen, *Abuso sexual de niños*, Paidós.

GROSMAN, C., MESTERMAN, S. y ADAMO, M. T., *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Universidad.

GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia, *Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar*, Universidad.

GROSMAN, Cecilia y otros autores, *Los derechos del niño en familia*, Universidad.

PADILLA Eduardo, *Ponderación de los relatos de abuso sexual infantil*, Apunte.

PERRONE, Reynaldo, *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*, Paidós, Colección Terapia Familiar, nº 3.

Revista e la Sociedad Argentina de Ginecología Infanto Juvenil, vol. 3, nº 3, 1996.

Revistas Interdisciplinarias de Doctrina y Jurisprudencia: *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot (nos. 12 y 17).

Nota sobre "Familia y Minoridad", *Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, julio-agosto de 2002.

ANOREXIA
Su relación con el artículo 203 del Código Civil*

MARÍA ELISA PETRELLI**
MARÍA EGIDIA GALÍNDEZ***

I. Introducción

Muchas normas en el Derecho de la Familia tienen carácter preventivo. En ellas, más de una vez, no nos referimos directamente a relaciones jurídicas específicas, sino a conflictos intrafamiliares que producen consecuencias jurídicas. Es por ello tan importante la labor preventiva, que para ser eficaz, debe realizarse desde el conocimiento y la actuación interdisciplinaria.

El art. 203[1] del Código Civil es un ejemplo normativo que acude en socorro de la familia. Esta norma, junto con la del art. 208[2],

* El presente ensayo obtuvo el segundo premio en el Concurso Año 2000 del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y una mención especial por parte de ALUBA.

** Abogada, Licenciada en Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca, Profesora Universidad Católica Argentina.

*** Abogada, Licenciada en Derecho Canónico, Universidad Pontificia Lateranense, Roma.

[1] El art. 203 dice: "Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos".

[2] El art. 208 dice: "Cuando la separación se decreta por alguna de las causas previstas en el artículo 203, regirá en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo ante-

responde a un propósito altruista: salvaguardar a la familia y brindar al cónyuge enfermo la atención necesaria. Al mismo tiempo, posibilita la obtención de la separación o el divorcio del cónyuge sano, cuando la convivencia se ha vuelto intolerable a causa de la enfermedad.

La "separación remedio entre los cónyuges" puede ser invocada cuando existen causas de enfermedad que hacen imposible la vida en común entre los cónyuges, o la del cónyuge enfermo con los hijos. Su particularidad obedece a que la causa de la separación no surge de actos ilícitos, o de conductas culpables de los cónyuges, sino de la enfermedad de uno de ellos, cuando torna imposible la vida matrimonial o familiar.

La protección de la norma se dirige al grupo familiar y se completa con la del art. 208, al proteger al cónyuge enfermo, otorgándole una pensión alimentaria para su tratamiento y recuperación.

La admisión de esta causal se basa, conforme explica la Dra. Elena Highton[3], en *razones de humanidad*, porque nadie puede ser obligado a lo imposible –suponiendo que la patología del otro hace humanamente intolerable la convivencia– y, en *razones de necesidad*, porque al admitir la separación se evita un mal mayor para el grupo familiar. También en *razones de realismo*, ya que, cuando se llega al grado de alienación –sea por trastorno mental, alcoholismo o drogadicción– *es común que el afectado viva en un mundo ajeno, desvinculado de los lazos familiares, por lo que la separación no perjudica su faz afectiva*.

Entonces la protección legal se brinda en tres ámbitos:

- Permite la separación sin analizar si existieron injurias graves u otros incumplimientos conyugales.

---

rior a favor del cónyuge enfermo, a quien además, deberá procurársele los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges. Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiese disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga de la sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de seguir cumpliéndola". El art. 207 fija la prestación alimentaria en favor del cónyuge que no dio causa a la separación.

[3] BUERES Alberto; HIGHTON, Elena, *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, pág. 932.

- No desampara al cónyuge enfermo, por el contrario, obliga al otro a asumir los costos de un tratamiento y su recuperación. Nótese que el artículo dice "otorgándole los medios", lo cual implica, no sólo el aporte económico, sino también aquellos elementos que los médicos consideren necesarios.
- Al no ser sujeto imputable de conductas que puedan calificarse como injurias graves, porque las mismas no las emitió con dolo sino como producto de su enfermedad, podría corresponderle una pensión alimentaria, si no fuera el cónyuge inocente (art. 207, del CC) que diera lugar a la separación. Pero esta cuestión deberá analizarse profundamente en cada caso concreto.

Para que una persona que sufre anorexia pueda alcanzar esta protección legal, primero será necesario acreditar que dicha patología está incluida en las "alteraciones mentales de carácter grave y permanente" que exige el art. 203 del Código Civil. Elemento que procederemos a estudiar.

Las causas que abarcan esta separación remedio en la norma de referencia son: *alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción,* siempre que los trastornos de conducta que provoca la afección impidan la vida en común, o con los hijos. Respecto de la primera afección descripta, se requiere una alteración mental que sea de carácter *grave y permanente*, cuyo efecto imposibilita la vida en común.

En la práctica, esta causa de divorcio es poco invocada. Consideramos que en parte se debe al desconocimiento sobre qué entidades patológicas pueden dar base al supuesto legal; en parte, por temor a la carga económica que surge de la aplicación del art. 208 para el cónyuge sano y sus herederos.

Respecto a lo primero, intentaremos ahondar en los conocimientos de la ciencia médica actual para, a través del análisis de una "patología moderna" cual es la anorexia, reflexionar sobre la posibilidad de ampliar el campo fáctico sobre el que pueda ser aplicado el art. 203. Ello, por cuanto creemos que, de no ser así, pueden quedar sin amparo normativo muchas situaciones conflictivas para la familia.

II. Análisis etimológico-conceptual de la norma

1. ¿Qué es para la ley una alteración mental, grave y de carácter permanente?

1.1. Concepto de alteración mental

Una de las acepciones de "alterar", en latín *perturbo*, significa desorden. Con la palabra *perturbatrix* se describía a quien perturba o altera. "Trastorno" también proviene de la palabra perturbo: *perturbare*. Por lo tanto, podemos utilizar ambas palabras, "alteración" y "trastorno", como sinónimos.

Partiendo de esta premisa, utilizaremos la definición que sobre "trastorno" brinda el *Diccionario de Psicología*[4]: desviación de la conducta o reacciones mentales de la personalidad debido a factores psicológicos, sociales y biológicos.

El trastorno es un síndrome, un patrón comportamental de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (por ejemplo: el dolor), o a una discapacidad (por ejemplo: el deterioro de una o más áreas de funcionamiento)[5].

Las alteraciones mentales son aquellas patologías que causan un deterioro en la función intelectiva y/o volitiva de la persona y, por lo tanto, en su capacidad de actuar. La psiquiatría moderna indica que el concepto de alteraciones mentales comprende cualquiera de las patologías que integran el gran complejo de las perturbaciones de la mente, concepto que también es aceptado jurídicamente.

El art. 203 del Código Civil ha evitado hablar de *demencia, insania, interdicción* de uno de los cónyuges –en el sentido que lo hace el art. 141– para abarcar con mayor amplitud *toda enfermedad mental o afección de esta naturaleza que, siendo de carácter permanente, provoca trastornos de conducta que impiden o hacen intolerable la vida en común o la del enfermo con los hijos*[6].

Parece quedar en claro que, si bien la causal abarca a los dementes desde el punto de vista médico-legal, comprende, además, a quie-

[4] DORESCH, Friedrich, *Diccionario de Psicología*, Barcelona, 1978.

[5] El DSM IV destaca que no se debe clasificar a las personas, sino el trastorno que ellas padecen, debiendo evitarse expresiones como "esquizofrénico", para emplear frases como "persona que padece esquizofrenia".

[6] BOSSERT-ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, Astrea, 1996, pág. 377.

nes, sin padecer tal forma clínica de alienación mental, presentan personalidades patológicas no psicóticas, que causan un peligro cierto para la convivencia matrimonial y familiar[7]. Podemos decir entonces, que el matrimonio y la familia son afectados, no solamente cuando la enfermedad mental es de carácter psicótico, sino cuando existen otras entidades patológicas que crean peligro, dificultan gravemente o hacen intolerable la convivencia.

1.2. Concepto de gravedad

La gravedad de una alteración mental se estima en función de la incidencia que la enfermedad puede tener en el gobierno del sujeto sobre sus propias conductas.

El concepto de gravedad debe ser analizado desde dos aspectos: el médico-legal, que contempla la gravedad de la entidad patológica en sí, y las consecuencias que provoca en el paciente; y el legal, que considera la relaciones jurídicas que realiza el sujeto con otras personas.

Este último aspecto, aplicado al matrimonio, se refiere a la incidencia de la patología en el cumplimiento del fin y del objeto del pacto matrimonial, y en el desarrollo de la convivencia conyugal y familiar.

1.3. Concepto de permanencia

El supuesto legal exige que la alteración mental sea de carácter permanente. Esto significa que dicho trastorno tenga imposibilidad, o remota posibilidad, de ser remitido.

La "permanencia" supone que el paciente sufre trastornos con habitualidad y no de forma esporádica y, además, que su estado no admite un posible retorno al equilibrio mental[8]. Sin embargo, la doctrina discrepa en esta última apreciación: el Dr. Julio César Rivera[9] manifiesta que la habitualidad tampoco supone un estado prolongado e irreversible de la enfermedad, sino, simplemente, que ella exista con gravedad suficiente y perspectivas ciertas de una razonable enti-

[7] *Ob. cit. pág. 378.*

[8] BUERES-HIGHTON, *Código Civil Comentado*, pág. 934.

[9] RIVERA, Julio, *Instituciones del Derecho Civil*, t.1, Buenos Aires, Perrot, 1998, pág. 458.

dad temporal que permita descartar la posibilidad de un episodio patológico accidental. Más apropiada es la normativa del Proyecto de Código Civil de 1998 que, para el "divorcio remedio", reitera la necesidad de una alteración mental grave y de carácter permanente, pero fija un tiempo para que la misma sea considerada permanente: si esa situación se ha mantenido por el plazo de dos años y no puede esperarse que cese en el futuro.

1.4. Concepto de imposibilidad o dificultad grave para la convivencia

La alteración mental debe provocar trastornos que generen una imposible o muy difícil convivencia. Ello se da cuando el enfermo está expuesto a dañarse a sí mismo o al grupo familiar, o cuando por las características de la enfermedad, se hace imposible la vida en común.

2. ¿Por qué están expresamente contemplados en la norma el alcoholismo y la adicción a la droga?

Se entiende, en ambos casos, dependencias crónicas al alcohol o a sustancias psicoadictivas. El supuesto contempla la situación de uno de los cónyuges cuando *padece una falta de libertad debido a la relación de dependencia* que crea con la sustancia adictiva.

La toxicología moderna reconoce en estas afecciones factores etiológicos tanto endógenos (internos) como exógenos (externos o ambientales). Clínicamente, el alcoholismo y la drogadependencia constituyen en sí mismos entidades anormales patológicas que, aunque no se califiquen de psicóticas, provocan desviaciones de conducta y peligrosidad socioambiental (proclividad al delito), y culminan en formas de demencia (psicosis alcohólicas, *delirium tremens*, paranoias, etc.)[10].

Estas patologías deben provocar trastornos de conducta que imposibiliten o hagan insoportable la vida entre los cónyuges o con los hijos. Dichos trastornos deberán ser, también, de carácter permanente *debido a la subordinación física y psíquica de la persona a la sustancia adictiva*. Esa subordinación hace que la persona del enfermo se aleje de la vida familiar y centre su atención sólo en el objeto de su adicción, menoscabando gravemente o destruyendo la convivencia.

[10] *Ob. cit.* pág. 379.

3. ¿Qué patologías pueden ser calificadas de "graves" y "permanentes"?

Desde el punto de vista médico-legal, las patologías de carácter permanente son enfermedades que, a causa del deterioro grave de las funciones intelectiva y/o volitiva de la persona, imposibilitan o dificultan gravemente el desarrollo de la vida entre los cónyuges o con los hijos.

El Dr. Arturo Yungano[11], aplicando sus conocimientos médicos y jurídicos, incluye en las alteraciones mentales graves del art. 203 las personalidades psicopáticas, demenciales, pero también neuróticas. En esta misma línea, la Dra Elena Highton y el Dr. Bueres, en la obra citada, se separan de la doctrina tradicional que limitaba el supuesto de alteración mental sólo a los casos de demencia e indican que el concepto jurídico de alteración mental comprende cualquiera de las patologías que integran el gran complejo de perturbaciones de la mente, tratadas por la psiquiatría moderna[12]. Quedan así integradas en este supuesto patologías estudiadas por la ciencia psiquiátrica de los últimos años.

Partiendo de esta base, centraremos nuestro análisis en una de las "patologías modernas" que más nos preocupa: la anorexia. En primer lugar, porque creemos que es una de las enfermedades que más afecta el desarrollo de la vida conyugal y familiar, fundamentalmente porque impide que se cumplan el objeto y los fines del pacto matrimonial. En segundo lugar, porque puede servir, a modo de abrir camino, para que otras realidades patológicas puedan ser incorporadas a la norma, una vez concretada su entidad y su incidencia en la convivencia conyugal y familiar.

III. La anorexia nerviosa

La anorexia, junto con la bulimia y el TANE (trastornos inespecíficos de la alimentación), forma parte de los trastornos de la alimentación. Se entiende que estamos ante un trastorno alimentario cuando la comida y el peso generan en la persona una preocupación

[11] YUNGANO, Arturo, *Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas, 1991, pág. 114.

[12] BUERES, Alberto – HIGHTON, Elena, *Código Civil Comentado*, pág. 933.

constante *y esa actitud se ha trasformado en aquello que rige su vida.* Aunque el 90% de los casos de anorexia afecta a mujeres, también hay hombres que sufren esta patología.

El término "anorexia" proviene del griego y significa "inapetencia" o "pérdida de apetito". Esta patología se caracteriza por el rechazo obstinado a mantener el peso corporal mínimo normal, por el miedo intenso a ganar peso, y por una alteración significativa del tamaño del cuerpo (aun siendo delgadas se ven obesas, o se consideran delgadas pero quieren disminuir su abdomen o sus piernas que les parecen gordas). El DSM IV establece que la persona padece un trastorno de alimentación de este tipo, cuando el peso es inferior al 85% del peso considerado normal para su edad y su talla.

Es una afección psiquiátrica, y una exteriorización o una consecuencia de una base psicológica predisponente, que puede ser una neurosis severa, un estado *bordelaine*, o una psicosis delirante en los cuadros más graves.

Para diagnosticarla deben darse los dos componentes principales: la pérdida de peso y el miedo a engordar. Y este miedo no desaparece aunque el individuo reduzca su peso, sino que, por el contrario, a mayor reducción se genera un aumento del temor a engordar.

Las personas, para mantener su peso, pueden emplear una variedad de técnicas para evitar ingerir comida: comienzan por no sentarse a la mesa con sus familiares, aducir que están inapetentes, ejercer una gran autodisciplina, excesivo ejercicio físico, incluso argumentar ayunos por motivos religiosos. Aumentar de peso implica para ellos perder el control de sí mismos. Esto ocasiona conductas compulsivas-obsesivas que controlan tiránicamente su vida. Quienes padecen esta patología carecen de conciencia de la enfermedad, la que niegan con las justificaciones más inverosímiles[13].

1. ¿Se puede considerar la anorexia como una alteración mental grave (que afecta o imposibilita la convivencia conyugal y familiar)?

Todos los trastornos de alimentación son cuadros complejos con una multiplicidad de causas. En ellos confluye la persona, la cultura,

[13] García Faílde, *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Salamanca, 1998, pág. 428.

el estado del cuerpo, el estado de la mente, la familia y las relaciones interpersonales problemáticas[14].

En una investigación de la Universidad de Minnesota en la década del 50 –realizada a personas que se ofrecieron como voluntarias– se estudiaron las consecuencias de la restricción alimentaria severa. Como consecuencia de la desnutrición se observaron cambios psicofísicos: irritabilidad, ansiedad, depresión, indecisión, aislamiento social, dificultad en la atención y concentración, pensamiento y conductas obsesivo-compulsivas, insomnio y pérdida del interés sexual. La persona sometida a un régimen prolongado cae, sin lugar a dudas, en un trastorno grave.

Pero el trastorno alimentario no es un problema vinculado sólo a la comida o al peso: se debe, en gran medida, al intento desviado de responder a dificultades o conflictos de distintos órdenes[15].

Su etiología se centra en factores biológicos (a nivel de neurotransmisores), y en factores psicodinámicos. La gran mayoría son mujeres con personalidad limítrofe, y en casos más leves, mujeres que padecen depresión, masoquismo o sadomasoquismo primitivo. También se han encontrado personalidades histéricas, neuróticas, antisociales, obsesivo-compulsivas, equizoideas, narcisistas. El factor sociocultural se suma a estos otros factores creando en la delgadez un valor determinante de la femineidad contemporánea.

Las consecuencias de la anorexia se manifiestan en la conducta, en el cuerpo y en las actitudes. Junto con la pérdida de peso se producen desequilibrios químicos que llevan a la amenorrea y a la pérdida de deseo sexual en la mujer, y a los varones a la impotencia, entre otros síntomas menores como son los mareos o desvanecimientos. La irritabilidad, la tristeza, la dificultad en la concentración y en la atención, el perfeccionismo, las dudas inapropiadas, la avaricia, la autovaloración dependiente a lo ingerido, la centralización de atención sólo en el propio cuerpo, el egocentrismo, la necesidad de controlar el entorno, la restricción en la iniciativa y en la expresión emocional, etcétera, son sólo algunas de las características de las personas que sufren trastornos de alimentación.

[14] RAUSCH HERSCOVICI, Cecile, *La esclavitud de las dietas*, Buenos Aires, Paidós, 1996, pág. 68.

[15] RAUSCH HERSCOVICI, Cecile, *ob cit.*, pág. 69.

La alteración de la conducta alimentaria tiene consecuencias fundamentales sobre la estabilidad emocional y el pensamiento, manifiesta Cecile Rauch[16]. Esta terapeuta enumera algunos de los trastornos que sufren sus pacientes: alexitimia, déficit de autoestima, dificultad en los procesos de separación e individuación, conflictos con la sexualidad, trastorno de autoimagen corporal. Dentro de los trastornos del pensamiento, enumera: pensamiento dicotómico del todo o nada, pensamiento catastrófico, magnificación, absolutismo, etcétera. Dentro de los trastornos de la conducta: impulsividad, obsesionalidad, compulsividad, depresión, autodestructividad.

Si la conducta de la anoréxica se desarrolla alrededor de los alimentos, haciendo de éstos único eje de su vida, no dista mucho de la conducta del drogadicto, que centra su preocupación en la sustancia adictiva. La misma es en este caso la comida y el cuerpo, y el sujeto se halla subordinado totalmente a ella.

2. ¿La gravedad de la anorexia nerviosa debe ser medida por las consecuencias para el cónyuge y la familia?

El concepto de gravedad debe ser analizado bajo dos esferas. La primera, la médico-psicológica, comprende a su vez varios aspectos: a) en cuanto a la gravedad de la entidad patológica en sí; b) la gravedad de las consecuencias que esa entidad produce en el sujeto que la padece; y c) la gravedad que tiene la patología para influir en la relación del sujeto enfermo con los demás. Una segunda esfera, la legal, tiene que ver específicamente con las relaciones jurídicas que realiza el enfermo con otro sujeto. Como ya lo expresáramos, referido al matrimonio y a la familia, estaríamos hablando de la incidencia que la anorexia tiene en el cumplimiento del fin y del objeto del pacto matrimonial, y en el desarrollo de la convivencia familiar.

Para explicar esta incidencia, nos basamos en casos estudiados en procesos de nulidad matrimonial canónica (donde la anorexia puede incidir en la configuración de capítulos de nulidad)[17]. Algunos de los parámetros encontrados en personas anoréxicas son:

[16] Rausch Herscovici, Cecile, *ob cit.*, pág. 69.

[17] El Código de Derecho Canónico contempla como causas de nulidad el "grave defecto de la discreción de juicio acerca de los derechos y deberes del matrimonio" (c.1095.2) y "la incapacidad para asumir y cumplir las obligaciones del matrimonio

a) Incapacidad para resolver problemas de la vida diaria, hay una baja adaptación a la vida matrimonial y sufren de inestabilidad emocional de manera frecuente.
b) Sufren conductas de aislamiento y centralización sobre sí mismos.
c) Crean vínculos de dominio sobre el otro cónyuge a quien tratan de centralizar.
d) Sufren un desgaste importante o una pérdida de la facultad de comunicación.
e) Sufren de depresión que se puede agudizar hasta tener ideas reiteradas de muerte.
f) Tienen una sexualidad adolescente o infantil. Disminución de la libido.
g) Pueden sufrir de amenorrea. Dificultad para lograr embarazos. Rechazo al embarazo por temor a la deformación del cuerpo. Sensación de rechazo o asco de su propio cuerpo en caso de embarazos.
h) Dificultad o negativa al amamantamiento del hijo.
i) Marcado egocentrismo. Repliegue sobre sí mismo que impide la capacidad de entrega.

Todas estas manifestaciones nos hacen concluir que la anorexia, cuando alcanza un grado de enfermedad avanzada, debe ser considerada como un trastorno *grave* que *imposibilita o altera, también gravemente, la convivencia conyugal.*

3. ¿Es la anorexia una alteración de carácter permanente?

Parte de los científicos dice que es un trastorno que puede remitirse totalmente, parte habla de un porcentaje alto donde la remisión no es posible. El DSM IV[18] describe que el curso y el desenlace del trastorno son muy variables. Algunas personas se recuperan totalmente luego de un primer episodio, otras presentan períodos de fluctuancia, otras sufren un deterioro crónico a lo largo de los años.

---

por causas de naturaleza psíquica" (c.1095.3). Una de las causas de naturaleza psíquica que puede dar lugar a este capítulo de nulidad es la anorexia. Cuando el trastorno es grave a tal punto que pudo interferir en la faz deliberativa o volitiva de la decisión matrimonial, estaríamos frente al supuesto de la primera causal.

[18] *Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales, DSM4*, Barcelona, Masson, 1995, *Trastornos de conducta alimentaria*, pág. 557.

La mortalidad a largo plazo en personas hospitalizadas en centros universitarios es de un 10%. La muerte se produce por inanición, suicidio o desequilibrio electrolítico.

Según un seguimiento del Hospital Gutiérrez de Buenos Aires, el 80% de las personas tratadas retoma la alimentación normal, y el 70% la menstruación normal. Pero más del 50% guarda dificultades psíquicas importantes, en especial en dos órdenes polarizados: depresión y retraimiento poco elaborados y reacciones paranoicas o de reinvindicación. Los casos tratados precozmente pueden remitir, pero, ante situaciones de crisis (estudio, matrimonio, maternidad, problemas de pareja), suele aparecer la tendencia a repetir el cuadro (en general en forma más leve y con más fácil recuperación). Puede ocurrir que cronifique o que se convierta en bulimia. La amenorrea, cuando lleva más de cinco años, puede provocar la esterilidad definitiva.

Recordando el concepto que mencionamos anteriormente[19], por las consecuencias mencionadas, se desprende que esta enfermedad tiene la habitualidad y la gravedad suficientes para adquirir la entidad temporal de "permanente".

IV. Relación entre trastorno de alimentación y consecuencias jurídicas

La jurisprudencia no ha desconocido esta relación. En primer lugar, citaremos la jurisprudencia canónica por ser la que ha considerado con más profundidad las consecuencias de esta enfermedad, tanto en el consentimiento matrimonial cuanto en la convivencia conyugal. Encontramos sentencias que dicen: "La anorexia nerviosa o mental, al llevar consigo ciertas perturbaciones sexuales, puede fácilmente impedir que el contrayente afectado por esa enfermedad sea capaz de estimar, sin motivación patológica, mediante un juicio práctico del entendimiento, los deberes conyugales que mutuamente se han de dar y recibir"[20].

Nuestros tribunales civiles no fueron ajenos a esta problemática: un fallo de la Cámara Civil de Capital del año 1959[21] analizó un

[19] Opinión de Rivera, en pág. 5, referida al concepto de permanencia y habitualidad como un estado que no requiere que siempre sea irreversible.

[20] Sentencia "c., Stankiewicz", 16-12-1982, Ephemerides I.C.(1983), 263-64.

[21] CCiv.Cap, 1959, *LL*, 96-581.

caso en que un hombre se imponía dietas exageradas, ayunos de 15 a 20 días que le provocaron desnutrición. El perito médico dietólogo dio gran importancia al efecto que produce sobre la psiquis del individuo el estado de desnutrición. Manifestó que la carencia de alimentos esenciales debió producir un efecto nocivo sobre el sistema nervioso, un descenso del sentido justificativo, una falta de raciocinio adecuado a las circunstancias.

Otra idea importante de este fallo es la analogía que el juez plantea de las consecuencias de este estado con la del alcoholismo, lo que indica que sus efectos jurídicos son similares y pueden ser aplicados en los casos de anorexia.

Podemos inferir, por lo tanto, que nuestra jurisprudencia aceptó, desde hace mucho tiempo, que la alteración alimentaria –dado el año en que fue dado, el fallo no usa la palabra anorexia– es considerada una alteración mental que produce graves consecuencias en la psiquis y en el accionar del enfermo.

V. Influencia en la relación conyugal y familiar

Volcándonos al campo jurídico, creemos que esta patología afecta de manera directa a:

a) La relación jurídica matrimonial

Sabemos que la institucionalización de la unión entre un hombre y una mujer se logra a través de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario y lícito que tiene por fin lograr relaciones jurídicas conyugales (art. 944, CC). La relación jurídica corresponde al desenvolvimiento de los vínculos creados por ese acto jurídico matrimonial y se traduce en derechos y deberes interdependientes y recíprocos entre los cónyuges. La relación jurídica matrimonial trasciende en el estado de familia que el matrimonio establece entre los cónyuges y les permite oponer, no sólo entre sí, sino también ante terceros, los derechos y las prerrogativas que la ley les reconoce.

El acto jurídico matrimonial es un acto libre y personalísimo nacido del consentimiento de ambos contrayentes. En cambio, el estado de familia emergente del acto es indisponible, *porque las relaciones jurídicas que genera se imponen en atención del interés familiar*, el cual es de orden público.

Los derechos y deberes de la relación conyugal no están librados a la voluntad o a la autonomía privada como en otro contrato civil. Los derechos y deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación se imponen a los cónyuges y éstos no pueden alterarlos o modificarlos, restringirlos o ampliarlos.

La persona anoréxica, de acuerdo a su estado, más de una vez, estará incapacitada para crear una relación familiar en donde puedan ejercerse los derechos y deberes entre los cónyuges, y del enfermo con los hijos.

b) La posibilidad de cumplir con los fines del matrimonio y de la familia.

Si bien nuestro Código Civil no ha aludido de manera explícita a los fines del matrimonio, estos fines están implícitos en las normas que establecen los deberes y derechos personales entre los esposos.

El matrimonio como institucionalización de la unión del hombre y de la mujer satisface necesidades que están ínsitas en la razón de ser de su reconocimiento social y de su protección por el derecho[22].

La influencia de la canonística en nuestra legislación influyó en la configuración de los fines del matrimonio. El Código de Derecho Canónico del año 1917 hablaba de dos fines: uno primario, la procreación y educación de la prole; uno secundario, la ayuda mutua entre los cónyuges y el remedio a la concupiscencia. El nuevo Código de 1983, ya no habla de fin primario y secundario, sino de un único fin que es el bien de los cónyuges, la procreación y educación de los hijos (c.1055)[23]. Entiende por bien de los cónyuges la posibilidad de lograr una realización personal plena donde cumplir su destino natural y constituir un consorcio de vida en donde puedan realizarse y apoyarse mutuamente y formar una familia. Estos conceptos están implícitos en nuestra legislación y son los que tiende a proteger la normativa jurídica.

La persona anoréxica, de acuerdo a su estado, en más de un caso, no podrá cumplir con el fin del matrimonio.

[22] BOSSERT-ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, pág. 70.

[23] c.1055: La alianza matrimonial, por la que el hombre y la mujer constituyen por sí un consorcio de toda la vida, están ordenado por su misma índole al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

c) La posibilidad de cumplir el objeto del pacto matrimonial.

El pacto matrimonial tiene como objeto constituir la relación matrimonial, a través del intercambio interpersonal heterosexual, y la constitución de la familia. Es por tanto objeto de la relación matrimonial:

- El derecho que un cónyuge otorga al otro para el intercambio psicosexual apto de por sí para la generación de los hijos. Lo es también el derecho a la paternidad y a la maternidad y a la constitución de una familia.
- Es objeto de la relación matrimonial el deber de asistencia a los hijos con todo el cúmulo de obligaciones que ello representa: alimentación, educación, protección, etcétera.

Muchas personas que sufren de anorexia nerviosa están gravemente afectadas para poder transmitir y cumplir el objeto del matrimonio. (Pensemos en mujeres que, a causa de su estado avanzado o crónico de la enfermedad, no pueden asumir un embarazo, o cuando, rechazando su propia sexualidad, rechazan todo contacto físico con el cónyuge).

Esta patología, debemos concluir, afecta directa o gravemente la esencia misma de la relación matrimonial que es la unión psicofísica conyugal y la formación de la familia. Puede también afectar la relación con los hijos, en caso de haberlos tenido, porque la mujer enferma suele sentir rechazo a la maternidad y evita el amamantamiento. Su conducta centralizada en un único eje, que es la comida, impide la donación necesaria en la relación madre-hijo.

d) El deber y el derecho de asistencia. El deber de otorgar y el derecho a recibir en una relación interpersonal donde la ayuda y el apoyo mutuo puedan ser realizados.

Se dificulta también la prestación de los deberes de asistencia ya que su problemática a veces les impide hacerse cargo siquiera de ellas mismas. Son personas que, permaneciendo siempre en la "necesidad de no crecer" no podrán asumir conductas maduras en el matrimonio. La madurez afectiva no está desarrollada o se dificulta gravemente en ellas.

Estas personas, al cabo de un tiempo de evolución de su enfermedad, por lo general se vuelven demandantes, tiránicas, centradas en sí mismas y aparentemente insensibles a las necesidades de quie-

nes las rodean[24]. También intentan controlar su entorno de modo inapropiado en el mismo terror de perder el control sobre lo que come y sobre su peso. Quienes conviven con ellos suelen sentirse como simples espectadores impotentes de un fluir de hechos que no sólo los afecta desde el punto de vista práctico sino que además no comprenden. A esa preocupación se les suma el malestar y la irritación que producen los encubrimientos de la persona amada envuelta en un círculo vicioso que resulta casi incomprensible e inaceptable[25].

Concluir que la anorexia puede llevar a una falta de cumplimiento contractual parece exagerar el uso de vocabulario jurídico. Pero ciertamente, esta patología afecta de manera directa el objeto y el fin del matrimonio. Y lo más grave es que frustra la posibilidad de quienes eligieron el matrimonio para acceder a su realización personal, y que se comprometieron con la institución matrimonial asumiendo sus derechos y deberes de esposo/a y de padre/madre.

VI. Conclusiones

El supuesto planteado en el art. 203, como fue expresado, considera la protección de todos los miembros de la familia que están sufriendo las consecuencias de una patología que torna imposible la convivencia. En tal caso, debemos decir que:

a) Si entendemos en sentido estricto que el concepto de "alteración mental" comprende sólo los estados psicóticos –es decir, que quitan a la persona la capacidad de dirigir sus acciones y sus actos– quedan sin contemplar numerosas patologías que afectan de manera directa y grave a la convivencia matrimonial y familiar.
b) Si el concepto de alteración mental no es ampliado, puede ocurrir lo que en la práctica está sucediendo: no se usa la norma. Si bien esto puede tener otra explicación, cual es la de evitar las consecuencias económicas del art. 208 del CC para el cónyuge sano, creemos que muchas presentaciones conjuntas de separación o divorcio encubren la realidad, y muchos cónyuges enfermos quedan sin protección.

[24] RAUCH HERSCOVICI, Cecile, *ob. cit.*, pág. 116.
[25] *Ob. cit.*, págs. 148-149.

c) Una solución más justa y protectora del cónyuge enfermo brinda el Proyecto de Código Civil, al admitir el rechazo de la demanda por el art. 203, si puede acarrear consecuencias graves para el cónyuge enfermo.
d) Ciertamente que deberá atenderse a cada caso en particular y deslindar su aplicación frente a otros supuestos, como puede ser el de incurrir por parte del enfermo en "injurias graves". Esto, según parte de la doctrina, se daría cuando, ante los primeros síntomas, el enfermo rechaza ser tratado y falta a su deber conyugal de obrar en interés de la familia, actuando contra lo que el grupo familiar necesita y espera de él. Será necesario en este punto una mayor relación entre la ciencia médica y la ciencia jurídica para llegar a comprender la entidad patológica, sus efectos, sus consecuencias y deslindar los conceptos de enfermedad – inimputabilidad– responsabilidad en cada caso en particular.
e) Respecto a la protección económica del cónyuge enfermo: el art. 208 merece atención a los fines de no ser evitado. Ello supone cuidar el menoscabo económico del cónyuge sano; limitar los efectos respecto a terceros, que pueden quedar desprotegidos frente a la norma; contemplar la situación económica y familiar del cónyuge enfermo; guardar los criterios de equidad y justicia.

La labor interdisciplinaria entre la ciencia médica y la jurídica se hace indispensable para lograr una mayor comprensión y aplicación de las normas del derecho de la familia. Ciertamente que no es tarea fácil. El campo fenomenológico médico es mucho más amplio que el jurídico y el derecho debe reducir en unas pocas normas lo que en la medicina son entidades diversas. En esta reducción, el derecho encierra y unifica en unos pocos moldes básicos distintas entidades patológicas, siempre y cuando tengan un igual resultado, por ejemplo, que tornen a la persona incapaz de administrar su persona o sus bienes.

Es por ello que, no sólo las entidades patológicas tradicionalmente aceptadas por el derecho deben ser contempladas en la norma que analizamos. Por el contrario, creemos que aquellas enfermedades psíquicas que por su gravedad y permanencia tornan imposible la convivencia, pueden dar base a este supuesto legal. Aceptar con mayor amplitud el concepto de "alteración mental" puede contribuir a un mayor bienestar de la familia.

El diálogo entre la ciencia médica y la ciencia jurídica debe permanecer siempre abierto para contemplar la realidad familiar y poder brindar la protección adecuada.

Bibliografía

BUERES, Alberto; HIGHTON Elena, *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

BOSSERT; ZANONI, *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

DORESCH, Friedrich, *Diccionario de Psicología*, Barcelona, 1978.

GARCÍA FAILDE, Juan José, *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Salamanca, 1998.

Manual de Diagnóstico Estadístico de los trastornos mentales (DSM IV), Barcelona, Masson, 1995.

RAUSCH HERSCOVICI, Cecile, *La esclavitud de las dietas*, Buenos Aires, Paidós, 1996.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires.

YUNGANO, Arturo, *Manual teórico práctico de derecho de familia*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas, 1991.

LA LESIÓN SUBJETIVA Y LA ANCIANIDAD

MARÍA ELISA PETRELLI DE ALIANO*

Introducción

Para que se configure el vicio de lesión, el elemento subjetivo del mismo (inexperiencia, ligereza y necesidad) debe ser probado por quien pretende la nulidad del acto. Esta investigación pretende ser una herramienta doctrinaria necesaria para determinar en los procesos judiciales la existencia de ese elemento subjetivo en los ancianos.

Hay muchas circunstancias que, sin ser patologías psíquicas graves, tornan al anciano, sujeto pasivo de una lesión subjetiva.

Estas circunstancias deben integrar el concepto de estado de necesidad, ligereza o inexperiencia, porque no puede intentarse la acción de lesión por analogía, conforme el fallo de la CNACiv., Sala A, "Almagro Construcciones c. Agosto"[1].

Capítulo I. Lesión subjetiva

1. Régimen de la lesión

El art. 954 del Código Civil regula el vicio de lesión al establecer:

"También podrá demandarse la nulidad o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, lige-

* Profesora de Dedicación Especial, Facultad de Derecho UCA, año 2001.

[1] *LL*, 1994-B-577.

reza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada sin justificación.

Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar demanda".

2. Elementos

Los elementos constitutivos de la lesión subjetiva son dos: el objetivo consistente en la "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada sin justificación" y el elemento subjetivo determinado por la necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado.

El Dr. Luis Alfredo Valente[2], siguiendo una corriente doctrinal y jurisprudencial reconoce dos elementos subjetivos: uno perteneciente al lesionado, que es el descripto *ut supra*, y otro correspondiente al lesionante que consiste en la explotación y el aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima. Se necesita la concurrencia de los tres elementos, porque incluso sin la presencia del aprovechamiento, no puede darse configurado el vicio de lesión como causal de nulidad de los actos jurídicos (CNCiv., Sala E, 14-4-2000, "Alfonsín Collazó, Jesús c. Copteleza Juan"[3]).

El elemento objetivo se fundamenta en la desproporción de las contraprestaciones, pero esta desigualdad necesita, para que la nulidad prospere, ser resultado no sólo de necesidad, ligereza o inexperiencia, sino de la explotación de ellas, lo que requiere demostrar el cálculo, artificio o ardid correspondientes, pues, sin mediar explotación, la ley no prohíbe vender más caro o más barato.

No profundizaremos el elemento objetivo ni la conducta del victimario, porque el objetivo de nuestra investigación consiste en ana-

[2] VALENTE, Luis Alberto, "Perfiles actuales de la lesión", *LL*, 7-11-2001.
[3] *DJ*, 2001-1-333.

lizar si la situación que atraviesan algunos ancianos puede concordar con los requisitos exigidos para la víctima por el art. 954 del CC.

Para analizar uno de los elementos subjetivos de la anulación del acto jurídico –la inferioridad de la víctima–, es necesario caracterizar los conceptos de "necesidad", "ligereza" e "inexperiencia".

Necesidad

El Dr. Valente –siguiendo a Eduardo Zannoni– describe que "la noción de necesidad se asocia a una situación de agobio o de angustia, derivada de la carencia de los medios elementales para subsistir, de lo imprescindible o necesario, teniendo en consideración las circunstancias propias de cada persona"[4].

Ligereza

Implica un obrar irreflexivo sin ponderar las ventajas y los inconvenientes de la operación; son personas normales pero que circunstancias determinadas pueden conducirlos a obrar sin la debida reflexión y prudencia. Es una situación patológica de debilidad mental"[5].

Inexperiencia

Es la falta de advertimiento, enseñanza que se aprende con el uso, la práctica o sólo con el vivir. Comprende a aquellos que actúan con falta de conocimientos debido a su escasa cultura, y que les impide juzgar sanamente el asunto al que se refiere el acto celebrado[6].

El Proyecto de reforma del Código Civil en el art. 327 amplía la enunciación de los estados subjetivos de la víctima del acto lesivo, pues incluye la edad avanzada, el sometimiento del sujeto al poder del victimario, la condición social, económica y cultural. Refiere, en la exposición de motivos, que se aplicaron criterios que provienen de la experiencia del Derecho de los Estados Unidos de América y de la jurisprudencia local. Este avance nos demuestra que está bien orientada la presente investigación al considerar como sujeto vulnerable de

[4] VALENTE, *ob. cit.*, pág. 3.
[5] CNCiv., Sala D, "Adyco S.A. c. Mizrahi, Aldo", 4-08-1986.
[6] CNACiv., Sala A, "Castillo Garcia, Clemira", 31-5-1983, *LL*, 1982-D-162.

sufrir una lesión subjetiva a la persona mayor de edad. Nótese que el Proyecto no especifica situaciones concretas del anciano, sino que por el solo hecho de serlo admite la posibilidad de ser sujeto pasivo del vicio.

¿Qué circunstancias rodean al anciano para que una norma involucre sin particularidades a la persona mayor de edad?

Evidentemente hay un defecto en el consentir, resta saber qué lo provoca.

Para responder a la cuestión planteada en el capítulo segundo analizaremos en qué consiste el acto de consentir, para luego, en el capítulo tercero, investigar sobre las circunstancias externas que vive el anciano y pueden afectar ese consentimiento.

Capítulo II. Vicio del consentimiento

Todo consentimiento humano es un acto conjunto de la inteligencia y la voluntad. En principio, la inteligencia conoce el objeto, evalúa sus ventajas e inconvenientes y luego se produce el querer ese objeto. En este acto volitivo interviene la voluntad.

Para que un acto de consentir sea pleno, debe intervenir la inteligencia y la voluntad.

Pero en muchas ocasiones puede quererse ese objeto o no quererlo, pero actuar igual, pues existen motivaciones que privan de la libertad de decidir.

El art. 897 determina que el acto jurídico debe ser voluntario, y lo es cuando se efectúa con discernimiento (inteligencia), intención (voluntad), y libertad. O sea que se requiere de estos tres elementos para que exista un acto jurídico.

Por lo tanto, el fundamento jurídico del elemento subjetivo de la lesión es la existencia de una voluntad viciada, porque si estuviera viciada la inteligencia, nos encontraríamos ante un vicio de error[7].

[7] El Dr. VALENTE opina que aun cuando no esté viciada la voluntad, puede exisitir un vicio de lesión, porque se afecta la buena fe contractual (*ob. cit.*).

Capítulo III. Panorama actual de la ancianidad

1. Concepto

Usualmente se denomina al grupo social que integran las personas de más edad como: vejez, senectud, tercera edad, edad provecta, ancianidad.

Un primer elemento que surge en el concepto es el dato cronológico, que jurídicamente se relaciona con el edad jubilatoria, por lo tanto serían ancianos las personas mayores de 65 años de edad.

Pero este concepto es incompleto porque surge claramente que pueden no ser similares dos personas de 65 años. Entonces será necesario buscar otros factores que abarquen a todo el segmento de esa población para brindar un concepto jurídico válido.

En esa búsqueda cabe analizar el aspecto biológico, que en las personas mayores consiste en una pérdida total de determinadas funciones, alteraciones funcionales en algunos órganos, pérdida de la masa muscular esquelética, cambios morfológicos. Así puede conceptualizarse por anciano " aquel que ha vivido un envejecimiento eugérico, es una persona con importantes limitaciones funcionales a nivel de prácticamente todos los órganos y aparatos. Ha perdido buena parte de sus reservas funcionales y es por ello mucho más vulnerable ante cualquier tipo de estímulo nocivo"[8].

Según Passante, son aquellas personas "que se encuentran en aquella etapa de la vida en que la disminución de facultades y la declinación fisiológica, psicológica, económica y social son mayores. Esta declinación no siempre se debe a fuerzas biológicas, puede estar influida por factores sociales, económicos o culturales"[9].

De todo lo expuesto, se puede concluir que no hay un concepto unívoco que pueda abarcar la totalidad del espectro del anciano, pero todos los conceptos vertidos tienen implicancias jurídicas, porque el anciano, por más limitado que esté o se sienta, atesora la sabiduría del atardecer; es una persona humana, digna del mayor respeto como cualquier ser humano.

[8] RIBERA CASADO, José Manuel, "El anciano desde el punto de vista biológico", *Ética y Ancianidad*, Madrid, UPCM, 1995, pág. 39.

[9] PASSANTE, María, *Políticas sociales para la tercera edad*, Buenos Aires, 1983, pág. 23.

2. Edad

En la antigua Grecia, en tiempos de Pericles, la expectativa de vida era de 20 años; en la actualidad en los países desarrollados está cercana a los 72 años.

En 1990 el presidente de Alemania Richard von Weiszacker felicitó a 3.014 personas (2.532 mujeres y 482 varones) por su cumpleaños de 100 o más años.

El Departamento de Asuntos Económicos-Sociales de las Naciones Unidas publicó el 26 de octubre de 1998 una actualización de los cálculos y las proyecciones en materia demográfica, de los cuales concluye que existían en ese año 66 millones de personas de más de 80 años de edad y se previene un aumento a 370 millones en el año 2050, entre los cuales habrá 2,2 millones de centenarios. Hoy, ya se habla de una cuarta edad que comprende a personas de más de 85 años.

El Código Civil pone límites a la capacidad de las personas menores, pero no respecto de las mayores, lo cual es correcto porque no puede darse una norma general. El estado mental al que arriben las personas a su vejez dependerá de muchos factores, pero cabe preguntarse si estas personas que integran la "cuarta edad" en su mayoría están capacitadas para brindar un consentimiento voluntario y pleno ante temas jurídicos. Incluso, existen muchas circunstancias que pueden viciar el consentir de una persona de la tercera edad.

La protección legal a estas personas se encuentra brindada por el art. 152 bis, el vicio de estado de necesidad y en lesión subjetiva.

3. Descripción de la ancianidad

Es fundamental para determinar la posible existencia de un elemento subjetivo del vicio de lesión en un anciano estudiar las siguientes coordenadas:

3.1. Heterogeneidad

En primer lugar cabe aclarar que no hay ningún "patrón oro" que pueda describir la situación del anciano, porque la heterogeneidad aumenta con los años y se acentúan las diferencias entre unas personas y otras. Entre dos niños de siete años hay más analogías que entre dos ancianos de 70.

Ello se debe a las diferentes enfermedades que los van afectando, a la capacidad de adaptación conforme haya sido el requerimiento en la vida de sus recursos mentales, culturales, espirituales, emocionales, etcétera.

Es incorrecto pensar que todos los ancianos, por ser tales, pueden ser sujetos pasivos de una lesión subjetiva. El objetivo de esta investigación es mostrar otras variables que pueden ser motivantes del elemento subjetivo de ese vicio. Pero dependerá de cada caso en particular. Esta investigación analiza algunos elementos que, sin ser patológicos, permiten conocer si el supuesto concreto que se presenta puede alcanzar los requisitos del art. 954, CC.

3.2. Biografía personal y laboral

La biografía es fundamental para determinar el estado de comprensión de los actos que posee una persona en su vejez, porque dependerá de sus vivencias el mejor o peor grado de pensamiento formal que hubiera obtenido.

Es necesario conocer desde la edad de matrimonio, número de hijos, edad en que tuvieron los hijos, si tiene a cargo el cuidado de nietos o de hijos que, tras un fracaso matrimonial, hubieran regresado al hogar paterno. Dependerá de estos factores que se mantenga o disminuya la capacidad de rapidez mental, comprensión de la realidad, capacidad de decidir con prontitud.

También hay que estimar que los mayores sufren una crisis profunda de identidad (en especial los varones) al quedar apartados de la actividad laboral y jubilarse, que puede sumergirlos en estados de angustia o depresión que serán motivantes que frenarán el proceso de pensamiento formal. Se debe evaluar si lograron suplantar esa actividad por otra, porque ello les permite mantener la autoestima y el nivel de relaciones personales satisfactorias.

3.3. Fuentes de renta y posición económica

La situación económica del anciano se encuentra enmarcada por una jubilación que supone generalmente una importante pérdida de estatus económico y también por su posición en el seno familiar. Así, vivir solo puede significar una mayor pobreza económica, pero la convivencia con otros miembros de la familia puede significar una mejo-

ra en el aspecto económico cuyas rentas son completadas por otros miembros de la familia, pero tiene la contrapartida de una menor autonomía y una mayor dependencia.

La Argentina está en una época de profundos cambios e inestabilidad económica extrema, esto genera en las personas ancianas mucha ansiedad y angustia por su futuro, no saben si cobrarán su jubilación al mes siguiente, si podrán utilizar sus ahorros en caso de necesidad, si dichos depósitos mantendrán su valor adquisitivo.

Se suma a ello el estado de colapso financiero del PAMI y las obras sociales, la imposibilidad de los hospitales de brindar un servicio digno, todo genera en el anciano un estado emocional proclive a aceptar cualquier oferta que pueda darle una luz de esperanza para asegurar su atención médica. Hay supuestos de ancianos que donan su propiedad a un hogar geriátrico a cambio de atención vitalicia, sólo motivados por no depender "del PAMI" y tener un servicio privado, sin pensar que existe una desproporción entre el valor de la vivienda y dicha atención aunque fuere brindada por 20 años.

3.4. Dificultades de comunicación

Suelen tener dificultades de comunicación atribuibles al miedo, la angustia, la soledad. El Dr. Federico Pérgola y Juan Fustioni[10] explican que la depresión y la ansiedad generalizadas de la tercera edad son cualitativamente diferentes de las que se presentan en cualquier otra época de la vida. Son de especial relieve los problemas del sueño y la sexualidad, que los tornan más irascibles o desganados provocando una interferencia en el interlocutor que le impide el acercamiento.

Muchos no pueden amoldarse a los códigos de lenguaje y experiencias modernas cerrándose cada vez más en su propio mundo. La tecnología también los supera y se encuentran relegados ante "aparatos" que no comprenden, por ende, que les causan temor.

El mundo actual con sus avances vertiginosos va apartando a las personas mayores de una comunicación con sus semejantes. Si bien este factor parece banal, es de suma importancia para nuestra investigación, porque ese aislamiento de los avances tecnológicos también puede ser utilizado por personas inescrupulosas para abusar de la

[10] PÉRGOLA, Federico y FUSTIONI, Juan Carlos, *Trastornos Neurológicos y psiquiatricos del anciano.*

inexperiencia del otro en ese ámbito. Imaginemos un contrato de compraventa de un bien por internet, o una venta telefónica, además de desconocer el mecanismo de contrato, la imposibilidad de operar con los códigos culturales a los que los ancianos estaban acostumbrados, les es imposible de comprender.

Yo recuerdo a un anciano que, al llamarlo una joven por teléfono ofreciéndole que opte telefónicamente por otra compañía de telecomunicaciones, sin comprender él dio sus datos a la joven voz que le hablaba por el teléfono, pero no comprendió que al dar sus datos automáticamente aceptaba la modificación propuesta. Al llegarle la boleta de pago no podía comprender porqué debía abonar a esa compañía si él "no había firmado nada".

Siempre le enseñaron, y así vivió durante sus 80 años, que los contratos necesitaban la rúbrica para celebrarse. Hoy debe cambiar su mentalidad y saber que pueden ser de otras formas, como la verbal y por teléfono ante una joven desconocida.

3.5. Insatisfacción con su situación

La insatisfacción con la situación presente de la vida, el menor grado de "ser necesitados", el mayor grado de dogmatismo o rigidez que le impide amoldarse a los avances y nuevas formas culturales, reducción de contratos sociales y su humor o moral negativas son factores que los condicionan para una decisión errada, para confiar ciegamente, para, aun sabiendo que el "negocio es malo", tener su voluntad limitada por una falta de libertad para decidir debido a estos factores que lo bloquean.

La dimensión más dramática es la falta de relaciones humanas que hace sufrir a la persona anciana, no sólo por el alejamiento, sino por el abandono, la soledad y el aislamiento.

Con la disminución de los contactos personales y sociales, comienzan a faltar los estímulos, las informaciones y crecen los temores, la dependencia afectiva de cualquiera que se acerque, y así también empieza a surgir la confianza ciega en esa persona.

3.6. Fármacos

Los ancianos son propensos al deterioro cognitivo también por causa de fármacos, pues tienen una mayor tendencia a tomar varias

medicinas, a presentar concentraciones sanguíneas de fármacos muy elevadas, debido a la disfunción hepatorrenal, y a tener problemas cognitivos previos que dificultan la identificación de nuevos síntomas.

El siguiente cuadro, publicado en la revista *Medicamentos y terapéutica*, vol. XX, 2 mayo-junio 2001, transcribe un artículo de *The Mundial Letter*, vol. 42, nº 1.093 sobre los fármacos que pueden causar trastornos cognoscitivos en los ancianos.

3.7. Conclusión

Como se puede advertir, una sola variable no puede ser analizada para determinar el elemento subjetivo necesario para configurar un vicio de lesión subjetiva, porque, si bien cada uno de los elementos mencionados, si se encuentran en grado elevado, pueden influir en la libertad de consentir, todos o algunos de ellos –aunque sean de grado leve– en su conjunto, van minando la personalidad del anciano hasta tornarlo vulnerable.

La Dra. Ursula Leer explicó en el siguiente cuadro el correlato de los factores psicofísicos de la longetividad, que pueden aplicarse a nuestra investigación.

Factores genéticos	educación ocupación intereses		
Factores biológicos		interacción social	
	Personalidad Inteligencia		
Ambiente social	Actividad Disposición Adaptación	**Nutrición**	Bienestar longevidad
Factores ecológicos		**Actividades físicas** **Higiene** **Medicina preventiva**	

Los factores genéticos, físicos y biológicos pueden ser considerados como poseedores de una directa influencia sobre la longevidad y también sobre el desarrollo de la personalidad del individuo. E impactan sobre la personalidad los determinantes ecológicos como ser: la vida urbana o rural, sus estímulos específicos, las condiciones climáticas. El estado social y la personalidad influyen en los hábitos

de nutrición y no puede negarse el papel fundamental de la alimentación en los diabéticos, arteriosclerosis y apoplejías, como el tabaquismo y el alcohol.

Este cuadro demuestra que una sola variable no explica la longevidad y la salud física, psíquica y emocional del anciano.

Capítulo IV. Vicio de la voluntad en algunos supuestos de ancianidad

1.1. Jurisprudencia

La primera premisa que surge es que **el sujeto víctima de una lesión subjetiva es jurídicamente capaz**; el anciano tiene capacidad jurídica para contratar. Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, (Fallo o de "G, N. H. c. G. F." del 14 de agosto de 1985).

La segunda premisa es: **"Para determinar la existencia del vicio de lesión preceptuado en el art. 954, CC, se hace indispensable tener presente la circunstancia del caso, de persona, tiempo, lugar y modo"**[11].

De ambas premisas se concluye: la persona mayor de edad es capaz, pero se deben analizar las circunstancias de cada caso concreto.

Retomando la cuestión planteada en esta investigación sobre qué circunstancias tornan vulnerable al anciano de ser sujeto pasivo de un vicio de lesión, hemos analizado la situación del geronte en la actualidad. Resta estudiar si los motivantes analizados en el capítulo II fueron considerados por la jurisprudencia para fallar en favor de la existencia del vicio de lesión. Se utiliza la jurisprudencia como método probatorio de la tesis, porque analiza cada caso en particular cumpliéndose así la segunda premisa.

Se analizaron 474 fallos sobre lesión subjetiva. Del estudio de campo, surgen las siguientes conclusiones:

1.2. Inexperiencia

La jurisprudencia entiende por "inexperiencia" la hipótesis de aquellas personas con falta de conocimiento o escasa cultura y que ello

[11] CNACiv., Sala B, "Menta, Liliana y otro c. Arca S.R.L.", 4-5-1981, en BCN Civ., dic. 1981-II-16.

les impide juzgar sanamente el asunto al que se refiere el acto celebrado, pero también puede incluirse a personas con elevado nivel cultural pero que por su disminución física o su baja autoestima, pueden perder los conocimientos adquiridos. También la desactualización sobre los contratos modernos, o los elementos técnicos de celebración informática de acuerdos en personas mayores de edad se torna en un verdadero asilamiento similar a la inexperiencia.

1.3. Necesidad

La soledad, las patologías no alienantes que impiden comprender conceptos jurídicos o el estado de angustia pueden alterar la voluntad hasta el extremo de configurar una necesidad imperiosa de celebrar un acto jurídico, aunque sabe que no es conveniente. Así lo entendió la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala C[12] al determinar que la inferioridad del vendedor por problemas psíquicos que no revisten tal gravedad para considerar la existencia de una demencia, puede producir un vicio de lesión.

La misma Cámara, pero Sala E[13], establece que se configura el estado de necesidad cuando una persona se ve obligada a contratar, en defensa de la vida, la salud, el honor, la libertad o ante la falta de cosas que la llevan a una situación de angustia y agobio, "de cosas necesarias para la vida, falta continuada de alimentos o peligro que se padece y requiere pronto auxilio" Como puede verse, todas estas situaciones coinciden con las descriptas en el capítulo III para algunos ancianos.

En el fallo "Peralta, Raúl y otro c. Gil de la Serna", la Sala B entendió que el estado de inferioridad física y espiritual que abarcaba el ser de la anciana y que le impedía comprender la trascendencia de los actos debido a una aterosclerosis que disminuía notablemente sus facultades mentales, configuran el estado de necesidad y ligereza[14].

[12] CNACiv., Sala C, "C., O c. F., O.", 2-7-1990, *LL*, 1992-B-45.

[13] CNACiv., Sala E, "Salones Acevedo S.A. c. G. C. I. A", 12-5-1997, *LL*, 1997-E-293.

[14] CNCiv., Sala E, "Peralta, Raúl y otro c. Gil de la Serna", 22-08-1980, *LL*, 1981-B-550.

1.4. Ligereza

En el fallo CNCiv., Sala C, del 2-7-1990 (C., O. c F., O.)[15] (voto de los Dres. Jorge Alterini, Santos Cifuentes y Agustín Durañona y Vedia) se planteó la nulidad de la venta por demencia del vendedor, y se reconvino por lesión. El fallo no hizo lugar a la demencia por no ser notoria pero sentenció aceptando la existencia de una lesión porque "quedó sobradamente identificada la situación de inferioridad del vendedor en virtud de su incapacidad de hecho. La ligereza consiste en una verdadera situación casi patológica que disminuye el razonamiento y obsta al discernimiento necesario para medir las consecuencias del acto, que sin llegar a la incapacidad, importa una disminución de las facultades mentales".

"No mide los alcances de las obligaciones que contrae, no porque no quiera verlas, sino porque no puede hacerlo en razón de la situación de inferioridad mental en que se encuentra"[16].

Una mujer de 76 años de edad se enamora de un joven de 31 años que la sedujo con cartas de amor, luego ella vende a su novio a un precio muy inferior su vivienda. En el proceso la pericia demostró "la puerilidad que presupone un debilitamiento psíquico de la paciente que cuadra en la ligereza" "El alcance de la ligereza se vincula con situaciones patológicas o psicopatológicas, pues no se procede con ligereza voluntariamente, sino a pesar del sujeto, que no puede evitarlo, porque no tiene la salud mental suficiente como para interpretar el alcance de sus actos"[17]. Es interesante en este fallo que no existía una patología grave, sino que el cuadro de enamoramiento, más la edad y la puerilidad de la mujer, la convirtieron en sujeto pasivo.

"Cabe encuadrar en el concepto de ligereza a quienes están afectados por alguna de las inhabilidades del art. 152 bis del Código Civil, rechazándose un alcance demasiado amplio, que porque llegaría a comprender a personas normales que celebran actos jurídicos sin la debida cautela. Pero, en los supuestos de enfermedades psíquicas, tampoco el rigor ha de llegar al punto de exigir un cuadro estrictamente configurativo de los disminuidos en sus facultades mentales"[18].

[15] *LL*, 1992-B-47.

[16] CNCiv., Sala B, "Parenti, Luis c. Colmegna S.A.", 27-12-1991, *LL*, 1992-E-276.

[17] CNCiv., Sala A, "Varela, Juan c. Sosa, Omar", 16-04-1985, *LL*, 1985-C-487.

[18] CNCiv., Sala E, "Galli Matienzo, Ricardo c. Matienzo, Jorge", 8-06-1982, *JA*, 983-I-636.

Existen causas en que no se ha podido obtener sentencia favorable por no alegarse un vicio de lesión. Así fue el caso del fallo "Millefanti Ferioli, Etelfredo c. Gago Roza": "La simple declaración del testigo médico, quien atendió a la donante afirmando que la misma padecía de atereosclerosis generalizada, no resulta suficiente a los fines de que se declare la nulidad del acto –escritura pública de donación con reserva de usufructo– con fundamento en la falta de discernimiento, toda vez que el endurecimiento de las arterias, natural a una avanzada edad (88 años), no implica por sí solo la pérdida del discernimiento, máxime cuando el mismo profesional se encarga de señalar que la paciente se encontraba bien ubicada y tenía lucidez".

Ahora bien, suponiendo que existiera el elemento objetivo (que no surge claramente del fallo), puede considerarse con seriedad que una mujer de 88 años, sola, con problemas de salud, es un sujeto vulnerable de vicio de lesión.

2. La ancianidad como presupuesto subjetivo

La ancianidad en sí misma constituye una presunción de la existencia de un vicio de lesión subjetiva. Así lo han entendido algunos fallos, donde "la ancianidad de la cedente permite presumir seriamente (arts. 163, inc. 5, y 384, del Código Procesal) su disminución física, psicológica y psíquica, y la notable desproporción matemática entre las contraprestaciones, llevan a admitir la existencia de lesión"[19]. O, "la anciana que padece de sordera, en estado de disminución psíquica y en permanente estado de angustia económica, que no tiene posibilidades de adquirir otra vivienda"[20], es prueba del elemento subjetivo de la lesión.

En un caso la señora contaba con 85 años de edad y los achaques propios de la edad fueron suficientes para convencer a los jueces que era una víctima de lesión[21].

La Cámara de Apelaciones Civil, Sala B, en el fallo "Nozziglia, Jorge c. Nozziglia, Miguel", falló negando la existencia de una lesión subjetiva porque "quien demuestra espíritu de lucha, tenacidad, pro-

[19] CNCiv. y Com. Mercedes, Sala II, "C., L. c. G, A. H.", 23-03-1982, *DJBA*, 123-13.

[20] CMC, Sala B, "Delcuadro, Raúl u otra c. Mariani de Saccone", 10-12-1976, *DJ*, 979-13-39.

[21] CNCiv., Sala B, "Fontana, Rodolfo c. Muñoz", 22-04-1982, *JA*, 983-I-602.

pósito de llevar a sus últimas consecuencias su lucha por el derecho, no es carne de 'explotación' en los términos del art. 954 del CC". *A contrario sensu*, podemos advertir que muchos ancianos carecen de estas cualidades, por el contrario, están subsumidos en el agobio, la desesperanza y el desgano, por lo tanto, sí son sujetos suceptibles de ser víctimas del vicio mencionado.

En el fallo "Vieites, José c. Llauró, Adrián"[22], se analizó la circunstancia siguiente: el día de celebración del boleto de compraventa, la persona fue internada por un cuadro depresivo, se lo sometió a tratamiento antidepresivo, psicorrelajante, neurolépticos y sedantes. Los médicos forenses informaron que en la fase depresiva se sentía desganado, abúlico, pesimista, insomne e inapetente. El juez sentencia en favor de la nulidad pues entiende que la enfermedad del maníaco-depresivo no lleva a una obnubilación de la conciencia, pero sí conduce a obrar con ligereza; incluso estima que la esposa del enfermo atravesaba un estado de inferioridad debido a la conmoción de la internación de su marido, encontrándose sola y ante la premura de vencerse el plazo de venta.

Es interesante considerar la analogía existente entre algunos elementos de este fallo y las circunstancias de algunos ancianos, como ser: estaba medicado con psicofármacos que suelen también utilizar con frecuencia los adultos mayores; el desgano, la abulia, el insomnio que también afectan la faz discrecional de la persona en la esfera de la voluntad; la premura en tomar una decisión de venta que les impide cumplir el ciclo de tiempo para decidirse libremente, que es más lento que en los jóvenes.

"Sin llegar a la demencia senil, se aprecia que una de las consecuencias del envejecimiento cerebral es el debilitamiento de las funciones mentales, especialmente de la memoria de los hechos recientes, de la información y concentración, alteraciones de juicio y razonamiento, deterioro de la autocrítica, apatía, indiferencia, déficit de las posibilidades físicas e intelectuales, etcétera y el cotejo de tales características con el significado de la "ligereza" como elemento de la lesión subjetiva, demuestra su analogía, y la muy probable existencia de tales deficiencias en personas de 91 años"[23].

[22] CNCiv., Sala C, "Vieites, José c. Llauró, Adrián y otro", 8-10-1981, *LL*, 1982-D-33.
[23] CApel. Mercedes, Sala II, "C., L. y otros c. G, A", 23-3-1982, *ED*, 99-255.

Capítulo V. Conclusión

La Dra. Méndez Costa postula que no es necesario incorporar nuevas figuras al derecho civil en los ámbitos de protección y asistencia y la ancianidad, sólo exige adaptación de atender a los matices, los mismos que la imponen en otras circunstancias que el juzgador debe procesar. La protección del art. 152 bis puede no ser suficiente y hasta perjudicial (Fallo ED, 8-387). En estas situaciones, debe el juez actuar con prudencia fallando por equidad, buscando la protección del anciano y de su patrimonio, apreciando el propio estado bio-psicológico en los casos que el examen médico no puede resultar concluyente.

La corriente doctrinaria que encauzan entre otros Borda, Iturraspe, Bustamante Alsina, interpreta que cualquier estado de inferioridad de la víctima da lugar a la aplicación de la lesión, no siendo taxativa la enumeración que prescribe la ley: necesidad, ligereza e inexperiencia. Esta concepción ayudaría a solucionar muchas injusticias que no encuentran cauce legal.

De la investigación desarrollada, se ha podido comprobar que no es necesario apartarse del texto legal para cubrir las necesidades de los gerontes ante contratos efectuados sin la voluntad necesaria, pues en los requisitos del art. 954 cuadra la mayoría de las limitaciones que padecen.

En los fallos analizados vimos que la soledad, la puerilidad, los estados de angustia y zozobras económicas a que están sometidos los ancianos –en cuanto carecen en muchos casos de redes de contención–, son factores que determinan la necesidad o la ligereza. Pueden darse deficiencias psicofísicas, a veces sutiles (depresiones, angustias, problemas de insomnio, pérdidas parciales de memoria)[24], que no apartan a quienes las padecen del sector de las personas con uso de razón, pues saben por lo general comprender la vida de los negocios, pero pueden colocarlos en una concreta situación de inferioridad.

Estos elementos tornan a la persona anciana vulnerable como sujeto pasivo para un vicio de consentimiento del art. 954. Será importante que los jueces valoren todos los aspectos que hemos desarrollado, ante los casos concretos que a diario se les presenta.

[24] Mosset Iturraspe, "La enfermedad que da pie a la lesión", *JA*, 1982-IV-527.

Bibliografía

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La presunción legal de la lesión subjetiva", LL, 1982-D-31.

DI PAOLA, Ricardo, "Algunas cuestiones acerca del vicio de lesión", *LL*, 1994-B-577.

Episcopado Argentino, *Exhortación Año Internacional de las Personas de Edad*, 31-10-1998.

MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en el nuevo art. 954 del Código Civil*, Universidad de Córdoba, 1976.

MOSSET ITURRASPE, "La enfermedad que da pie a la lesión", *JA*, 1982-IV-527.

PÉRGOLA, Federico y FUSTIONI, Juan Carlos, *Trastornos Neurológicos y psiquiatricos del anciano*, Buenos Aires, Atante, 1998.

Pontificio Consejo para los Laicos, *La dignidad del anciano y su misión en la Iglesia y en el mundo*, Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina, 1999.

SILVESTRE AIMO, Norma Olga, "Nulidad e contrato de compraventa", *LL*, 1992-B-42.

ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y Leyes complementarias comentado*, Director Belluscio, A, IV, Astrea, 1982.

Jurisprudencia

CNACiv., sala A, "Castillo García, Clemira", 31-5-1983, *LL*, 1982-D-162.

CNCiv. Bahía Blanca, sala 1, "Correa de Merino c. Brun, Romeo" *DJBA*, 120-233.

CNCiv. y Com. de Mercedes, Sala II, "C., L. c. G, A. H.", 23-03-1982, *DJBA*, 123-13 y *ED*, 99-255.

CNCiv., "Fontana, Rodolfo c. Muñoz", 22-04-1982, *JA*, 983-I-602.

CNCiv., Sala A, "Almagro Construcciones c. Agosto, Emilce", 4-12-1992, *LL*, 1994-B-577.

CNCiv., Sala A, "O. de G., c. G., F.", 14-08-1985, *LL*, 1986-E-160.

CNCiv., Sala A, "Varela, Juan c. Sosa, Omar", 16-4-1985, *LL*, 1985-C-487.

CNCiv., Sala B, "Delcuadro, Raúl u otra c. Mariani de Saccone", 10-12-1976, *DJ*, 979-13-39.

CNCiv., Sala B, "González Castillo de Benedetto, Gemma c. Wolkowyski, Isaac", 13-06-1981, *ED*, 94-751.

CNCiv., Sala B, "Millefanti Ferioli, Etelfredo c. Gago, Roza", 13-3-1984, *LL*, 1984-B-431.

CNCiv., Sala B, "Nozziglia, Jorge c. Nozziglia, Miguel", 18-12-1979, *LL*, 1980-B-18.
CNCiv., Sala C, "Garbuglio, Luis c. Barreira, Manuel", 21-12-1982, *ED*,104-581.
CNCiv., Sala D, "Adyco S.A. c. Mizrahi, Aldo", 4-08-1986, *LL*, 1987-A-621.
CNCiv., Sala D, "López de Boveri, Mercedes c. Municipalidad de la Capital", 23-11-1984, *LL*, 1985-B-181.
CNCiv., Sala E, "Galli Matienzo, Ricardo c. Matienzo, Jorge", 8-06-1982, *JA*, 983-I-636.
CNCiv., Sala E, "Peralta, Raúl y otro c. Gil de la Serna", 22-08-1980, *LL*, 1981-B-550.
CSJN, "E., E. c. Suárez, Emilio y otro", 14-07-1983, *LL*, 1983-D-47.

LOS TRIBUNALES DE FAMILIA COMO OPERADORES DE CRISIS

ENTREVISTA AL DR. LUCAS C. AÓN*

PJ. *¿Cómo se crean los tribunales de familia y cuál es el tipo de problemas que hoy enfrentan?*

Desde siempre los Tribunales Civiles ordinarios de la Justicia Nacional ubicados en la Ciudad de Buenos Aires, se ocuparon de todas las cuestiones civiles relacionadas con lo patrimonial y la familia, siendo que estas últimas ocupaban aproximadamente un 33% de su tiempo. En el año 89 se separaron algunos de esos juzgados –hoy son 24– y se les dio competencia especializada exclusiva y excluyente en todas aquellas cuestiones que tenían que ver con el derecho de familia y la capacidad de las personas. El objetivo fue –y subsiste– dar un tratamiento especializado a estas cuestiones que se diferenciaban sustancialmente de todas las propias del derecho patrimonial... daños y perjuicios, contratos, obligaciones, derechos reales, etcétera.

Se sostuvo que el mismo juez –preparado para dirimir una contienda con las herramientas que el Código Procesal tradicional les daba a los jueces y a los abogados para las cuestiones patrimoniales– no podía abordar del mismo modo las cuestiones de familia.

¿Por qué comenzó entonces ese cambio? Porque ya había un grupo de personas que sosteníamos que estas cuestiones de familia no tenían la posibilidad de encontrar una solución eficaz y permanente

* Titular del Juzgado de 1ª. Instancia en lo Civil de Familia. Prof. Titular de Derecho Procesal de Familia en el Posgrado de Familia - UCA.

a partir de la resolución judicial. Es que habíamos empezado a descubrir que una familia era algo más que una suma de derechos y obligaciones de sus miembros. Que cuando una familia entraba en una crisis que podía llegar a derivar en el divorcio, con todos sus aspectos conexos –asignación de hogar, visitas, alimentos, tenencia etc.–, en esa familia se ponían en juego no solamente los derechos y obligaciones que estaban establecidos en el Código Civil. A raíz de esta visión más completa de lo que resultaba comprometido en una familia en crisis, comenzamos también a pensar en respuestas diferentes, más allá de lo exclusivamente jurídico, incluyendo una perspectiva social, psicológica y antropológica. Empezamos a ver todas las cuestiones que jugaban en esa crisis y qué influencias tenían en esas crisis.

Habíamos visto que, independientemente de las normas jurídicas que regulaban las relaciones entre los miembros de la familia y que estaban en el Código Civil, cada grupo tenía implementada una normativa interna específica, es decir, se habían organizado los roles de una manera determinada, se habían establecido reglas que eran privativas de esa familia. Era una suerte de legislación interna que podía coincidir en términos generales con la legislación vigente o no. En eso tuvo muchísimo que ver la irrupción de la libertad de la mujer en la vida moderna y la necesidad que tuvo de ingresar en el ámbito laboral, lo que hizo que cada familia sufriera indudablemente una modificación sustancial en sus reglas y dinámica internas. Ya no estaba organizada a la usanza antigua, en que el generador de los recursos económicos era el hombre, y quien educaba a la prole y cuidaba la casa era la mujer; ya no fue así y cada vez más todos los miembros de la familia comenzaban a cumplir roles que tradicionalmente correspondían a otro, es decir, ya no era solamente el productor de frutos el hombre sino también la mujer y a veces hasta los propios hijos. Ya no cuidaba a los hijos solamente la mujer sino que se distribuía esta función con el hombre. Y los chicos mayores también cuidaban a los hermanitos menores cuando tenían que cubrir a la mamá y al papá que empezaban a trabajar. Esto hizo que muchas reglas tradicionales no sirvieran para dar una respuesta a esta estructuración "moderna" de la organización familiar. También debimos cambiar los jueces y abogados, como operadores del derecho. A partir de estas circunstancias empezamos a recurrir a otras disciplinas para que nos ayudaran de algún modo a entender a una familia, a saber leer cómo se organizaba y cómo funcionaba una familia, pero no "una familia" en términos

generales, sino cada concreta y distinta familia que recibíamos en los tribunales y que venían a pedir una ayuda a través de alguna de las acciones previstas en el Código Procesal.

PJ. Cuando pedían justicia en realidad pedían una ayuda...

Pedían una ayuda.

Esto fue muy importante para nosotros, porque tuvimos que ir acostumbrándonos a trabajar con una visión diferente de los problemas que llegaban a los tribunales de familia; aunque provistos, en principio, de las mismas herramientas que teníamos en los antiguos juzgados civiles que atendían fundamentalmente cuestiones patrimoniales. Si nosotros nos fijamos en el Código Procesal, vamos a observar que toda su estructura está pensada para la contienda: demanda, contestación –es decir, el ataque, la defensa– las pruebas... desarrollar toda una etapa probatoria para demostrarle al juez que el que ejerció una pretensión tiene la razón o el que interpuso una defensa tiene la razón, y el juez, con lo que obra en el expediente, dirime esa contienda dándole la razón a uno, a otro o parcialmente a uno y a otro. Esto, en las cuestiones propias del derecho de familia, no es tan así. Nosotros no podemos trabajar las cuestiones referidas a los problemas familiares como si fueran una contienda patrimonial donde hay una pretensión y una defensa, ¿por qué? Porque cualquier medida o resolución dictada en estas crisis familiares va a repercutir en todos los miembros de la familia. Aprendimos, con la experiencia, que la única alternativa para que nosotros podamos ser útiles a esta gente, es tratar de gestionar un pacto o estilo de convivencia diferente. Guiarlos y ayudarlos transitoriamente, mientras están en el tribunal, a buscar ellos mismos el dictado de nuevas normas internas que puedan resultarles útiles para el funcionamiento de esa familia. Una resolución judicial que no sea aceptada interiormente por los miembros de la familia no sirve, aunque sea una resolución judicial impecable desde el punto de vista jurídico. En cambio, una palabra de un juez en un determinado momento, que pueda llegar a significar para esa familia la apertura de una nueva posibilidad de convivencia diferente, puede resultar de muchísima más utilidad que la mejor resolución judicial, porque lo que logra es ayudar a la familia a modificar esa ley interna que por alguna circunstancia se rompió, se violó, y no está generando una buena convivencia entre los miembros de esa familia.

Éste yo creo que fue uno de los logros más importantes de los nuevos tribunales especializados.

Al principio funcionó con muchísima dificultad como toda propuesta innovadora, como todo cambio. Se generó una fuerte resistencia frente a esta nueva metodología de trabajo con la familia, pero con el tiempo los resultados que se fueron obteniendo y la comprensión de que toda solución acordada por los mismos actores era infinitamente mejor y más duradera que cualquier imposición judicial que no contara con la anuencia y con la aceptación de los miembros de la familia, hizo que cada vez se enrolara mayor cantidad de operadores del derecho de familia en esta nueva cosmovisión del trabajo con familias en crisis.

PJ. *¿Quién es el principal entrenador del tema, el juez con su propio personal, o cuentan con formas de entrenamiento institucional para los secretarios, los empleados, es decir, todos los que trabajan dentro del caso?*

Esta metodología de trabajo requiere que exista –desde mi punto de vista– una cabeza de un equipo que trabaje con la familia. La cabeza de ese equipo indefectiblemente debe ser el juez, pero no como cabeza de un equipo para distribuir trabajos o a dar órdenes, para que cada uno trabaje en un ámbito distinto o con una disciplina diferente en forma separada, sino como parte de un equipo donde se concentre el mensaje que debe dirigirse a los miembros de la familia. ¿Por qué? Porque la familia, cuando recurre al tribunal, está recurriendo al juez. La figura del juez para los miembros de la familia es muy importante. Ellos creen que esa persona, a la cual están recurriendo a raíz de una de las crisis más terribles que puede enfrentar el ser humano, que es la disgregación de su grupo natural, la familia es la que va a generar la solución a sus problemas.

PJ. *¿Pero no se necesita una formación particular de todo el grupo?*

Sí, por supuesto que todo el grupo tiene que tener una formación. Esta formación, este entrenamiento, se adquiere a través de cursos, a través de seminarios, en los que cada uno de los miembros de ese equipo enriquece al otro con la enseñanza de los conocimientos que tiene sobre esa disciplina que él está manejando. Es decir, en una reunión, analizar una crisis de una familia determinada entre un juez, un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social, permite que cada uno de ellos vaya aportando una visión enriquecedora de cómo está viendo a esa familia y cómo está entendiendo el problema de esta familia, o los diferentes miembros de una familia en crisis. Cuando hablo de crisis familiar, no me estoy refiriendo al divorcio, me estoy refiriendo a alguno de todos los problemas con que nos encontramos habitual-

mente en una familia, y que importan cambios en el orden interno familiar.

PJ. *La dotación formal del tribunal no incluye psiquiatras, psicólogos, ¿cómo se soluciona eso?*

Esto es cierto, aún estamos manejándonos con un Código pensado en una contienda, y no en un trabajo de mediación. Es cierto que la planta permanente de un juzgado de familia no difiere prácticamente para nada de la planta que tiene un juzgado patrimonial; lo único que nos diferencia es que contamos con dos asistentes sociales, en lo demás todo es igual. Pero sí contamos con la ayuda desinteresada de mucha gente de otras disciplinas del ámbito de la salud, psiquiatras, psicólogos, médicos que colaboran en forma semanal o mensual, en muchos casos ayudándonos a aprender cosas diferentes de las familias. Asimismo, hemos ido recibiendo conocimientos sobre aspectos relativos al trabajo con estas familias que hoy facilitan nuestra tarea en el tribunal. También han sido esos entrenamientos los que han ayudado a tener una lectura más amplia de los problemas familiares y una mejor comprensión de ellos.

PJ. *Pero con 20 años de experiencia ¿no sería el caso de plantear una reforma que de alguna manera incluya esto, más las redes en contención externa, me refiero a lugares de tratamiento, a lugares donde se puedan restablecer relaciones de contacto cuando se han dañado los vínculos?*

Bueno, esta metodología de trabajo de la que estoy hablando es –a mi modo de ver– una metodología a la que le falta una pata, y es la de los recursos. Es decir, el Poder Judicial y el servicio de salud en general (me refiero al servicio de salud oficial, público) no cuenta con la organización necesaria ni con el número de personas necesarias, ni con el presupuesto requerido para dar la respuesta rápida a las familias que ingresan al ámbito judicial demandando una solución para la crisis que están atravesando.

PJ. *Incluso la oficina forense no tiene casi personal especializado en derecho de familia...*

Hay especialistas. Lo que ocurre es que la cantidad de problemas que nosotros recibimos no puede ser cubierta por todo el ámbito público de salud.

PJ. *¿De qué cantidad estamos hablando, más o menos?*

Estamos hablando de un promedio anual en los tribunales de familia, con 24 jueces, del orden de las 2.600 denuncias de violencia

familiar, de 7.000 internaciones psiquiátricas por año y alrededor de 7.000 divorcios que traen aparejadas dificultades de visitas, régimen de comunicaciones de los hijos con los padres, régimen de tenencia, el problema de los alimentos... infinidad de dificultades que tienen que ver, muchas de ellas, con problemas de salud o de conducta, más que con problemas jurídicos. Para todo esto contamos con muy pocos recursos en el ámbito de la salud.

PJ. *¿Cuál es el impacto de reforma que introduce la mediación previa y la posibilidad de mediación intrajudicial? ¿Ha tenido algún efecto?*

La mediación prejudicial es importante en los conflictos patrimoniales de familia.

En cambio, ya dentro del proceso, es el juez el que muchas veces actúa acercando a las partes y ayudándolas a formar un nuevo paradigma. Esta metodología de trabajo intrajudicial, es decir, dentro de los tribunales, de la que hablaba, ha dado resultados muy buenos. Yo podría afirmar hoy que sólo existe entre un 20 y un 30% de problemas que requieren una litigiosidad muy importante y prolongada. En cambio, del 65 al 70% de los casos, con aquella metodología se encuentran cauces para dar con soluciones por parte de sus propios actores.

El problema de la mediación extrajudicial es que en nuestra organización está pensada para los problemas de carácter patrimonial. El mismo mediador que puede mediar en una cuestión patrimonial, puede mediar en una cuestión de familia. Y así como antes, el mismo juez no estaba con posibilidades plenas de trabajar en lo patrimonial y en lo familiar, entiendo que tampoco hoy se puede trabajar en una mediación patrimonial y familiar. El mediador familiar requiere, como el juez de familia, una capacitación diferente y especializada. Un enriquecimiento a partir de otras disciplinas diferentes de lo que requiere el mediador en materia patrimonial.

PJ. *¿Ha habido alguna modificación o corrimiento en el tipo de problema más frecuente que llega a la justicia de familia? Por ejemplo, el tema violencia parece nuevo, comparado con lo que era en el pasado...*

Sí, esto no quiere decir que la violencia no haya existido en el pasado. Esto es porque hoy la legislación ha tomado esa circunstancia de la vida de la familia y le ha dado una posibilidad de revisión por parte de los tribunales. Lo cierto es que también circunstancias referidas a las graves dificultades socioeconómicas que afectan a nuestro país han generado una mayor demanda en problemas referidos a la violencia familiar. Ha habido un crecimiento de la violencia que se

refleja en las estadísticas... ha habido un aumento considerable de los supuestos de violencia a partir de las dificultades socioeconómicas que se han venido generando en los últimos 10 años en nuestro país.

PJ. *En un esquema de reformas para mejorar, dentro de la justicia y en la periferia, en la red de apoyo ¿qué sería lo más importante?*

Lo más importante es generar la posibilidad de una legislación específica creando un procedimiento para los tribunales de familia... una ley procesal familiar y generar de la misma manera una organización de los juzgados de familia diferente de la actual, donde exista menor cantidad de empleados con capacitación jurídica y mayor cantidad de agentes que puedan pertenecer a otra disciplina que colaboren con el juez en la revisión, lectura y solución, o guías de las familias que demandan a los tribunales. Dentro de la posibilidad de legislar un procedimiento novedoso, podría pensarse seriamente en que cada tribunal cuente con su propio Representante de los Menores, así como la Cámara Civil cuenta con su propio Representante dentro del ámbito de la Cámara y es uno solo y está permanentemente en contacto con los tribunales... en cada juzgado o cada tribunal, si fuese colegiado, podría pensarse en incorporar también un Representante de los Menores e Incapaces.

PJ. *Un tema que está en cambio parecer ser el de los límites entre la voluntad individual y el orden público. Hay áreas en crecimiento del ámbito de la libertad, y otras áreas, en cambio, donde crece el tema del orden público.*

Efectivamente, nosotros sabemos que el orden público es aquel conjunto de normas que tiene como objetivo limitar el ámbito de la autonomía de la voluntad. En esta materia, en derecho de familia ha aumentado sensiblemente el respeto de los tribunales por la autonomía de la voluntad en todo aquello que tenga ver, por ejemplo, con la decisión del divorcio. Tenemos cada vez mayor cantidad de divorcios que están enrolados en lo que llamamos "divorcio remedio", en contra de la vieja concepción del "divorcio sanción" que regía plenamente en nuestro derecho positivo. Hoy, la mayor cantidad de divorcios o separaciones se formaliza a través de causales que constituyen "divorcio remedio" como son la decisión por propia voluntad de los cónyuges, o la separación de hecho sin voluntad de unirse por el transcurso de un tiempo determinado. Quedan muy pocos trámites de divorcios en los que se debaten las causales establecidas por la ley. En cambio, en algunas otras materias, fundamentalmente en las relacionadas con la

minoridad, parece como que ha habido un aumento de las normas de orden público, con más facultades de contralor de los tribunales para protección de los incapaces y de los niños sometidos a riesgos, o todo lo relacionado con los procesos sobre filiación, donde las normas tienen carácter de orden público y existe un control jurisdiccional muy estricto. Tanto es así que incluso se ha sostenido, no sin razón, en la posibilidad de imponer sobre personas tratamientos psiquiátricos y psicológicos fundados en la necesidad de los niños dependientes de esas personas involucradas en alguna forma de violencia, con el fin de modificar la estructura familiar que está generando un riesgo en la psiquis de sus hijos menores o de aquellos incapaces que están bajo su dependencia.

PJ. *Las normas que regulan el derecho de familia tienen, para ser actuadas, valores dentro de las mismas. ¿Cómo son visualizados por los operadores del sistema?*

Si yo tuviera que elegir en los últimos 20 años circunstancias que merecieran ser destacadas como logro de los operadores del derecho de familia es la ratificación al respeto por una serie de valores que están receptados en nuestro derecho, ya por leyes o como consecuencia de tratados internacionales . Estos valores son el respeto a la vida desde su concepción y hasta su muerte natural, la unión de un hombre y una mujer como generadora de una organización familiar y la condición del niño como sujeto y no como un objeto de derecho. Creo que ellos constituyen los logros más importantes que hemos obtenido en los últimos 20 años en esta materia. Reitero: entender a la familia como aquella fundada en la unión natural de un hombre y una mujer; conceptuar al niño como un sujeto de derecho y el respeto a la vida desde su concepción hasta su muerte natural, me parece que son logros que se han obtenido en esta materia en el trabajo de los operadores de familia. Habrá maneras de pensar diferente, habrá maneras de sentir distintas, habrá ideologías diferentes, pero nuestra legislación positiva y la mayor parte de las resoluciones de nuestros tribunales están por el respeto a la vida, por el respeto a la familia como una unión natural de un hombre, una mujer y por la conceptuación del niño como un sujeto de derecho que merece respecto y protección.

CRECER PERSONA

Por Enrique E. Fabbri, SJ*

La familia es el lugar originario en donde el hombre aprende a cultivar su dignidad de tal. Allí, si es amado como conviene, nunca se transforma en un "funcionario", un "personaje", un "pobre diablo". En su vida, privada dentro de su familia, el amor –conyugal, paterno-maternal, filial, fraternal y siempre de amistad– es el componente principal que le da significado y valor a su peculiar personalidad y lo educa para una singular presencia en el seno de las sociedades públicas. Esta peculiaridad se manifiesta en saber irradiar en ellas los valores del respeto, la distensión, el juego, la gratuidad. En la familia pudo amar la plenitud vital del amor, el equilibrio psíquico y espiritual, su capacidad relacional, y aprendió a llevarlo todo consigo en el ejercicio de su vida pública. Por eso, cuando faltan o escasean esos tipos de seres humanos, la sociedad pública se va transformando en un campo de batalla en el cual cada individuo sólo es para los otros objeto de disfrute o de consumo. Se explica así que siempre ulule en este tipo de vida pública la sirena del "sálvese quien pueda".

Por supuesto, familias debilitadas en ese amor, aunque aparentemente parezcan bien "modernas", son incapaces de afrontar su misión de dar su sentido al hombre y enseñarle su responsabilidad humana cuando se haga presente en la actividad pública. En tal caso, esas familias fracasan no por ser familias, sino por la pobreza, super-

* El P. Enrique Fabbri SJ integra la dirección de la Fundación Centro de Investigación y Acción Social y dirige su Centro de Estudios Familiares. Este artículo se funda en uno publicado en *CIAS* nº 449.

ficialidad, egoísmo y frivolidad, agresividad e irritación, con que conviven en sus relaciones privadas. Fracasan porque no saben o no quieren aportar a las sociedades públicas lo que éstas tendrían que esperar de ellas: hombres cabales que saben lo que es trabajar por el bien común.

El hombre sólo se realiza y crece en la familia, si en ella encuentra un "personalismo comunitario" que lo catapulta al compromiso con el mundo exterior. En tal caso, no la ve, ya desde niño, como un mero conglomerado de unos pocos individuos, sino como un pequeño conjunto de personas que se valoran por la calidad de las relaciones que entre ellos entablan y por la forma como quieren aprender a abrirse al bien de los demás.

Se ha de implementar en las familias ese enfoque y dar recursos y asesorías convenientes para que opere en ellas ese espíritu. Se ha de fomentar, por lo tanto, en su interior una creatividad que recoja lo bueno del pasado y lo integre en una nueva síntesis que permita a las familias ser fundamento y promoción de los valores humanistas requeridos por una verdadera civilización del amor. Esto exige mentalizar a individuos y grupos familiares para que descubran y asuman los grandes valores de la verdad, la libertad, la justicia y el amor en donde se manifiesta esa civilización.

En la familia el hombre crece en la medida en que:

1. aprende a **buscar la verdad** de su ser y su mundo y se adhiere a ella;
2. aprende a **vivir en la libertad** no alienándose en el tener, el figurar y el poder;
3. aprende a **promover la justicia** no fallando al otro en lo que le puede dar para que se haga mejor; crezca la bondad y no se deje oprimir por la desesperación y el resentimiento;
4. y así se siente estimulado a **construir en el amor** para que florezca **la bondad** y no se deje oprimir por la desesperación y el resentimiento.

En síntesis, en la medida en que los miembros de las familias se esfuerzan por alimentar su amor en la verdad, la libertad, la justicia, construirán centros generadores de vida integral.

El módulo fundamental en que se hace el aprendizaje del "hacerse hombre" en la verdad, la libertad, la justicia y el amor es la rela-

ción parejal o de pareja entre un varón y una mujer. En la medida en que quieran convivir en un ambiente de respeto, colaboración, armonía, promoción, amistad, serán "padres y madres" integrales de esa "civilización del amor".

Por esta relación, cuyo parámetro básico es el matrimonio, el hombre es introducido en el sentido de la unidad, la alteridad, la solidaridad y la corresponsabilidad entre los seres humanos. "La familia, ahora, como siempre, a fin de cumplir su misión educativa, ha de ser una comunidad de amor. Impregnar de amor desinteresado y verdadero todos sus miembros, especialmente a los hijos, desde el nacimiento a la edad adulta, es la mejor educación que imaginarse pueda. Sólo un clima de amor constante y siempre en aumento puede ir dando toda la madurez afectiva que permitirá utilizar con sentido común todos los adelantos de la ciencia y de la técnica. La familia rebosante de amor constituye un ámbito de educación perfecto"[1].

No hay familia lograda si no se fomenta en sus miembros su responsabilidad frente al compromiso político como instancia que han de asumir dentro de la vida pública para que la sociedad civil se sienta exigida a recorrer el camino que lleva a la obtención del bien común del que no puede quedar marginada la familia.

Tal compromiso afronta una serie de dificultades que van de la falta de preparación psicológica de los cónyuges a la deficiencia e inadecuación de las estructuras sociales, a la falta de genuinos canales para la vida de interrelación entre ambas estructuras, a la educación social recibida por ambos, sobre todo por la mujer, poco inclinada por lo general a comprometerse en campos como el político todavía exageradamente masculinizado.

Estas dificultades se pueden superar en la medida en que las parejas conyugales aprendan a integrarse con otras, ya por experiencias grupales ya por formas de vida marcadamente comunitarias. Tales experiencias de pequeñas comunidades son puente obligado para la toma de conciencia de los más amplios problemas de las grandes comunidades. Solamente en familias abiertas se aprende la experiencia de la sociabilidad.

Las formas de actuar esta dimensión social de la familia son múltiples y diversas no sólo para cada particular, sino también en los dis-

[1] PEREÑA, J., "La familia, institución en crisis", *Cuadernos de Orientación familiar*, 77 (111, 1980), pág. 29.

tintos tiempos de una misma familia. Dinámica dada por el crecimiento de sus miembros y la variabilidad de situaciones que afrontan.

En este compromiso siempre se dan tensiones y hasta conflictos de deberes entre la dimensión "privada" y la "pública" de la familia, como por ejemplo entre trabajo y compromiso laboral y político por un lado y exigencia de la vida de familia, por el otro. En este campo no se pueden dar soluciones definitivas, pero han de salvarse algunas constantes:

1. La familia ha de caer en la cuenta de que no puede ser ella misma y no puede desempeñar la función que le ha sido confiada, sin ponerse en actitud de disponibilidad y servicio a los otros, sin hacerse vigorosamente presente en el mundo y en la historia.
2. La familia ha de buscar en sí misma y respetar en las otras una gran pluralidad de opciones, de disponibilidad y de compromisos, respetando también los valores inalterables del sentido y de la naturaleza de la vida familiar.
3. La familia ha de reconocer que su presencia no puede agotarse sólo en el campo de vida de relación de la pareja, aunque se trate de una pareja abierta a otros, ni tampoco en el campo educativo, aunque se trate de una educación sensible a los grandes valores de la vida social. Ha de estar abierta también a otros campos sin descuidar la singularidad de cada uno de sus miembros.
4. La familia ha de hacerse cada vez más claramente consciente de su propia función "política" no sólo en el nivel de las pequeñas estructuras, sino también en el de las grandes; no sólo en el campo de la escuela, el barrio, el municipio, sino también refiriéndose a los grandes problemas de la comunidad civil y religiosa en todos sus aspectos. Desde este punto de vista, la familia tiene que incidir activamente, ya en las conciencias, ya en las estructuras, tanto pequeñas como grandes, de la sociedad.

Familia y mujer

No se trata aquí de hablar extensamente sobre la mujer, su sentido y su misión en el mundo de los hombres.

Es éste un tema de tanta importancia que de sobra merece una elaboración profunda y ponderada. Y este deseo de hacerlo es alimentado por una sugerente expresión del apóstol Pablo: "*...para el Señor,*

la mujer no existe sin el varón ni el varón sin la mujer" (1Cor 11,11-12). Por eso, ya se dará la ocasión de elaborarlo bien a fondo[2]. Pero algo hay que decir aquí, porque no se puede construir una sociedad solidaria y armónica sin destacar y profundizar el rol imprescindible de la mujer en la vida pública, tanto socioeconómica como política. Sólo así la sociedad solidaria se construye y actúa en forma simétrica, porque gracias a la igualdad y diferencia de los dos sexos y su responsable colaboración, esta sociedad se hace merecedora de ser llamada civilización del amor. La mujer, en efecto, no puede ser considerada principalmente ni como esposa o madre, o mucho menos hija, sino como plena persona humana, de la misma dignidad del varón y que se comunica a un mismo nivel con él para enriquecerse mutuamente en ese encuentro. Por eso, mientras ella no esté plenamente presente en el mundo de las realidades públicas con su colorido específico y peculiar, el mundo de los hombres quedará incompleto, mutilado y deforme.

La conclusión cae de su peso. Las sociedades han de respetar espacios para que las mujeres se puedan expresar con total franqueza y promover su participación en todos los aspectos de la vida social, política, cultural y religiosa. Hoy se puede afirmar que por lo general la participación de la mujer en el quehacer ciudadano no sólo enriquece a la comunidad sino la plenifica a ella misma, con tal que su presencia en ese ámbito sea vivida como un compromiso y servicio social. Y esto redunda en su propia vida familiar, porque la valora como compañera y amiga de su cónyuge y coformadora de sus hijos.

Tal participación ha de velar también seriamente por el bien integral de la mujer para que su presencia en la vida pública no sea con menoscabo de su vida privada como esposa y como madre. Esto lo afirma claramente la Santa Sede en el Informe elaborado para la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: "La verdadera paridad entre la mujer y el varón a nivel de derechos fundamentales conlleva una tendencia a superar un feminismo exasperado; ya no se pretende la uniformidad o la igualdad indiferenciada de los dos sexos, sino que se es más sensible al 'derecho a la diferencia' es decir al 'derecho de ser

[2] FABBRI, E., "Antropología, Mujer y la Pareja Humana", *Revista CIAS*, nº 216 (sept. 1972), y *Alegría y trabajo de hacerse hombre*, Buenos Aires, Guadalupe, 1992, págs. 89-105.

mujer'" (n. 3). "Esta tendencia a reconocer la unidad en la diversidad enriquece el desarrollo humano y libera a la mujer de la carrera hacia la autorrealización según el modo y el estilo de una sociedad en gran parte masculina: valoriza la reciprocidad, la complementariedad y la colaboración entre mujeres y hombres en la familia y en los diversos campos en que se construye un mundo más humano" (n. 4)[3]. Así: "Por otra parte, la mujer, participando activamente en todos los sectores del desarrollo, hace posible una real reciprocidad 'hombre-mujer'. Se puede constatar que cada vez más, la mujer reivindica su lugar, no como los hombres, sino con los hombres. Tanto las unas como los otros, respetándose mutuamente, son responsables del destino de la humanidad" (n. 54). Por eso, de tal manera ha de ser ayudada y valorada en sus responsabilidades dentro de la familia que no se forme en ella "un sentimiento de insatisfacción y fatiga –dice el mismo documento– que se traduce, entre otras cosas, en el hecho de que no puede participar activamente en la vida pública" (n. 13). "La 'liberación' de la mujer, fundada sobre una manera de ver la vida familiar y la maternidad como un riesgo y una limitación, se manifiesta cada vez más engañosa. Tal 'liberación', que deja a menudo a la mujer sola y descontenta, ayuda a descubrir que una verdadera promoción humana –de la mujer y del hombre– se apoya sobre la pertenencia a la familia, basada en el matrimonio de un hombre y una mujer, comunidad auténtica de amor y de vida, lugar irreemplazable del crecimiento humano de toda persona" (n. 5). "A la luz de la experiencia adquirida en el decenio que ha seguido a la Conferencia de Nairobi, es necesario que las legislaciones, internacionales o internas, tengan en cuenta que la verdadera paridad entre la mujer y el hombre, a nivel de derechos fundamentales, no se realiza si no se salvaguarda lo que es específico de la mujer y que no es posible llegar a una verdadera igualdad si se cancela la diversidad" (n. 8); y así "las políticas familiares deben asegurar condiciones favorables de equilibrio entre la vida profesional y la vida familiar de ambos esposos" (n. 23). "La remuneración del trabajo debe ser suficiente para fundar y mantener una familia, ya sea mediante un salario adecuado para sostenerla, o mediante otras medidas sociales tales como las asignaciones familiares o la remuneración del trabajo de uno de los cónyuges en casa, sufi-

[3] Cfr. Vida nueva, n. 1993 (20-5-1995), pág. 24-29. Esta Conferencia convocada por la ONU se realizó en Pekín del 4 al 15 de septiembre de 1995.

ciente para que la madre de familia no se vea obligada a trabajar fuera del hogar, con detrimento de la vida familiar, en particular de la educación de los niños" (n. 24).

Las sociedades públicas no pueden, por lo tanto, realizarse plenamente en su ser y sus responsabilidades, si no escuchan e integran con los mismos derechos y deberes a las mujeres en la proyección y ejecución de sus planes. Sin la colaboración activa de ellas, que, por otra parte, se han capacitado para intervenir con acierto, la vida pública padecería de una gran carencia y crecería de una manera peligrosamente asimétrica con el riesgo de transformarse en un ogro que devora a sus hijos. Corresponde a las mujeres dar el toque íntimamente personal y cálidamente humano a todo el mundo de lo sociopolítico y económico en el que se mueven los varones. Con ellas, bien formadas por la lectura, la comunicación dialogal y la práctica, el mundo de las actividades y relaciones públicas, lleno de por sí en la actualidad de técnicas y planificaciones, se coloreará profunda e íntimamente con esa presencia activa y sabrá solidarizarse con mucha mayor ternura y comprensión con todos aquellos necesitados de ayuda, estímulo y cuidado.

No sólo ayudará al varón a tomar más clara conciencia de las situaciones de injusticia reinantes en la sociedad, sino que promoverá en ella misma y en los otros un proceso de justicia y amor social y de desarrollo integral[4].

[4] Ya hace tiempo escribí un párrafo que, al releerlo ahora, vi que mantenía toda su vigencia. Por eso es bueno repetirlo: "El mejor modelo de educación liberadora para la mujer es aquel que la va convirtiendo en un agente activo de su propio y peculiar valor como persona femenina, con sus ideales e intereses, su destreza, sentimientos y relaciones; y le va dando todos los medios apropiados para integrarse conscientemente en una praxis creadora de promoción de todas las mujeres y la construcción de una sociedad humana fraternal y solidaria.

Llegó el momento en que se hace sentir la urgencia impostergable de llegar a una total colaboración entre el varón y la mujer para la edificación de un mundo como conviene a la dignidad del hombre. El mundo actual, huérfano de humanización, denuncia el vicio de toda política que no nazca del encuentro y afrontamiento 'cara-a-cara' y de la colaboración corresponsable de ambos sexos. Necesitamos, de una vez por todas, que se dé esta relación. Vasta y profunda, desinteresada, generosa y fructífera entre mujer y varón para que se produzca una 'plusvalía' de valores espirituales en un mundo y una cultura que se asfixia y muere en la discordia porque le falta corazón y alma".

Antropología, mujer y la pareja humana, *Revista CIAS*, nº 216, septiembre 1972, pág. 42.

Toca, por lo tanto, a cada mujer –y es también misión del varón y responsabilidad de la sociedad civil– el empeño de encontrar y recibir los estímulos y medios más apropiados para el logro de esta misión y tarea. Sólo así el mundo de las relaciones públicas podrá dar lugar a sociedades solidarias en donde varones y mujeres, con su tierna iniciativa y su fuerte ternura, darán a luz la civilización del amor.

Familia y sociedad política

El peso político de la familia ha ido gradualmente disminuyendo desde el Renacimiento hasta los tiempos de hoy.

La familia se ha *privatizado*: fuerte desconexión de la esfera pública y paralela intensificación de su esfera privada. La misma ha dejado de ser en gran parte objeto de la ciencia política y en mucha mayor amplitud no se la encara como una presencia e instancia política en la sociedad civil. Es verdad que se la ve como un objeto a tener en cuenta, pero no se la acepta como una protagonista que ha de participar como tal en las decisiones públicas. En las actuales sociedades públicas predomina por lo general una concepción individualista o colectivista, pero no hay sentido de comunidad.

Esto en gran parte no es un hecho irreversible, sino un fenómeno histórico que, a pesar de sus amplias y profundas implicaciones, representa el producto contingente de una época que cayó en esta deformación. Su origen está en el individualismo y el iluminismo de donde nació la ideología liberal del siglo XIX. Esto llevó a una visión privatista de la familia, que ya está mostrando sus graves limitaciones y está exigiendo en su dinámica histórica, nuevas imágenes en la constitución y el protagonismo de las mismas[5].

La reflexión sobre la íntima naturaleza del matrimonio descubre la presencia de una doble función: la *amorosa-erótica* y la *social*. No basta sólo la primera para dar lugar a una familia; se trataría, entonces, de una comunidad puramente emocional. Pero tampoco la segunda por sí sola es capaz de construir una auténtica comunidad personal. Únicamente determina una ocasional convergencia de intereses y utilidades. Sólo la íntima relación de ambas –la erótico-personal y la social– da lugar a una familia real.

[5] Para toda esta problemática ver: Autores varios, *Políticas de las familias*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993.

En las distintas épocas históricas prevaleció uno u otro aspecto. Hoy, el primero ha sido tan intensificado por el individualismo del capitalismo liberal, que no se ve con facilidad la dimensión social de la familia. Eso ha producido un crecimiento del *estatismo* con la marginación de todas las sociedades intermedias, la familia incluida.

Muchas sociedades modernas, basadas en un positivismo jurídico –el Estado como única fuente de derecho– olvidan que la familia es una comunidad originaria y un lugar autónomo de experiencia social. Hay que redescubrir a la familia no como un mero interés de sus individuos, sino como un interés y una responsabilidad social que han de ser reconocidos, protegidos y promovidos en su sentido, su valor y su autonomía[6]. Existe un derecho-deber en la comunidad pública, y sus instituciones estatales y organismos de interés público, de obrar en favor de la familia; por la simple razón de ser ésta no sólo un hecho individual, sino un instituto social llamado a colaborar en el bien común. El Estado y las organizaciones públicas han de reconocer que la familia es una de las dimensiones fundamentales de la persona y es el lugar primordial en el cual la persona realiza la experiencia de su libertad. Frente a esto el Derecho no puede permanecer en una actitud de indiferencia: ha de velar para que la familia pueda realizarse en la integridad de su naturaleza.

Además, sin una profunda revisión de los roles familiares, de las relaciones de éstas con la sociedad en general, de la remodelación de las estructuras del público convivir de todos los días, y, sobre todo, de una seria formación permanente de los adultos, no se puede pretender llegar a una interrelación armónica de las familias con las sociedades públicas. Esto no puede ser el resultado fatalista de una dinámica de la "naturaleza humana", sino el fruto esforzado de una cultura personalizante de la que todos son responsables y en la que todos participan. Por eso, la prospectiva cristiana sobre la familia no puede ser "familista" sino personalista en cuanto a ella incumbe ca-

[6] "La familia es la primera escuela de las virtudes sociales que necesitan todas las demás sociedades... En ella los hijos, ya desde su más tierna edad, sean enseñados, según la fe recibida en el bautismo, a creer y adorar a Dios y amar al prójimo; en ella misma reciban a la vez la primera experiencia de una sana sociedad humana y de la Iglesia; finalmente por la familia sean introducidos poco a poco en la sociedad civil humana y en el pueblo de Dios". (C.V. II, Decreto sobre la educación, n° 3), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1993.

pacitar al hombre para que pueda ser un buen ciudadano de la ciudad terrenal y la celestial *–la ciudad de los hombres y la ciudad de Dios–*.

Se trata, por lo tanto, de evitar que la familia se cierre a la sociedad y al mismo tiempo impedir que la sociedad interfiera exageradamente invadiendo aquel "lugar de libertad", que es la familia.

La sociedad debe saber velar, entre otras muchas cosas, por el deseo de amor y de amistad que hay en los hombres, exigencias que se viven y expresan fundamentalmente en la familia, en donde la "relación social" se transforma en "relación humana".

Cuando se vigila y trabaja en este logro, la necesidad de amor hace nacer en la sociedad del trabajo y del empeño la sociedad del afecto y del reposo, cuyo símbolo es la familia, que, por eso mismo, tiene su propia fisonomía y su específica visión en el campo de las actividades públicas.

Por eso, es altamente conveniente para la sociedad que se mantenga vigente en las familias el sentimiento de amor y el sentido del deber. De aquí nace el derecho a exigir que sea una institución con sus determinados deberes, aunque no se puede imponer por leyes el deber de amarse. Pero puede ofrecer estímulos y proporcionar medios para que el amor familiar se mantenga, se custodie, se irradie y pueda renacer cuando se deteriora. Desde este punto de vista, el matrimonio como institución no aparece como un obstáculo sino como un apoyo del matrimonio como experiencia de amor. Por eso el matrimonio es una comunidad plena de vida y de amor garantizada por la institución jurídica. Así, la visión personalista y la visión institucionalista no se contradicen. La sociedad no puede construir la familia como una comunidad de vida y de amor, pero puede garantizar, sobre todo en los momentos de crisis, su continuidad y duración en el tiempo. Por eso, se puede hablar, dado el estrecho e imprescindible vínculo entre familia y sociedad, de la familia como un "problema político".

Desde Platón[7] hasta Marx[8], la familia representa un constante punto de referencia en el pensamiento político.

[7] *La República*, 1.5, c 7.
[8] *Manifiesto del partido comunista*, c. II.

Poco a poco se va superando la concepción individualista y liberal que consideraba la familia como una mera realidad privada. Ya más que hablar de su momento privado se habla de su momento político por las funciones sociales que la familia ha de ejercitar en la sociedad civil. Su primera y primordial función socializante es hacer que el hombre se haga consciente, libre y responsable; lo cual exige una larga educación, imposible sin un ambiente de seguridad y afecto perdurable en la convivencia hogareña de todos los días.

La familia es el punto donde se armoniza lo público y lo privado, donde se hace la síntesis de lo social y de la intimidad. Por eso un sano pensamiento político no puede ignorar la instancia de la dimensión familiar en la vida social, y menos encerrarla en el estrecho horizonte de una privaticidad incapaz de proyectarse en los quehaceres de la vida política y social. Por otra parte la familia ha de tomar conciencia de su esencial dimensión socializante, es decir, de su vocación a comprometerse en la acción social en una actitud de servicio de acuerdo a sus posibilidades y como fruto de su mismo amor familiar.

"La familia es (...) el punto en que se articulan lo público y lo privado, en que se unen una cierta vida social y una cierta vida íntima. La familia socializa al hombre privado e interioriza las costumbres. A través de esta función mediadora, ella es un nudo capital del universo personal"[9].

Es función "política" de la familia ser un antídoto contra el proceso de masificación y anonimato que es una amenaza endémica en todas las sociedades públicas. Ella es el conjunto humano primario donde en el mismo tejido de la vida diaria se ejercita la capacidad de interacción, comunicación y participación.

Este aporte de diálogo personalista, de afectividad gratuita, de solidaridad inmediata, de intercambio generoso corrige la tendencia de las grandes sociedades a vivir puramente de roles, de títulos, de prestigios, de jerarquías, etcétera, meramente funcionales y muchas veces ficticias y mendaces. Gracias a ella se puede contemplar la gran sociedad no como un conglomerado masificado de individuos atomizados, sino como un conjunto armónico y diferenciado sostenido por hombres que en sus familias han aprendido a relacionarse en el respeto y la solidaridad.

[9] MOUNIER, E., *Le personalisme*, PUF, París, 1950, pág.122.

Pero esto sólo es factible si los grupos familiares se esfuerzan por vivir verdaderamente una experiencia de abierta comunicación, de acogida a la vida y de reconocimiento y respeto de la alteridad de los demás. Lo cual supone un proceso educativo que responsabilice al máximo la relación interpersonal, la asimilación de los genuinos valores éticos, la consideración de los males que se pueden seguir en el desprecio o rechazo de los mismos.

Esta función de la familia como "mediadora" y "educadora" de una sana mentalidad política es tan importante que se puede afirmar que muchas patologías sociales entre jóvenes y no tan jóvenes, tienen su origen en el vacío afectivo que sufrieron en sus propias familias.

Por eso la estructura familiar y la estructura política están ligadas por un nudo indisoluble. Si se quiere hacer una seria reflexión sobre el sentido de la política en la conducción del ser humano, nunca se puede prescindir de un preliminar encuentro intelectual con los datos que brotan de la realidad familiar. Es una conclusión innegable si se quiere encarar una genuina filosofía de la política. La actual reflexión filosófica verifica con acierto y valoriza vigorosamente que no puede darse una integral política social si no se toma como fundamental intuición el papel intransferible de la familia en la constitución de una sociedad civil y estatal profundamente solidaria)[10].

Una familia "intimista" es, por eso mismo, una deformación de la intimidad, porque la encierra en sí misma –el "familismo"– sustrayéndola de su responsabilidad con el mundo y la historia. Por el contrario, la vocación social es esencial en la familia, y no sólo por su dimensión procreativa, sino también en su proyección al exterior. Por eso, es inadmisible toda cerrazón de la familia al mundo externo y todo desinterés egoísta de la misma frente a los problemas acuciantes del mundo.

Familia verdadera es la familia abierta que salvaguarda a la persona de los opuestos riesgos del individualismo y del totalitarismo y la ubica en el mundo como un "nido y vínculo" de libertad puesto al servicio mutuo de los otros y de la sociedad. La familia que se cierra egoísticamente en su intimidad no sólo manifiesta una desviación, sino la perversión del amor.

[10] Ver FABBRI, E., "Democracias, Familia, Solidaridad", *Revista CIAS*, nº 436-437 (sept. - oct., 1994), págs. 381-394.

Toda sociedad civil, libre y justa, en la que se reconozca el valor y la dignidad de la persona, tiene necesidad de una familia que sea al mismo tiempo un lugar de intimidad y de sociabilidad. A su vez, la familia no puede actuar su vocación personalizante si no recibe estímulo, medios y sostén de parte de la sociedad. Cuando falta esta fecunda relación, la familia entra inevitablemente en una crisis interna.

La familia es y ha de permanecer siendo el lugar fundamental de la experiencia personal; pero para lograrlo hay que salir del individualismo y abrirse a un fecundo encuentro con la sociedad. Sólo tiene futuro aquella familia que sabe abrirse y salir al encuentro de los otros. Éste es un elemento constitutivo de la misma, un polo fundamental de su universo personal.

Por último, se ha de reconocer que la persona no nace abstractamente en una sociedad pública, sino que surge y se plasma y se modela en el seno del pequeño universo familiar.

"Sólo una **presencia del adulto** experimentada como puesta al servicio y protección de la persona, puede dar al sujeto, en el camino que va del nacimiento a la madurez, aquel sentido de seguridad fundamental (...) sin el cual –está probado– la evolución sufre retardos y atrofias, y nunca resulta normal y equilibrada y jamás se establecen relaciones normales con las cosas, el mundo y los encuentros e interrelaciones sociales y civiles. Cuando la exposición sobre la relación entre familia y sociedad se confronta con los hechos, emerge con total evidencia la importancia de la familia. Cualquiera sea la configuración de la sociedad del mañana, el grande y fundamental hecho educativo que es la inserción en la vida social –la 'función social de la educación' que E. Fromm define como 'preparar al individuo a actuar en el rol que enseguida tendrá que desenvolver en la sociedad'– no puede actuarse si se prescinde de la familia, cuya influencia es bastante mucho más profunda y penetrante (y también corresponde a un psicólogo como Fromm indicarlo), de cuanto puedan serlo las estructuras escolásticas, porque los padres 'transmiten al niño lo que podemos llamar la atmósfera psicológica y el espíritu de una sociedad simplemente por el hecho de ser como son'..."[11].

[11] CAMPANINI, G., "Famiglia e Societá Politica", en *Donna e Societá*, n°13, (3-3-1970), pág. 27.

Esto no quiere indicar una superioridad de la familia con respecto a la sociedad; mucho más, si se tiene en cuenta cómo la estructura social la condiciona ampliamente. Sólo se trata de tomar grandemente en cuenta que el futuro de la ciudad pasa por la familia, cualquiera sea el régimen político del Estado, por la simple razón de que el primero y fundamental condicionamiento para bien o para mal que experimenta el individuo es el de su familia. Es en el ambiente natural e íntimo donde mejor se puede comprender la naturaleza, el sentido y la misión del varón y de la mujer en su relación más integral. Por eso, para ser genuina la relación educativa, ha de plantearse en la línea sociedad-familia-persona y no en la línea sociedad-persona dejando a la familia como tal en una situación de marginación. Sólo así la familia conserva y conservará su rol fundamental de ser mediadora y "amortiguadora de choques".

"Por esto, su función educativa se mantiene, aunque no exclusiva, ciertamente esencial e insustituible. Por esta razón la familia ha de ser ayudada a redescubrir, para hacerse propiamente una auténtica comunidad educadora, también su dimensión política. Mediante su relación educativa la familia no transmite solamente el pasado, ni mucho menos se limita a repetirlo mecánicamente, sino prepara a construir el futuro. 'El niño –ha escrito incisivamente un gran biólogo, Jean Rostand (L'avventura umana - Dal neonato all'adulto, Hoepli, Milano, 1936, pág. 201)– no es el retrato de un antepasado, sino la prefiguración de un descendiente. No es una huella del pasado, sino una anticipación del futuro. No es un recuerdo, sino una promesa'. Si esto es verdadero en el plano biológico, por la inagotable creatividad de la especie humana, es verdadero también y sobre todo en el plano político y social. Propiamente en el ejercicio de su Tarea Educativa, la familia encuentra su propio modo –no el único ciertamente, pero el más significativo– de 'hacer política'"[12].

La estructura básica de una familia bien lograda a través de las experiencias interrelacionales de sus miembros es el mejor aprendizaje para el compromiso y la acción política. Es allí donde se genera la alternativa: o se cae en una actitud de dominio y posesión egoísta o se aprende a vivir en la libertad y la cooperación. La familia será siempre la fuente de la sabiduría o de la necedad, pues es allí donde más

[12] CAMPANINI, Giorgio, *ob. cit.*, pág. 28.

sus miembros pueden vivir en el amor o en la frivolidad y en el rencor. Y si viven en el amor se proyectarán como protagonistas del amor en el entretejido de todas las sociedades públicas y estatales, y en esto se descubre, consiste y elabora su misión política-familiar.

Familias y fe

También el camino de la evangelización ha de pasar por las familias, sobre todo en esta sociedad actual tan fuertemente secularizada.

Han de ser el lugar fundamental de una auténtica educación en la fe; sobre todo a nivel de la relación de la pareja y de allí a los hijos.

Esta dimensión misteriosa y trascendente de la fe en el seno de las familias la expresa de un modo original Juan Pablo II: "La familia cristiana nace de un sacramento –el del matrimonio– que como todos los sacramentos, es una **desconcertante iniciativa divina** en el corazón de una existencia humana"[13].

Por supuesto, a nivel concreto se requiere todavía de una mayor conversión de mentalidad en todo lo relacionado al tema: "Comunidad cristiana y familias cristianas". El mundo de hoy requiere de "iglesias domésticas" vitalmente generosas, que engendren "iglesias locales" (parroquias, colegios, movimientos, diócesis, etc.) verdaderamente florecientes. Juan Pablo II expresa con claridad que la familia no puede encerrarse en sí misma sino que ha de enseñar a sus miembros a abrirse y comprometerse con las estructuras públicas: "Siendo además la familia 'la célula primera y vital de la sociedad', como dice el C. Vaticano II (A.A., 11), lejos de replegarse sobre sí misma, debe abrirse al ambiente social que la rodea. Queda de este modo bien claro cuál es la función de la familia en relación con la sociedad. Efectivamente, la familia es la primera escuela de sociabilidad para sus miembros más jóvenes, y resulta irreemplazable. Al actuar así, la familia se convierte en el instrumento más eficaz de humanización y personalización de una sociedad, que corre el peligro de hacerse cada vez más despersonalizada y masificada y, por tanto, inhumana y des-

[13] JUAN PABLO II, Alocución a las familias, 12 de diciembre, 1980. Sobre la espiritualidad propia de las familias cristianas ver FABBRI, E. E., *Familia, escuela del amor*, Paulinas, Buenos Aires, 1994, págs. 33-35; 47-52; 85-87 y 102-108.

humanizante, con las consecuencias negativas de tantas formas de evasión, como son, por ejemplo, el alcoholismo, la droga e incluso el terrorismo"[14].

Como el corazón generador de toda la realidad propuesta es la pareja conyugal, a ella corresponde un sincero, profundo y constante esfuerzo de reflexión y oración, en el que ha de ir incorporando gradualmente a sus hijos, para que todo se vaya construyendo "en el Señor".

Es éste el gran deseo expresado tantas veces por Juan Pablo II para bien del mundo, la Iglesia y las mismas familias: "Son muchas las consecuencias prácticas y orientaciones pastorales que se desprenden de estas verdades para la vida concreta de los matrimonios y hogares cristianos. Convendrá secundar todas las iniciativas que, de acuerdo con la doctrina de la Iglesia, promueven unos u otros aspectos de la pastoral familiar. En unión con la jerarquía de cada uno de vuestros países, convendrá potenciar las experiencias apostólicas de presencia social que sean más apropiadas a las verdaderas necesidades reales. En auténtica libertad, los laicos cristianos podrán promover las iniciativas concretas, confesionales o no, que mejor se adecuan a su competencia profesional y a sus diversos ambientes culturales"[15].

No es posible, en conclusión, ser cristianos y desinteresarse de las estructuras y del funcionamiento de la sociedad en que hoy las familias coexisten y muchas veces apenas subsisten. Si el cristiano es sincero, no puede bloquear la dinámica de su corazón que lo solicita continuamente a construir una civilización del amor en donde todos los hombres de buena voluntad promoverán familias en las que se aprende esforzada y gozosamente a practicar la solidaridad cordial y el servicio compasivo.

Pero todo esto supone, como algo totalmente imprescindible, que la sociedad civil realmente quiera a las familias y ayude eficazmente, con estímulos y recursos apropiados, a que este tipo de familias se promocione y ocupe en el seno de la sociedad el puesto protagonista que le corresponde.

[14] JUAN PABLO II, Discurso al Cuerpo Diplomático, 16-1-1982; O.R., 31-1-1982, pág.18 (82).

[15] JUAN PABLO II, Discurso a la Asamblea Plenaria del Pontificio Consejo para las Familias, 10 de octubre, 1986.

La sociedad civil y eclesial contará así con familias que serán verdaderas escuelas de un estilo de vida integral y armónicamente humano y de quienes surgirán también instancias críticas frente a cualquier conato de deshumanización.

Y en la práctica, hoy ¿cómo hacerlo?

Hay que trabajar seriamente a nivel oficial y privado para que las familias participen en la vida pública de la sociedad. Sólo así se evita que el área de lo privado en donde está la familia caiga en el "intimismo o familismo" que vive sólo para su gratificación, y el área de lo público, en donde está el ciudadano, se precipite en el totalitarismo esclavizante o la masificación alienante.

Esto requiere que las familias se fundan y crezcan en los valores humanistas: disponibilidad, atención al otro, gratuidad, hospitalidad, etcétera:

"En el seno de la familia, el dolor y el sufrimiento no pueden ser a la larga negados, porque están encarnados en personas vivas; allí los discursos abstractos sobre la humanidad se hacen encuentros concretísimos con el otro; aquí el sacrificio del más fuerte y del más rico en favor del más débil y del más pobre (sobre todo, pero no solamente, en la relación adulto-niño) se hace la diaria ley de la vida. De aquí pueden surgir, para incorporarse en lo externo, nuevas energías espirituales y morales que hagan un mundo más humano"[16].

¿Podrán las familias asumir esta misión? La respuesta no es fácil porque la sociedad industrial no deja muchos espacios a las familias. Además, la misma es trabajada por una motivación "subliminal" que la lleva a un terreno que no es el suyo y en donde es transformada de ser centro de la gratuidad a ser un lugar de egoísmo multiplicado.

Sólo mediante familias bien personalizadas podrá la sociedad industrial y consumista librarse de su pecado: el del colectivismo, eficientismo y hedonismo, y reconocer y aceptar al hombre en su dignidad personal, singular e irrepetible.

[16] CAMPANINI, Giorgio, "La famiglia fra 'pubblico' e 'privato'", en *La famiglia, crocevia della tensione tra "pubblico" e "privato"*, Milano, Vita e Pensiero, 1979, pág. 82.

Y a las familias les toca el deber de ser el lugar donde se aprende la vida personal, sin caer en un miope intimismo y una privacidad familista.

Sólo una estructura personalizante, en su doble vertiente: hacia la conversión de corazón y hacia el servicio del otro, puede superar la estructura funcional eficientista y por ende despersonalizante de la actual sociedad occidental.

No se puede lograr un mundo seriamente sensibilizado en promover la justicia, la libertad, el amor y la paz, si no se establece en el interior de las familias un cálido culto a esos valores. La clave primaria que invita a solucionar los problemas desgargantes del mundo y a desterrar sus injusticias, egoísmos y odios hay que buscarla en las familias. En ellas se puede todavía encontrar respeto, ternura, admiración, igualdad, perdón, acogida, hospitalidad, etcétera. Tales valores se pueden difundir también fuera de ellas en la medida en que quieran embarcarse seriamente en la cruzada por la civilización del amor.

El mundo futuro, si se desea realmente humano, depende en gran parte de la capacidad de las familias de salvaguardar los auténticos valores de la vida privada como fermento de amor y vida en las variadísimas relaciones públicas entre los hombres y sus instituciones.

Por último, como todo ser humano es también solicitado por la inquietud fundamental de su trascendencia, a las familias cristianas les corresponde ser un seminario de la fe que instruye, educa y orienta a sus miembros, sobre todo niños y adolescentes, en el sentido de esa profunda inquietud, que es el llamado de Dios a la salvación integral.

Por eso, la Iglesia la llama "iglesia doméstica" (Doc. Puebla n. 589) o "iglesia en miniatura" (Juan Pablo II, Homilía Sínodo 1980), o también "comunidad de vida y amor" (G.S. n. 48-52). Ha de ser el primordial espacio de realización del espíritu evangélico tanto en su interior como en sus relaciones con el exterior. Lugar privilegiado de comprensión, realización y transmisión del seguimiento vivo de Jesús en una experiencia compartida de fe, esperanza y caridad. Es un núcleo íntimo de ayuda mutua para vivir mejor la fe, la esperanza, la caridad. Es la mediadora entre la Iglesia institucional y la Iglesia comunidad, la Iglesia y el mundo, y modela en la Iglesia el rostro humano del Salvador que unifica, transforma y reconcilia la humanidad mediante el matrimonio y la familia cristiana.

Y... ¿por cuál camino?

La estabilidad perdurable de las sociedades públicas, civiles y religiosas no brota tanto de ellas mismas como de los hombres que las constituyen y en ellas se interrelacionan.

Pero esos hombres no surgen inopinadamente como hongos después de la lluvia en el suelo societario, sino vienen de las familias donde aprendieron o no a ser colaboradores y protagonistas en la conducción y el florecimiento de esas sociedades.

Por eso siempre se requerirán tipos de familias sanas y vigorosas que asuman con firmeza en las decisiones y delicadeza en el modo, la educación de los futuros ciudadanos y los futuros miembros de las comunidades civiles y religiosas.

¿Dentro de qué parámetro se deberían mover las familias para llevar a cabo esa misión peculiar e intransferible?

En primer lugar ha de ser un recinto y centro de intimidad en donde todos sus miembros se sientan tiernamente estimulados por la calidez del intercambio afectivo a nivel conyugal e intergeneracional a querer asumir, capacitándose para ello, la prestación de una serie de servicios, dentro y fuera del hogar. Son familias que sirven de modelo a las sociedades públicas y a la misma Iglesia como invitadoras al logro de una armónica estabilización integral que tantos beneficios genera en la convivencia pública.

En segundo lugar se ha de presentar como una *escuela de socialización* que provea a los miembros de la familia estímulos y recursos convenientes para proyectarse en actividades y compromisos que redunden en la consecución del bien común.

La familia ha de ser un laboratorio donde se asimilen valores dinamizantes y socializantes que sacudan y muevan las sociedades públicas de todo tipo –sin excluir las gubernamentales– a comprometerse y trabajar ahincadamente en todo lo que haga crecer a esas sociedades y a sus miembros por el camino del ser y del querer "ser para los demás". A ella le toca ser la *conciencia vigilante* en el conglomerado de las actividades públicas.

Por supuesto, estas dos serias funciones sociales inherentes a las familias piden una gran estabilidad, coherencia en sus miembros y perdurabilidad en su comunicación, sobre todo a nivel conyugal. Si eso falla, es imposible asegurar en la práctica el mutuo auxilio y sostén que se deben todos, y en especial entre el padre y la madre para llevar adelante ese responsable proceso.

Sólo allí se puede aprender desde la más temprana niñez a sensibilizarse frente a las necesidades sociales y a capacitarse para bregar por la honestidad de las relaciones públicas.

Por último, donde hay conciencia religiosa, la familia ha de ser un *seminario de la fe*. Allí se aprende de una manera tierna, cálida y coloquial, a través del testimonio de la vida y de la palabra cristiana de los padres, a ir descubriendo a Cristo como la manifestación plena de un Dios que es Padre, o mejor, con ese toque de ternura familiar que expresan los niños que llaman a sus padres "papito o pa", "mamita o ma". En ese culto doméstico no sólo se aprende a amar a Dios por ser el Amor, sino a servir a los hombres porque Él los ama a todos.

Por todo eso sólo asumen su misión de "pivotes" o mediadores entre lo privado y lo público aquellas familias que se muestran:

- ricamente comunicadas entre todos sus miembros;
- con padres como principio de vida humana integral entre ellos mismos y con sus hijos;
- y en una viviente, unificada y fecunda relación de piedad de todos sus miembros con el Señor que alimenta su fe, estimula su esperanza y tonifica su amor, porque todos lo reconocen como el *Gran Amor* que salva a los hombres y sus ciudades.

Para el logro de este desideratum, algo se puede proponer. Hay que:

1) Elaborar y mantener dinamizado un proyecto de promoción integral, socialización y evangelización responsables en el que participen todos los miembros de la familia. Esto supone respetar el crecimiento de todos en la libertad y vivirlo en el amor.
2) Adquirir una metodología apropiada y aprender a expresarla y aplicarla en forma pedagógica y progresiva.

Para obtenerlo, se han de tener en cuenta los siguientes elementos:

A nivel humano:

1. El amor como lenguaje a nivel conyugal y familiar.
2. La autonomía personal: dignidad, libertad y responsabilidad de la persona.

3. La fidelidad recíproca en la convivencia: promoción mutua.
4. El hijo querido y promovido en forma integral: la paternidad responsable.
5. La inquietud social; presencia activa participada en la sociedad: paternidad integral.

A nivel cristiano:

1. Redescubrimiento del matrimonio como sacramento.
2. Iglesia doméstica: crisol del contorno humano de la Iglesia.
3. Seminario de la fe: vivencia de la Iglesia por el testimonio de la vida y de la palabra.
4. Apertura a las otras familias: la hospitalidad evangelizadora.

Conclusión

Negar en la familia y el matrimonio su dimensión institucional presentándolo como una estructura sustancialmente decadente, represiva y alienante es olvidar que toda realidad comunitaria se expresa dentro de reglas normativas que le iluminan, por parte de las sociedades públicas, civiles y religiosas, el camino dentro del cual contribuye al bien social y religioso. La institución no es un fin en sí, sino el medio en el que la comunidad familiar y matrimonial ha de contribuir al bien común.

Si el matrimonio fuese la negación de la libertad, tendría que ser necesariamente superado por una sociedad libre y liberadora; pero si el matrimonio es el encuentro entre personas en libertad y que constantemente se abre a la experiencia de la libertad en el encuentro con los otros, entonces la identificación entre matrimonio, familia y autoritarismo es el fruto de esquemas culturales incapaces de afrontarse con la realidad y prisioneros de categorías culturales pertenecientes a un pasado superado y no a familias abiertas a las sanas inquietudes del mundo y la historia actual.

El camino a recorrer es todavía largo, pero no se lo hace de una manera positiva rechazando el matrimonio y sustituyéndolo con formas de convivencia precarias y provisorias, incapaces de asegurar auténticos encuentros interpersonales. Hay que volver a pensar a fondo (*ex novo*) la relación entre familia y sociedad y descubrir el significado social de la familia y del amor y la misma sexualidad dentro de ella.

La preferencia acordada al matrimonio y a la familia con respecto a otras posibles formas de convivencia no es el fruto de un fatalista respeto a la tradición, sino la conclusión de un proceso de conciencia crítica. Éste pone en evidencia no sólo la falta de válidas alternativas a la familia, sino sobre todo la capacidad de la familia de ser al mismo tiempo un lugar de personalización y de socialización, momento de crecimiento de la vida personal y al mismo tiempo de presencia lúcida y activa en la sociedad e irradiación de todo esto hacia el misterio de una trascendencia totalmente plenificada en la vida y el amor.

IN MEMORIAM

RODOLFO JORGE DE LORENZO

La Universidad Católica Argentina y su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas quieren rendir un homenaje a quien en vida fuera profesor de esta Facultad y de otras universidades prestigiosas. En abril de 1963 fue designado profesor adjunto de Derecho Romano. Durante 40 años Rodolfo Jorge de Lorenzo siguió ejerciendo esta cátedra en esta casa de estudios, continuando a los primeros grandes profesores de la casa, Eduardo Helguera y Jorge Caramés Ferro. Dedicó su vida, podemos decir, a esta querida materia.

Modelo de coherencia entre sus convicciones cristianas y su vida práctica, fue padre y marido ejemplar. Ocupó importantes cargos públicos e intervino activamente en organizaciones no gubernamentales de bien común, como la Asistencia al Menor y la Liga de Padres de Familia. Su desatacado accionar le valió ser recibido en audiencias privadas en el Despacho Papal de Castel Gandolfo, en 1959, por Su Santidad Juan XXIII, y en 1961 por Paulo VI. El 4 de julio de 1962 recibió del Cardenal Eugenio Tisserant, por mandato de Juan XXIII, el título de Caballero de la Orden Ecuestre del Santo Sepulcro de Jerusalén. Publicó diversos artículos en *El Derecho* y en *Prudentia Iuris*, tratando sobre "La familia", "Los esponsales" y "El matrimonio en el Derecho Romano primitivo", y dictó numerosas conferencias en nuestro país, en Europa y en los Estados Unidos. Fue miembro de número de la Sociedad Argentina de Derecho Romano, del Instituto de Investigación, Documentación y Difusión de Derecho Romano, y de la Corporación de Abogados Católicos. Su profunda fe y devotas costumbres lo llevaron a ser hermano renovante de la Archicofradía del Santísimo Sacramento de la Catedral Privada de Buenos Aires y ministro Extraordinario de la Eucaristía en la Basílica del Espíritu Santo desde 1971. Junto a lo académico, se destacó por su participación en la

radio y la televisión. Fue director y asesor de varios departamentos de televisión y de distintos canales, intervino en varios programas católicos, y presidió durante 12 años el jurado de expertos del programa "Odol pregunta". Fue embajador y secretario general del Ministerio de Educación. De carácter vivaz y agradable trato, pasó entre nosotros dejando ejemplo y discípulos. Roguemos para que Dios lo tenga en la Gloria.

NELLY LOUZÁN DE SOLIMANO

JULIO RAÚL LASCANO

Un maestro

Por su hombría de bien, la vastedad de sus conocimientos y su trayectoria, el doctor Julio Raúl Lascano, fallecido el 26 de septiembre pasado, se ubicaba entre los más destacados catedráticos que enriquecieron la investigación y la enseñanza en la Universidad Católica Argentina. Era abogado, traductor público de inglés y profesor de francés. Además de una firme vocación, cumplida con inflexible voluntad, unía a su bagaje intelectual –iluminado por cristianas convicciones– la particularidad de un innato estilo magistral. Puede decirse que con la mayor naturalidad era eso: un maestro. Poseía las cualidades de ilustración y elocuencia que definen el auténtico perfil docente y un carácter forjado con la rectitud de conducta, siempre airoso vencedor de la adversidad. A aquellos que lo conocieron desde joven, no se les escapaba ya entonces, la extraordinaria madurez de su personalidad volcada en el juicio agudo y en la conversación exacta, pausada y amena que singulariza a quienes tienen verdadera autoridad intelectual. Notable condición que volvía gratas hasta las controversias y animaba siempre a recurrir al consejo prudente, siempre dispuesto.

Bien se ha hablado de su espléndida calidad humana, permanentemente reconocida, que le permitió afrontar con entereza y calma los avatares de la vida y desarrollar holgadamente las funciones delicadas y encumbradas que le tocó cumplir. Su larga carrera al servicio de la Nación, la provincia y el municipio de Buenos Aires nunca lo sustrajo de su particular afición a la investigación histórica, sobre todo la del pasado argentino; así como de su decidido afán por la promoción de los auténticos valores de la cultura.

Fue ministro de Educación de la provincia de Buenos Aires, no escatimando de tal modo su colaboración cuando el país buscaba emerger de los peligros que habían puesto en vilo las instituciones y la seguridad pública. En su gestión, presidida por la ecuanimidad y la atención a las necesidades más apremiantes de la instrucción pública, encauzó las inversiones presupuestarias para el equipamiento de los establecimientos educativos, prestó atención especial a los vinculados con el agro y la enseñanza técnica, promovió la cultura popular, restableció el dictado del idioma francés en los colegios y propició la ampliación de comedores escolares. Por supuesto, entre otras tantas acciones largas de enumerar.

En la Universidad Católica Argentina tuvo a su cargo las cátedras de Política Educativa, de Historia Argentina y de Historia de las Relaciones Internacionales, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Y en la Universidad del Salvador, se desempeñó como profesor titular del doctorado en Jurisprudencia y Derecho Público Profundizado, así como dictó Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Historia. Fue también catedrático de Historia del Derecho Argentino en la Universidad de Buenos Aires, donde impartió igualmente Historia de las Instituciones Argentinas, integrando además en aquella Casa de Estudios el Instituto de Ciencias Políticas. Fue catedrático de la Universidad de Belgrano y en las escuelas de Defensa Nacional y de Inteligencia. Todo lo cual es un escueto resumen de su extraordinaria labor educativa, donde no faltó incluso la enseñanza del inglés y el francés. Precisamente en 1982 el gobierno de Francia lo distinguió con las Palmas Académicas, en reconocimiento "a la valoración de la real dimensión de la influencia cultural francesa en la vida argentina".

Autor de importantes publicaciones, se recuerda especialmente su libro *Los estudios superiores en la historia de Buenos Aires* –que redactó por especial elección para hacerlo, del eminente catedrático Santiago Estrada– donde describe la evolución de la enseñanza universitaria en nuestro medio. Dirigió, además, la colección de Cuadernos de Historia de Buenos Aires y recibió el premio San Alberto Magno por su labor docente, entre otros reconocimientos.

Entre la gran cantidad de publicaciones sobre su especialidad, se cuentan sus calificadas colaboraciones a la revista *Prudentia Iuris*. Como "Atribuciones, conducta y control de los funcionarios públicos en la época hispánica" (1990); "El Libertador: ilustrado guerrero cris-

tiano, ¿republicano o monárquico?" (1993); "Buenos Aires, ciudad autónoma" (nº 39); "Comunidad internacional, interdependencia y colaboración entre las naciones, en la Encíclica *Pacem in Terris*". Por citar, sin fatigar, solamente algunos de los trabajos de mayor relieve.

Vida plena

Pero donde mejor pudo aquilatarse la personalidad de Julio Lascano fue en su vida privada, en el seno de su familia y de sus amigos, para quienes su corazón reservaba las primicias de nobles sentimientos que mantendrán siempre fresca su memoria.

A alguien que sin la menor duda lo conoció como pocos, le oímos decir con fresca espontaneidad llena de cariño y admiración, palabras que deseàmos reproducir. *Él era un hombre completo, un caballero renacentista de la mejor estirpe*, nos dijo con gran emoción, definiéndolo con tres palabras de contenido supremo. Sólo habría que agregar al fiel retrato un acento no común: era un carácter. Alimentaron su alma los ejercicios de la piedad cristiana y la meditación sobre las verdades eternas; cultivó el cuerpo con la gimnasia, el remo y la esgrima; enriqueció su intelecto a través de la lectura asidua y de los viajes. Le gustaba recitar *Anabelle Lee* y *El cuervo* de Poe, en inglés por supuesto, y se emocionaba hasta nublársele la mirada, con el final de *Don Segundo Sombra*; nos recuerda otra pincelada cariñosa. Amaba con pasión a Roma, y conservaba en la retina –volcándolo todo en la conversación amena– la imagen del Foro, el Coliseo, los arcos triunfales, Castel Gandolfo, San Pablo extramuros, la vía Apia, las termas de Caracalla, Castel Sant´Angelo, la iglesia de Santa Sabina, Trastévere. Todo, en suma, con el desorden armonioso –valga la paradoja– de un desván muy querido, del que extraía en el vaivén del diálogo, las sugerencias y las evocaciones de aquella antigüedad admirable.

Pero con el mismo fervor recorría la Argentina, a la que amaba en toda su extensión geográfica, igual que los viejos patriotas. Un simple viaje a Villa Gessel pudo durar más de ocho horas, porque cada lugar era una parada obligatoria y un comentario sobre el histórico sur porteño (no olvidaba que antaño el término designaba a toda Buenos Aires) abierto al mar y al desierto, lleno de misterio y aventura. Aunque nada le era tan caro como su ciudad natal, Mercedes, adonde en los últimos años volvió como profesor.

Ya está dicho que fue un hombre religioso. Cada año comenzaba su agenda con la célebre oración de Santa Teresa, la misma que colgó a la entrada de su casa. Y pudo decirse que su paciencia también tuvo largo alcance. En lo estrictamente personal, era el hombre que no escatimaba trabajar hasta largas horas de la noche para sostener su numerosa familia; sin que ello le impidiera llevar a la plaza a la más pequeña, o enseñarles a nadar en el río Sarmiento a los otros chicos. Vencedor de un asma pertinaz a base de temple y constancia, le gustaba remar por el delta del Tigre en los botes del viejo y querido Buenos Aires Rowing Club, o dar largas caminatas por la playa de Mar del Sur en los veranos propicios. Supo apreciar la vida y agradecer los dones recibidos. Por esto tal vez, su semblante trasuntaba paz sin alteraciones, y cierto aire de satisfacción. Era emocionante percibir el amor recíproco de los suyos, colmándolo de serena alegría e inocultable orgullo paternal.

Dos condiciones

Algo más habría que agregar a lo que ya se ha dicho con motivo de la muerte de Julio Lascano. En los ajustados términos de estilo, voces más elocuentes han retratado la trayectoria y figura del distinguido hombre público. Pero cabría expresar un pensamiento adicional, para recalcar algunos aspectos de la ejemplaridad de su vida, muy apropiados a los momentos que corren. Se podría hablar de dos condiciones especiales que enriquecieron su personalidad, su seriedad y serenidad. Dos virtudes del hombre de Estado, que hoy demandaría magnos esfuerzos visualizarlas. Seriedad del estudioso y serenidad del prudente; conocimientos vastos y pulso firme. Todo acompañado de una gran clase que le venía de lejos. Aquella que le permitiera resolver con voz calma las discusiones, sin recurrir a ironías cáusticas (que le hubieran surgido con facilidad), con sólo a veces entrecerrar los párpados y apretar un poco los labios. Lo recuerdan quienes lo acompañaron en gran parte de su carrera, gracias a la buena estrella de compartir trabajos, sobre todo en aquella vieja escuela de Administración Pública, eficiente y honrada, que fuera en tiempos felices la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Ámbito donde llegó a ser subsecretario de Gobierno, después de director de Bibliotecas Públicas. Cuando un ajustado número de agentes –orgullosos de su em-

pleo– mantenía ordenada, decorosa, saludable y limpia a la gran metrópoli.

Como se ha dicho, actuó con especial entrega en la cátedra, en el ya mencionado Instituto de Ciencias Políticas y en las notables jornadas del Centro de Estudios San Alberto Magno, que dirigió generosamente sosteniéndolo con su entusiasmo. Pero lo que al pasar querrían resaltar estas líneas –levantando el ánimo– es la calidad de las reservas que siempre tuvo el país. Cómo, con la mayor naturalidad, en momentos cruciales –por ejemplo aquellos de su ministerio– un ciudadano consciente de su vocación y de los reclamos del momento, supo reeditar la impronta de las figuras ilustres que sirvieron a la Nación, ***¡sin la más mínima pretensión de crear una nueva!*** Al contrario.

Por eso, el recuerdo de su vida fecunda y austera, forjada en el yunque del trabajo y del sacrificio, sirve para presentar a la generación actual un modelo concreto de las fuerzas morales que la República precisa para el reencuentro de su verdadero cauce histórico.

Con el aire a la vez apacible y enérgico que conservó hasta la hora postrera –como pudo advertirse claramente– hoy Julio Lascano nos ha dejado; pero sin cesar de alentarnos su ejemplo para siempre. Añadiríamos parafraseando a León Bloy que, en este caso, al dolor de despedir a un maestro, acompaña en los discípulos el consuelo sublime de rememorar esa plenitud que le otorgara su cristiana vida.

Había nacido en Mercedes, provincia de Buenos Aires, el 27 de mayo de 1928, y era hijo del doctor Raúl Lascano y de Lola Villamayor, pertenecientes a familias de antiguo arraigo, entroncadas con antepasados ilustres. Estaba casado con Margarita Lemos; tenía seis hijos y 20 nietos.

JUAN E. OLMEDO ALBA POSSE

RECENSIONES

EL ORIGEN DE LA FAMILIA, DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y DEL ESTADO
Engels, Friedrich, Barcelona, Planeta - De Agostini S.A., 1992.

Introducción

Esta obra es editada, por primera vez, por Friedrich Engels (1820-1895) en el año 1884. Se sustenta en un trabajo del antropólogo norteamericano Lewis Henry Morgan (1818-1881) –*La Sociedad Primitiva*–, que versaba sobre los sistemas de parentesco vigentes entre las tribus iroquesas de USA y que le permitiera probar, a partir de los estudios de campo realizados por aquel investigador, las principales consecuencias del materialismo histórico.

Su objetivo central consistió en tratar de demostrar que las formas de parentesco, de organización social y de propiedad, lejos de ser una conformación inmutable, han seguido la evolución determinada por el grado económico de los diversos pueblos.

En la primera parte de la obra, Engels sigue muy de cerca las conclusiones de Morgan sobre la sociedad primitiva y el pase del salvajismo a la barbarie y de ésta a la civilización. Sin embargo, inmediatamente después y una vez subrayado el papel determinante de la producción material en el desarrollo humano, abandona el terreno de la antropología cultural para dar salto a su teoría.

Analiza, entonces, el surgimiento de las clases sociales –como fundamento del Estado– que se basa, justamente, en las contradicciones insolubles que aparecen entre los distintos estratos de una sociedad. Concluye afirmando que, en una forma superior de organización social, en la que no existirán clases sociales, el Estado tendrá necesariamente que desaparecer.

Examina, para ello, la evolución de las relaciones entre hombre y mujer (primer momento de la división del trabajo y de la posterior segmentación de la sociedad en clases). La liberación de la mujer, sostiene, dependerá de la modificación radical de los modos de producción.

Resumen de la obra

Partiendo de los presupuestos de Morgan, establece:

a) Los rasgos generales prehistóricos.
b) Los grados de las uniones gentilicias, conforme los estudios antropológicos efectuados en las tribus de USA.
c) Clasificación de la prehistoria en tres períodos:
   - **Salvajismo:** apropiación de productos directamente de la naturaleza para subsistir.
   - **Barbarie:** aparecen la ganadería y la agricultura, que posibilitan incrementar la producción de la naturaleza por medio del trabajo humano.
   - **Civilización:** evolución del hombre en la elaboración de productos naturales. Períodos de industria y de arte.
d) Siguiendo la teoría de Morgan –quien pasara la mayor parte de su vida con los indios iroqueses (actual estado de Nueva York)– reseña la existencia de un parentesco, en contradicción con los tradicionales vínculos de familia. Pervivía un matrimonio disoluble, por ambas partes, al que denomina "familia sindiásmica". Subsistía la poligamia de un hombre con la poliandria de una mujer. Cada mujer pertenecía, igualmente, a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Señala, como forma más antigua y primitiva de familia, al matrimonio por grupos –donde todos se pertenecían– dejando poco o escaso margen a los celos que impedían la unión de la comunidad. El comercio sexual, sin trabas, permitía –a su vez– eliminar toda clase de incesto. Ese grado de promiscuidad suprimía las inclinaciones individuales, favoreciendo la evolución de los distintos tipos de familias sobrevinientes:

1. Familia consanguínea

Los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y las abuelas son maridos y mujeres entre sí. Lo mismo sucede con sus hijos; o sea, con los padres y las madres.

2. Familia punalúa

Conformó un progreso en la organización de la familia al excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco. Uno o más grupos de hermanas convertíanse en el núcleo de una comunidad y sus hermanos carnales en el centro de otra.

Es decir, cierto número de hermanas carnales eran mujeres comunes, de sus maridos comunes de los quedaban apartados sus hermanos varones. A su vez, estos maridos se llamaban –entre sí– hermanos; aun cuando no lo eran. Significaba "compañero íntimo"; o sea, "punalúa".

Explica, a su modo, que la institución de gens parecería haberse configurado a partir de la familia punalúa.

De este tipo de uniones grupales no podía saberse, con certeza, quién era el padre, aunque sí la madre. De ahí, pues, que la descendencia sólo pudiera establecerse por línea materna y –por consiguiente– únicamente se reconocía a la línea femenina. Todos los miembros del clan tenían un tronco común: la madre.

3. Familia sindiásmica

Matrimonio por grupos, con parejas conyugales –más o menos– estables. No es, ya, la unión de todos los componentes. Ahora, un hombre vive con una mujer, pese a que la poligamia y la infidelidad ocasional seguían siendo un derecho de los hombres. El vínculo conyugal se disolvía fácilmente y los hijos pertenecían, únicamente, a la madre.

De ahí, pues, que la evolución de la familia en tiempos prehistóricos consistirá en la reducción del vínculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal y en el crecimiento progresivo de la idea grupal. Se produce –entonces– una suerte de selección natural que da origen a la pareja, unida por vínculos frágiles.

Empero, esa actividad monogámica no tenía relación con el amor

sexual individual. Por el contrario, la progresiva escasez de mujeres dará origen a lo que Engels denominará como:

- Matrimonio por rapto.
- Matrimonio por compra.

Los interesados (consortes) no intervenían en el matrimonio que, a su turno, era acordado entre los parientes gentiles que hacían regalos a sus similares gentiles de la prometida.

Existía, para tal autor, una economía comunista primitiva que daba predominio y libertad a la mujer con profunda estimación de la figura materna. El hombre, por su parte, era producto de la "gens", donde la vivienda conyugal pertenecía a la mujer. Por ende y por paradójico que parezca, el más desprotegido era el varón.

Este tipo de familia, para Engels, y siguiendo a Morgan, subsistió en América hasta el límite del período de salvajismo y barbarie.

Sin embargo, en Europa aconteció todo lo contrario, ya que la domesticación de animales y la cría de ganado introdujo, tempranamente, mayores niveles de riqueza que eran desconocidos –en análogas etapas– en América. Y esa riqueza, que podría haber pertenecido a la gens, muy pronto pasó a manos particulares: propiedad de los rebaños, enseres de metal, esclavos –como una suerte de ganado humano–, etcétera.

Por su parte, la familia no se multiplicaba tan fácilmente como el ganado y se necesitaba, a su vez, de personas para custodiar esos bienes: el prisionero de guerra serviría para esos propósitos que –además– se reproducía como las reses.

Estos factores económicos y de propiedad privada primitiva terminaron con la "familia sindiásmica" y en la figura de la gens basada en el matriarcado. Ello ocurrió, esencialmente, porque:

- Con arreglo a la división del trabajo, correspondía al hombre procurar alimentos y las herramientas de trabajo y de labranza indispensables que, en caso de separación, se las llevaba consigo. De ahí que el varón resultaba ser el propietario de todos los canales de alimentación, ganado, instrumentos agropecuarios y de los esclavos.
- Sin embargo, sus hijos no lo heredaban, pues –como se indicara–

se mantenía la línea femenina que, según la primitiva ley de la herencia, determinaba que los bienes –en caso de muerte– pasaban a los gentiles (integrantes de la gens) más próximos. Es decir, a los consanguíneos maternos, toda vez que el padre pertenecía a otra gens.

¿Cómo se modificó esta situación?: citando a Bachofen, Engels lo explica de la siguiente manera:

Bastó que, en lo sucesivo, los descendientes de un miembro masculino permanecieran en la gens, mientras que los de un componente femenino salieran de ella, incorporándose a la gens de su padre. De tal modo, se abolió la filiación femenina y el derecho hereditario materno. Tomando palabras de Marx, agregará: "Casuística innata de los hombres, la de cambiar las cosas cambiando su nombre y hallar salidas para romper la tradición, sin salirse de ella, en todas partes donde un interés directo da impulso suficiente para ello".

Este desconocimiento del derecho materno que, para Engels, constituyó la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo, dio lugar al nacimiento del patriarcado, donde el hombre termina por sojuzgar, degradar y esclavizar a la mujer.

Los rasgos sustanciales de esta familia patriarcal no se encuentran en la desaparición de la poligamia sino en el sometimiento a la *auctoritas* del *pater*. Caso típico: la familia romana. Familia, del latín *famulus*, esclavo = conjunto de esclavos bajo la *potestad* de un *pater*. Para afirmar lo dicho, recurre, el autor, al propio Gayo señalando la posibilidad de transmitir la familia, incluso, por testamento. Ello daba lugar al nacimiento de una nueva figura social cuyo jefe (*pater*) poseía un exclusivo poder de vida y de muerte sobre todos sus miembros: *patria potestad*.

Da razón a Marx al sostener que "la familia moderna contiene el germen, no sólo de la esclavitud, sino también de servidumbre. Encierra, en miniatura, todos los antagonismos que luego se desarrollarán en la sociedad y en el Estado".

Hace coincidir este traspaso hacia la familia patriarcal con el nacimiento de la historia escrita.

4. La familia monogámica

Nace, como acotáramos, en el período de transición entre el estadio medio y superior de la barbarie. Se funda en el predominio del hombre, donde el fin expreso de este tipo de sociedad doméstica estará dado por la procreación de los hijos, cuya paternidad no se discute, ya que éstos –en calidad de herederos directos– entrarán, algún día, en la posesión de los bienes del padre.

A diferencia de la familia sindiásmica, y como regla, sólo el hombre podrá romper los lazos conyugales y repudiar a su mujer. Existe, de tal modo, mayor solidez de los vínculos conyugales en comparación con los modelos anteriores.

Al varón se le reconocerá el derecho de infidelidad y se le aceptará, como costumbre, la figura de la concubina, mientras aquella relación no se consume en el domicilio conyugal –conf. Código de Napoleón–. La mujer, por su parte, permanecerá humillada por la figura del varón. En apoyatura de su razonamiento, Engels recrea pasajes de *La Odisea*, donde Telémaco "...interrumpe a su madre y le impone silencio...". Recurre, además, a *La Ilíada* alegando que toda su trama gira en torno a las disputas existentes entre Aquiles y Agamenón a causa de una esclava. Señala que los relatos de Homero, por su parte, versan sobre jóvenes cautivas de las cuales se comparten sus lechos sus vencedores.

La monogamia será obligatoria para la mujer, no para el hombre. De ninguna manera esta familia monogámica nació del fruto del amor sexual individual sino por el cálculo y el interés que dio lugar al matrimonio. Es decir, la primera forma de familia no se basó en condiciones naturales sino económicas, como reflejo del triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva, que sí era espontánea. Hay, por ende, una preponderancia del varón en la familia y en la procreación de los hijos. Incluso, agrega que, en Atenas, el matrimonio era una obligación ante los dioses, impuesta por la ley. Menciona, asimismo, un manuscrito elaborado conjuntamente con Marx, en 1846: "La primera división del trabajo es la que se hizo entre el hombre y la mujer para la producción de los hijos. Fue el primer antagonismo de clases y, simultáneamente, la primera opresión de clases".

Afirma que cada progreso es –al mismo tiempo– un regreso relativo donde el bienestar y desarrollo de uno se sostienen sobre el dolor y la represión del otro.

Pese a tales prevenciones y a la consolidación de la familia monogámica, no desaparecerá la antigua libertad del comercio sexual. Tomando palabras de Morgan, asevera que florece lo que denomina "heterismo" o comercio extraconyugal, que existe junto con aquellos tipos de uniones y en beneficio de los hombres, con mujeres no casadas. Ello dará lugar a la prostitución. Como consecuencia de ello –alude–, la monogamia conlleva, en sí, una doble contradicción:

- La libertad sexual en provecho del varón.
- La aparición de la figura de la mujer abandonada, como producto del adulterio y de la prostitución.

De ahí, entonces, que el referido Código de Napoleón –art. 312–, para poder dar certeza moral a la paternidad, regulara que los hijos concebidos durante el matrimonio tenían como padre al marido.

El matrimonio, fruto de la familia monogámica, no se sustenta –tampoco– en el amor sino en la conveniencia; en la posición social de los contrayentes que –la más de las veces– se convierte en la más vil de las prostituciones y, con mayor particularidad, por parte de la mujer. En efecto, ésta se diferenciará de la cortesana en que no alquila su cuerpo como asalariada, sino que lo vende, de una vez y para siempre, como esclava.

Dirá, citando a Fourier: "Así como en gramática dos negaciones equivalen a una afirmación, de igual manera, en la moral conyugal dos prostitutas equivalen a una virtud".

En lo tocante a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, señalará la desigualdad legal que acarrea este tipo de matrimonio monogámico:

En efecto, en el antiguo hogar comunista, que comprendía numerosas parejas conyugales con sus hijos, la dirección del hogar era confiada a las mujeres. En esa industria colectiva, la obtención de los víveres era misión del varón. Con la aparición de la familia monogámica-patriarcal, se pierde el carácter público del hogar, dando lugar a un "servicio privado" donde la mujer resulta ser la criada principal sin –pese a ello– formar parte de la producción social. Al cumplir con aquel cometido doméstico, la mujer queda excluida del resto de las ramas del quehacer laboral. Es por ello que la familia individual se funda en la esclavitud doméstica –más o menos– disimulada de la mujer:

El hombre es, en la familia, el burgués.
La mujer representa el proletariado.

La única solución a este antagonismo se presentará cuando la mujer logre, para sí, la reincorporación del sexo femenino a todo emprendimiento o actividad humana con el objeto de procurar una efectiva equiparación social. Para ello, empero, será necesario suprimir –con anterioridad– a la familia individual como unidad económica de la sociedad.

Colofón de lo expuesto: hay tres formas especiales de matrimonio que concuerdan o se corresponden con los tres estadios fundamentales de la sociedad humana:

Salvajismo ---------- Matrimonio por grupos
Barbarie ---------- Matrimonio sindiásmico
Civilización ---------- Monogamia (adulterio y prostitución)

Intercala, a su vez, entre el matrimonio sindiásmico y la monogamia –en el estadio superior de la barbarie– la sujeción de las mujeres esclavas a los hombres y a la poligamia. Califica, asimismo, al noviazgo burgués como una "verdadera escuela preparatoria para la infidelidad conyugal".

Pese a todo, augura la existencia de una revolución social donde las bases económicas de la monogamia tenderán a desaparecer. Ello acontecerá a poco que se logren desbaratar las riquezas concentradas en las manos del hombre y la posibilidad –o deseo– que se posee para transmitir esos bienes a sus hijos. La monogamia, como se observa y se señalara, era para el hombre, no para la mujer.

Cuando las riquezas duraderas y hereditarias –como el resto de los medios de producción– se transformen en propiedad social, se diluirán tales preocupaciones y, por ende, la monogamia como factor económico. En tal hipótesis la mujer dejará de ser asalariada y no será necesaria su prostitución –legal o no–. La economía doméstica, por su parte, se convertirá en una cuestión social que cuidará, con esmero, tanto a los hijos legítimos como a los naturales. Las relaciones sexuales serán más libres y la opinión pública menos rigorista respecto de la honra de las mujeres.

La verdadera y única libertad o albedrío del matrimonio monogámico se concretará cuando se aparten del mismo todas las

consideraciones económicas que ejercen una poderosa influencia sobre el consentimiento de los contrayentes. Se mantendrán estos tipos de matrimonios, en la medida en que perviva el amor sexual exclusivista entre el varón y la mujer. Sin embargo, siendo el acceso al amor sexual variable, desaparecido éste será beneficioso el divorcio; tanto para las partes como para el resto de la sociedad. ¿Qué sucederá entonces?

Eso se verá cuando hayan crecido varias generaciones de hombres que no hayan necesitado comprar, a costa del dinero, la entrega de una mujer. Igualmente, de mujeres que no deban rehusarse a entregarse a su amante por miedo a las consecuencias económicas sobrevinientes. "...y cuando estas generaciones aparezcan, mandarán al cuerno lo que nosotros pensamos que deberían hacer. Se dictarán, a sí mismos, sus propias conductas y, en consonancia, crearán una opinión pública para juzgar las conductas de cada uno.".

En definitiva, la familia monogámica significa un progreso, una aproximación a la plena igualdad de derechos de ambos sexos, sin que –empero– ese objetivo se haya logrado. Deberá continuar desarrollándose en la medida en que evolucione la sociedad a fin de obtener su paulatina perfección.

La gens iroquesa

Rescata de Morgan un importante descubrimiento en orden a la familia primitiva, basado en el sistema del parentesco y designados por medio de nombres de animales –ocho gens = lobo, oso, tortuga, castor, garza, cuervo, halcón, becada (ave zancuda)–. Encuentra, en ello, un paralelo con la gens romana (derivado del griego *gigno* o *geno*, engendrar). Relación de descendencia que une a sus integrantes bajo un tronco común. Conjunto de familias que, en el aspecto político, presidió a la *civitas*, poseyendo sus propias normas (*ius gentilicium*) y culto (*sacra gentilicia*), etcétera.

Entiende que la primitiva familia punalúa es una típica clase de gens donde, siendo incierta la paternidad, en estos tipos de familia sólo cuenta la filiación femenina. Como los hermanos no se podían unir con sus hermanas, sino con mujeres de otro origen, los hijos procreados con estas extrañas quedaban fuera de la gens en virtud del derecho materno. La descendencia de los hijos pasaba a la gens de sus madres.

Costumbres de la gens

1) Eligen a su representante para tiempos de paz –*sachem*– y a su jefe militar –*caudillo*–. El *sachem* debía pertenecer a la misma gens; en cambio, el caudillo podía ser de otra distinta. Hombres y mujeres participaban en sus elecciones que tenían que ser ratificadas por las otras gens, para poder ser instaurados en sus cargos –*Consejo Común*–. El poder del *sachem* era eminentemente moral o patriarcal, toda vez que no poseía prerrogativas coercitivas.
2) Precisamente, el Consejo de la Federación Iroquesa podía deponer tanto al *sachem* como al caudillo, quienes –en tales supuestos– quedaban reducidos a simples guerreros.
3) Otra peculiaridad estaba dada por la circunstancia de que ningún miembro de la gens podía casarse dentro de la misma gens. De ahí, pues, que el vínculo que la mantuviese unida era –como se señalara y según Engels– la expresión negativa del parentesco consanguíneo.
4) La propiedad se transmitía a los demás integrantes de la gens, de modo tal que no salía de ella. La tierra, por su parte, se dividía entre los gentiles más próximos al difunto y del siguiente modo:

   Si era varón: entre sus hermanas y hermanos carnales y el hermano de su madre.

   Si era mujer: entre sus hijos y hermanas carnales, quedando excluidos los hermanos. Por tal motivo, ni el marido heredaba a la mujer, ni viceversa. Tampoco los hijos heredaban a sus padres.
5) Existía una ayuda mutua y común protección entre todos sus componentes. El daño a uno de sus miembros significaba un daño colectivo que incumbía a toda la gens. Principio de responsabilidad colectiva. (Ver *acciones noxales* del Derecho Romano y la figura de la *mancipatio*, como manera –esta última– de eludir la responsabilidad personal).
6) Cada gens tenía nombres propios. La nominación gentilicia incluía, por ende, los derechos gentilicios.

Comparar con:

Ciudadanía romana (*Tría nómina*)	**Preanomen:** nombre individual o de pila. **Nomen o nomen gentilium:** nombre de la gens. **Cognomen:** apellido de cada rama particular de la gens o nombre de familia (hereditario). **Agnomen:** apodo.

Ej.: *Publius Cornelium Scipio, Africanus*. Vencedor de Aníbal en Zama.

7) Era factible la adopción de extraños a la tribu (por ej.: prisioneros de guerra) que ingresaban –generalmente– como hermanos o hermanas del grupo o como hijo de una mujer. La admisión debía ser aprobada por la Asamblea Pública en acto solemne y religioso. Luego era ratificada por el Consejo de la Tribu. Se dieron casos, incluso, de adopciones colectivas de miembros de una gens a otra.
8) Cada gens tenía su culto que era presidido por los denominados "guardianes de la fe" (sacerdotes).
9) Poseía, cada gens, un lugar común de inhumación donde la fila de tumbas era encabezada por la correspondiente a la madre y continuada, luego, por la de sus hijos con exclusión del padre de ellos.
10) Su organización social comprendía: un Consejo o una Asamblea Pública de todos sus miembros (hombres y mujeres adultos) que elegía y removía a los *sachem*, caudillos y guardianes de la fe y resolvía, entre otros aspectos, respecto de los tipos de venganzas o precios de sangre que debían implementarse, adoptaba extranjeros, etcétera.

Siguiendo la idea de Morgan, relata que, contemporáneamente con el descubrimiento, muchas gens se unen en hermandad o *fratrías* (equiparable a su equivalente griego = confederación de gens). Asumieron, incluso, este tipo de fratrías, características bélico-militar de auto-defensa –similares a las advertidas entre los griegos y los germanos–. El conjunto de fratrías, a su turno, dará nacimiento a la *tribu*. Es decir:

1. Territorio y determinación propios.
2. Dialecto particular a cada comunidad.
3. Ideas religiosas (mitología) y cultos comunes: politeístas, con culto a la naturaleza.
4. Elegían a sus representantes: *sachem*, caudillos, etcétera.

Esto lo lleva a decir, citando a Morgan, que "los indios eran, a su manera bárbara, un pueblo religioso".

Encuentra, finalmente, un estadio superior: la Confederación Iroquesa o unión de varias tribus consanguíneas que:

a) Poseía un Consejo Federal de cincuenta *sachem*, de igual rango que decidían por unanimidad.
b) Existían dos jefes de guerra (figuras análogas a los cónsules de Roma o los reyes de Esparta).

Lo expuesto, continuando con el pensamiento de Engels, denota una evolución que nace de la gens –como unidad social– la fratría y la tribu que no llegan a conformar un estado (según la concepción moderna), pues –éste último– presupone un poder público particular y separado del conjunto de sus miembros. Por el contrario, señala dicho autor, la sencillez de la gens –sin soldados, reyes, policía, nobleza, etc.–) permite mantener viva una colectividad que soluciona todos los conflictos. Serán los propios interesados quienes resuelven los problemas que les incumben, con apoyo en una economía común que, a todos, protegía y les daba sustento. En su seno no podían existir ni pobres ni necesitados, pues la propia gens se encargaba de todo. No había, como se observa, clases sociales, sino –por el contrario– igualdad absoluta de derechos. Rezonga, en ese orden de ideas, en lo atinente a la actual modernidad al indicar la enorme diferencia que emerge entre el proletariado o asalariado de nuestros días, con la plena libertad reinante en la antigua gentilidad iroqués.

Sin embargo, procura explicar el fracaso de esa organización a partir de su estadio final en Confederación de Tribus que, según su cosmovisión, termina precipitando su decadencia. Es así, continúa, que la idea de los iroqueses de someter a otras tribus dio lugar a lo que denomina "... intereses más viles..." , como resultaron ser: la codicia, la brutal avidez de poder, avaricia, robos de la propiedad común, etcétera. Ello da origen a la sociedad de clases que socava la austeridad –sin estamentos o divisiones– de la antigua gens, donde "...el desarrollo de una ínfima minoría se logrará a expensas de la explotación de la mayoría...".

La gens griega

Da por sentado que, en tiempos prehistóricos, los griegos estaban constituidos en análoga forma a la relatada para los indios americanos. Pese a ello, cuando aparece en la historia, la gens griega no es equiparable a la primitiva gens iroquesa, ya que el matrimonio por grupos se había borrado notablemente y el derecho materno había cedido paso al derecho paterno. Empero, coincidiendo con Marx, dirá: "Detrás de la gens griega se reconoce al salvaje iroqués".

Identifica, siguiendo la historia griega de Grote, la cohesión griega en base a:

1) Dioses y solemnidades propios que descienden de un progenitor común de la gens. Inhumaciones, también, comunes –conf. cita de Demóstenes, *Contra Eubúlides*–.
2) El conjunto de fratrías –tribu– era presidido por un *filobasileus* (jefe de tribu) elegido entre los nobles (*eupátridas*). También designaban a sus *arcontes* (magistrados, cuya denominación nace a partir de aquel a quien se confiara el gobierno de Atenas, después de la muerte del rey Codro).
3) Derecho hereditario recíproco.
4) Descendencia por derecho paterno.
5) Asistencia, socorro y ayuda mutua entre las fratrías.
6) Prohibición de matrimonio dentro de la misma gens. La mujer, por matrimonio, renunciaba a los ritos religiosos de su gens y adoptaba los de su marido.
7) Derecho de adopción en la gens, mediante la incorporación de la propia familia bajo rituales y solemnidades públicas.

Niega lo afirmado por Mommsem –quien concibiera a la gens como un conjunto de familias–, pues entiende que esta última nunca existió en Grecia –en su condición de célula orgánica social– toda vez que el marido y la mujer pertenecían, por necesidad, a dos gens distintas. Rezonga, incluso, explicitando que la gens entera ingresaba a la fratría y ésta a la tribu. La familia, por su parte, era incluida a medias en la gens del marido y, de igual modo, en la gens de la mujer. Incluso cuestiona al citado Grote (coincidente con Mommsem) recurriendo al propio Marx para aseverar que "...Aun cuando los griegos hacen derivar sus gens de la mitología, no por eso dejan de ser esas

gens más antiguas que la mitología, con sus dioses y semidioses, creados por ellos mismos".

La fratría, por ende y para Engels, era –al igual que lo acontecido entre los indios americanos– una gens madre escindida en varias gens hijas, a las cuales servía de lazo de unión y que –a menudo– las hacía, también, a todas descender de un antepasado común. Todas las gens, por lo tanto, eran *gens hermanas* con una peculiar organización militar. En apoyo de este razonamiento, cita a Homero, en el célebre pasaje donde Néstor aconseja a Agamenón, diciéndole "...coloca a los hombres por tribus y por fratrías, para que la fratría preste auxilio a la fratría y la tribu a la tribu....".

Es por ello que sostenga que la reunión de varias fratrías emparentadas entre sí, dé lugar a la tribu. Éstas poseerán:

a) Una autoridad permanente = el Consejo, formado –inicialmente– por los jefes de las gens y, más tarde, por individuos electos que darán ocasión para desarrollar y reforzar un elemento aristocrático. Con el advenimiento del Estado, este Consejo se convertirá en el Senado.
b) Asamblea del Pueblo (*ágora*) a la que asimila, en su funcionamiento, a la existente en el pueblo iroqués y en los primitivos germanos.
c) Jefe Militar (*basileus*), a quien Engels le desconoce sucesión hereditaria y entendiendo que este personaje era elegido por el pueblo y confirmado por el *ágora*. Era el comandante de las tropas en época de guerra, con atribuciones religiosas y judiciales.

Manifiesta, asimismo, Engels que la decadencia de la antigua organización de la gens griega estará dada por el derecho paterno –que incluía la herencia de la fortuna en favor de los hijos– creando en las familias un poder distinto de la propia gens. Afirmará que esta circunstancia "...será el germen de la nobleza hereditaria y de la monarquía...". A ello le adosará el atesoramiento de las fortunas contra la tradición comunista de la constitución gentil que consagrará la propiedad privada como un supremo bien. La culminación de este proceso de opresión se consumará cuando se "...inventa el Estado...".

Génesis del estado ateniense

Toma como modelo de esta evolución (involución, para el autor) el proceso que se inicia con la primitiva organización griega hasta llegar al Estado ateniense.

De ahí que, a causa de la pujante actividad comercial de las antiguas fratrías, del comercio marítimo en el mar Egeo (principalmente fenicio) y de la creciente división del trabajo, se desequilibra la primigenia constitución gentilicia. Nace, entonces, un sistema de derecho popular que le es –virtualmente– impuesto al ciudadano ateniense, por encima de las costumbres jurídicas de las tribus y de las gens; incluso extendida sobre los territorios que excedían su original jurisdicción.

El segundo eslabón de decaimiento estaría dado, para dicho autor, por la segmentación del pueblo en clases –atribuido a Teseo: *eupátridas* o nobles; *geómoros* o agricultores y *demiurgos* o artesanos–, sin tener en cuenta a las gens, fratrías y tribus y con derecho exclusivo de la nobleza para acceder a los cargos públicos.

En tiempos de Solón la autoridad de la aristocracia aumentó considerablemente hasta ser insostenible hacia el año 600 a.C. El régimen monetario, por su parte, en pleno desarrollo "...penetró como un ácido corrosivo en la vida tradicional, en las comunidades agrícolas que se encontraban basadas en una economía natural...". Los atenienses –inventores de las hipotecas y de las letras de cambio– terminaron por consumar la explotación, en manos de la nobleza, de los agricultores. Recrea Engels, como figura de esta época, la imagen de los "postes hipotecarios" clavados sobre las campiñas del Ática, como modo de señalizar los campos gravados por deudas. Incluso, acota, los arrendatarios, ante la imposibilidad material de saldar sus deudas, debían vender a sus hijos para afrontar la cancelación de las cuotas emergentes. Tal situación, advierte, era impensada en los pueblos iroqueses, donde todos eran administradores de su propia producción.

La aparición, por ende, de la propiedad privada concluyó transformando los *productos* en *mercancías*, provocando que los agricultores dejaran de ser dueños de sí mismos. Más tarde, con la consolidación del dinero, como mercancía universal, dará origen al nuevo poder social de la riqueza, la usura y la consecuente explotación. Mientras tanto, al compás de esta evolución, el Estado se hacía

cada más rígido, poderoso y opresor, creando sus propias fuerzas militares –especialmente naval y policial–.

Se dividirá el territorio en circunscripciones (*naucracias*) que debían suministrar, enviar y tripular los barcos de guerra, con provisión de los hombres que les sean necesarios. Ello aparejará, según Engels, una doble y negativa consecuencia:

- Creación de una fuerza pública opuesta al pueblo armado.
- División del pueblo, no con arreglo a los grupos consanguíneos, sino en concordancia con la residencia común de cada circunscripción.

Se quejará de Solón –594 a.C.– por haber sido el autor de la fractura de la sociedad ateniense en base a la propiedad privada, donde los derechos y deberes de sus ciudadanos se determinaban acorde a la importancia de sus posesiones materiales. El comercio y los oficios –incluidos los artísticos– llegarán a ser los más relevantes. La explotación humana, por su parte, se centralizará en los esclavos –cada vez más numerosos– y en los clientes no atenienses.

A su vez, poco o nada quedará de las gens y de las tribus, cuyos miembros harapientos vivían entremezclados por todo el Ática, y culminará con la revolución de Clístenes –509 a.C.–, derribando todo vestigio de la constitución gentilicia.

A partir de allí todo el territorio se fragmentará en municipios (*demos*), donde los ciudadanos (*demotas*) elegirán a su jefe (*demarca*) y a su tesorero. También poseerán templos propios y dioses protectores de cada sector (*héroes*) que ellos mismos nombrarían. El poder supremo pertenecerá a la Asamblea de los Demotas.

Coincidiendo con Morgan, señala que "...el Estado naciente tuvo por punto de partida, en Atenas, a la misma unidad que distingue al Estado moderno en su más alto desarrollo...". Sin embargo, el rápido vuelo que tomó la riqueza y el antagonismo de clases sobreviniente, especialmente entre esclavos y hombres libres, entre clientes y ciudadanos, terminó por corromper a la sociedad. A su criterio, Engels entiende que no fue la democracia lo que condujo a Atenas a la ruina, sino la esclavitud –y, por ende, la explotación– que proscribía el trabajo de los ciudadanos libres. De tal modo, éstos resultaron empobrecidos por la acumulación de dinero y fortuna en pocas manos. De ahí, pues, que al no poder competir personalmente con el trabajo de los

esclavos (considerado deshonroso y, además, con poco provecho) se transformaron en mendigos.

O sea que, para Engels, la formación del Estado ateniense es un típico modelo de configuración de un Estado general, ya que se concretó sin que intervinieran invasiones exteriores ni violaciones interiores y que brota –directa y más perfeccionadamente– de una gens.

La gens y el estado en roma

Tomando el correlato argumental de la leyenda de la fundación de Roma, el primer asentamiento se efectuó en base a las "gens latinas", reunidas en forma de tribu a la que se le incorporarán las otras dos restantes (sabinos y etruscos).

En realidad, para dicho autor, la gens romana era una institución idéntica a la griega, pero más desarrollada. Se componía de la siguiente manera:

10 Gens = una Fratría; o sea, una Curia.
10 Curias = una Tribu
Tres Tribus = Populus Romanus

Características

1) Derecho hereditario: quedaba siempre dentro de la gens, con fuerte sustentación paterna. Primero heredaban los hijos, luego los *agnados* (parientes por línea masculina) y, finalmente, los gentiles.
2) Solemnidades religiosas comunes: *Sacra gentilis*
3) Obligación de no casarse dentro de la misma gens.
4) Derecho del nombre de cada gens; asistencia y socorro mutuos entre sus miembros.
5) Derecho de adoptar a extraños en la gens.

Excepto por el paso al derecho hereditario paterno, según Engels, en esta institución "...se advierte nítidamente a la gens iroquesa...".

Critica, a su vez, duramente a Mommsen en lo atinente a su idea de la *gens endógama* (la mujer podía, en principio, casarse únicamente con otro integrante de la misma gens) y que, para que aconteciera lo contrario, se necesitaba el consentimiento de la persona autorizada y de toda la gens.

Rescata, para sustentar su razonamiento, un pasaje de Tito Livio, según el cual el Senado romano (186 a.C.) permitió a una liberta (Fecenia) casarse fuera de la gens, si su difunto esposo lo hubiera aceptado por testamento.

Desde la nueva constitución social, atribuida a Servio Tulio –apoyada en modelos griegos, en especial de Solón–, se provoca una honda fractura en el seno de la antigua organización social, ya que, a partir de ello, la división de clases se basará en la fortuna de sus componentes:

- 1ª Clase = 20 yugadas (80 centurias)
- 2ª Clase = 15 yugadas (20 centurias)
- 3ª Clase = 10 yugadas (20 centurias)
- 4ª Clase = 5 yugadas (20 centurias)
- 5ª Clase = 2 yugadas (30 centurias)

A la primera clase, incluso, se le adosaban 18 centurias correspondientes a la caballería (*equites*) con lo que se aseguraba la supremacía *patricia*. Por su parte, aquellos que no figuraban en el censo porque no alcanzaban a tener la fortuna territorial mínima (2 yugadas) se los tendría en cuenta por la propiedad mobiliaria, y a los restantes, que nada poseían, se los consideraba *proletarios* (su persona y su descendencia = su prole).

De este modo existían cinco centurias más y fuera del censo:

- Dos que formaban la banda del ejército.
- *Tubicines*: tocaban la flauta
- *Cornicines*: tocaban cuernos y trompetas
- Dos que actuaban como armeros y carpinteros del ejército: *fabris*
- Una (1) proletaria

La fuerza pública quedará en manos de los ciudadanos sujetos al servicio militar, excluidos los proletarios, quienes, asimismo, se encontraban privados del derecho de llevar las armas.

Con la caída de Tarquino –*El Soberbio*–, último rey en la historia de Roma, el poder será reemplazado por dos jefes militares –*cónsules*– que se asemejará a los atributos que tenían los caudillos iroqueses.

Concluye explicitando que el reparto de tierras, la disolución de la nobleza patricia y el advenimiento de los nuevos propietarios adi-

nerados provocará el despoblamiento de Italia, que permitirá, a la postre, el ingreso de los bárbaros germanos.

La gens entre los celtas y entre los germanos

Rescata, al igual que en los ejemplos anteriores, la existencia de la formación de una gens entre los celtas. Alega que, tanto en Irlanda como en Escocia –siglo XVIII– y hasta que estos últimos sucumbieran ante el poder inglés, pervivió este tipo de conformación social.

Recrea que, en la antigua Gales y hasta el siglo XI, el cultivo de la tierra era común a aldeas enteras, dándose el caso –incluso– de matrimonios monogámicos. Dichas uniones se consolidaban a partir de los siete años de convivencia común. Antes de ese período, tanto el varón como la mujer podían separarse, repartiéndose –por partes iguales– tanto los bienes como los hijos. Por el contrario, pasado ese lapso, se transformaban en marido y mujer, sin necesidad de previo matrimonio formal. En Irlanda, acota, estos matrimonios temporales ("...muy en curso...") permitían a la mujer gozar de ciertos privilegios y de remuneraciones por los servicios domésticos prestados. No había, entiende, distinción entre hijos naturales y legítimos en la faz hereditaria, por lo que asimila esta situación a la de los matrimonios de América del Norte.

Destaca que, ante la muerte de un miembro de la gens, se disolvía su hacienda y se la distribuía entre los demás hogares. Por su parte, los campesinos o colonos individuales de la tierra común de la gens pagaban un arrendamiento para reunir a todas las parcelas de laboreo y dividir las mismas según su calidad y emplazamiento. Sistema denominado *rundale* (similar al germano).

Encuentra en esta remota organización vestigios de la familia punalúa, con validez de la herencia por línea femenina. El jefe del clan o rey poseía el "derecho de pernada", en calidad de último representante de los maridos comunes de antaño, si no había redimido a la mujer por rescate.

En lo concerniente a los germanos, señala que los mismos, primitivamente, estaban establecidos por gens y por estirpes *gentibus* que alcanzaba a todos ellos. Se remite a la denominación general de la gens bajo el concepto gótico de *kuni*, derivativo de *kuning* = rey = jefe de tribu o de gens. Da por sentando, por ende y al igual que entre los griegos y los pueblos de América del Norte, una organización gentilicia.

Recurre a Tácito, al decir que en esa etapa y entre los germanos, el derecho materno había sido reemplazado por el derecho paterno y los hijos heredaban del padre. A falta de ellos lo sucedían los hermanos y tíos de ambas líneas. Sin embargo, en la época prerromana, tenía vigencia el matriarcado y destaca como muestra de aquella situación el respeto que poseía la mujer. En tal sentido, expresa, las doncellas jóvenes de las familias nobles eran catalogadas como rehenes muy seguros en los tratos con los romanos. La idea de ser cautivas o esclavas era, para los germanos, un hecho terrible atento la cualidad sagrada o de profetizas que ellas tenían –ej.: Veleda, sacerdotisa que hizo vacilar la dominación romana en las Galias–. La autoridad materna era indiscutible, a su vez, en la casa.

El matrimonio, entiende tal autor, no tenía entidad monogámica sino que, por el contrario, era por parejas, admitiéndose la poligamia. Refuta a Tácito, quien indicara que el adulterio de la mujer era el único motivo de divorcio, para señalar que esa causal, en definitiva, no era más que "...un espejo para cubrir una corrompida virtud de los romanos...".

La formación de las gens dará lugar a un cultivo común de la tierra en favor de "... comunidades familiares comunistas...", con repartos periódicos o anuales de cultivos. Toma palabras de César para decir que entre los suevos "...no hay especie de campos divididos o particulares...". Engels plantea, no tan sólo la forma en que se adquiría la propiedad, sino también el cultivo y la cuenta común de la misma. Era, por ende, un pueblo que acababa de acceder al estadio superior de la barbarie, conforme esquema inicial.

Citando a Tácito, encuentra un Consejo de Jefes (*Príncipes*) que decidía en asuntos menores y que preparaba los más importantes para ser votados en la Asamblea del Pueblo, que era, en resumen, quien ejercía el verdadero poder. Poseía, este tipo de asamblea popular, la función de Tribunal de Justicia. Es decir, según Engels, "...la colectividad era el juez entre los germanos...".

A partir de los tiempos de César se habrían configurado, continúa, confederaciones de tribus, con presencia de reyes –igual que entre los griegos y los romanos–, con tendencia –de parte de aquéllos– hacia una clase de tiranía que debilitaría, en conclusión, los lazos de las originarias gens. Destaca que la aparición de una nueva institución será la que contribuirá al advenimiento de la monarquía: *las mesnadas* (similares que las existentes, a su turno, entre los pieles

rojas americanos): especie de compañías particulares creadas para combatir, por su cuenta y riesgo. Acontecía, por ende, que un jefe guerrero famoso unía o reclutaba una banda de individuos, ávidos de botines, a los que organizaba jerárquicamente y obligaba a mantenerle fidelidad. Esto constituyó, para dicho autor, la "...ruina de la libertad popular..." porque:

- Favoreció la implementación del futuro poder real.
- El estado de cohesión de estas fuerzas sólo subsistía por medio de continuas guerras que debían conformarse o de expediciones de rapiña que se instrumentaban.

Incluso, este tipo de fuerzas combatiría bajo el emblema de las águilas romanas, contra los propios germanos.

Pasada la época del Imperio Romano, tales mesnadas formarán el elemento principal de la incipiente nobleza que –luego– sería destruida con el surgimiento del Estado, que ocuparía su lugar.

La formación del estado de los germanos

En todos los sitios donde el idioma griego no ofreció resistencia, las lenguas nacionales cedieron paso a un latín corrupto de los romanos, desapareciendo los diversos regionalismos. La administración y el derecho romano disolvieron las antiguas uniones gentilicias y todos los vestigios de independencia local.

Al decir de Engels, la flamante ciudadanía romana conferida a todos los habitantes no daba –empero– ninguna compensación; es más, sólo indicaba la carencia de nacionalidad. La enorme conglomeración humana de aquellos territorios no tenía otro vínculo, para mantenerse unida, que el Estado Romano, que era –a su vez– el peor enemigo y su más cruel opresor.

Los delitos de los gobernantes, las recaudaciones de impuestos y la presencia de soldados sumían a la masa en una angustiante pobreza, cuyo número aumentaba a medida que declinaba el Imperio.

El cultivo y la agricultura también fueron distorsionados. Se entregaban pequeñas parcelas a colonos o "aparceros" que las arrendaban a cambio de una contribución anual fija. Estos colonos quedaban sujetos a la tierra y podían ser vendidos, incluso, con las propias parcelas. Si bien no eran esclavos, propiamente dicho, tampoco eran li-

bres, ya que no podían casarse con mujeres libres y sus uniones eran consideradas como simples adulterios –*contubernium*–. Fueron los precursores de los siervos de la época medieval.

La esclavitud, asimismo, era insuficiente para realizar las tareas indignas que catalogaban los hombres libres. Sin embargo, aquel tipo de sometimiento humano no producía más de lo que irrogaba su manutención. Agrega el autor que ni el propio cristianismo colaboró con su extinción, ya que no impidió –a su turno– el comercio de esclavos en América del Norte, ni la trata de venecianos en el Mediterráneo, ni de negros del África. La esclavitud desapareció en Roma, finaliza, porque producía menos de lo que costaba.

Se conformó, entonces, un callejón sin salida: siendo la esclavitud económicamente improductiva y el trabajo moralmente proscripto para los hombres libres, sólo era posible una revolución radical.

Los germanos invadieron su propio territorio y se repartieron sus antiguas tierras, según el orden de las primitivas gens –fragmentadas, como se sabe, por partes iguales–; los bosques y las pasturas permanecieron indivisos para uso colectivo. Ello favoreció la integración entre bárbaros y romanos, eliminándose el carácter familiar atento el alcance territorial de dichas divisiones.

Sin embargo, debía reemplazarse la administración romana y la sustitución del poder de aquel estado. El representante más idóneo para tal circunstancia resultó ser un jefe militar que asegurase la paz interior y la exterior. Había llegado el momento de transformar el mando militar en una monarquía.

Respecto del imperio de los francos, aconteció algo similar. Las propiedades del pueblo se convirtieron en dominios reales o en concesiones feudales ("feudos") para personas del séquito real. Así se sentó la base de una nueva nobleza a expensas de la población. Por su parte, las continuas guerras civiles y de conquista terminaron por arruinar a los campesinos libres, que constituían la mayor parte del pueblo franco. A comienzos del siglo IX, el ejército debió ser integrado con vasallos de la nueva nobleza que terminó diezmando al campesinado. Cincuenta años después de Carlomagno, el imperio franco fue dominado por los normandos, quedando en análoga situación a la que habían padecido, con anterioridad, a manos de los romanos.

Empero la posición social de estos pueblos no mejoró: los campesinos francos, totalmente arruinados, debieron colocarse bajo la protección de la floreciente nobleza entrante o de la Iglesia. Por su parte,

los galos se vieron forzados a transferir sus tierras al señor feudal ("patrono"), de quien la volvían a recibir, pero, esta vez, en forma de arriendo. Al cabo de pocas generaciones, acabaron todos como siervos dependientes y sin libertad individual. Este estado de cosas, al decir de Engels, corrobora dos cosas:

- Que la diferenciación social y el reparto de la tierra, en época del Imperio Romano agonizante, se correspondía con el desarrollo de la agricultura y la industria.
- La producción no experimentó ningún ascenso en los 400 años subsiguientes, generando la misma distribución de la propiedad y las mismas clases de población.

Las inmensas experiencias de Carlomagno habían desaparecido –villas imperiales– y sólo pervivían –con alcance excepcional– en las comunidades conventuales de la Iglesia Católica, que únicamente beneficiaban a sus propios miembros.

Destaca, no obstante, algunos progresos como era: la extinción de la esclavitud y de los libres que despreciaban el trabajo. Además, entre el colono romano y el nuevo siervo, había vivido el libre campesino franco que consumó una gran novedad: las nacionalidades modernas que rejuvenecerían a Europa.

Será, pues y para tal autor, la valentía personal, el espíritu de libertad y el instinto democrático los que contribuirían a la supremacía germana. Entiende que algunas regiones (Alemania, norte de África e Inglaterra) salvaron el régimen genuino de la gens, transportándolo al estado feudal que, en definitiva, les daría cohesión. Por último, acota, mantuvieron una servidumbre mitigada, superadora de la opresión romana y que, con el paso del tiempo, les permitió su emancipación como clase.

Toda la fuerza y vitalidad que los germanos aportaron al mundo romano, era **barbarie** –conf. clasificación anterior– y que, a la postre, se elevó por sobre la senilidad romana.

Barbarie y civilización

Explicitado el curso de disolución de la gens, en base a los casos comentados –griegos, romanos y germanos– aborda, ahora, Engels, las condiciones económicas generales que, en el estadio superior de la

barbarie, minaban la organización gentilicia y viabilizan el advenimiento del período de la **civilización**. Toma, para ello y como apoyo de su razonamiento, tanto *El Capital* de MARX, como el aludido libro de Morgan. Su punto de partida es, por ende, la etapa superior del **salvajismo** hasta el período inferior de la **barbarie** y cita como ejemplo la experiencia de los pieles rojas americanos.

La sencilla comunidad gentilicia, y su ulterior evolución en tribus y confederaciones de tribus, es –para el autor– un "agrupamiento espontáneo" apto para allanar todos los conflictos, donde no tenían cabida ni la dominación, ni la servidumbre. No había diferencias entre derechos y deberes, ni de clases sociales. Algo similar acontece con la división del trabajo que, igualmente, es espontánea. Si bien hay distinciones de sexos, cada uno es el amo de su dominio o actividad: el hombre guerrea, caza, pesca y provee las materias primas del alimento. La mujer, por su parte, es la encargada de los trabajos domésticos y caseros. La economía doméstica, empero, es comunista y, a menudo, abarcativa de varias familias. Lo que se hace o produce se utiliza en provecho de todos. La propiedad, en definitiva, es fruto del trabajo personal.

Sin embargo, con la domesticación de los animales amanece lo que define como *la primera división social del trabajo* que les permitió a tales pueblos consumar el intercambio de los víveres excedentes. Las tribus de pastores utilizaban esa mercancía (ganado) como virtual dinero o moneda de cambio. A ello se les agregaron, luego, los productos de la agricultura –primero– y los derivados de los metales –después–. La fuerza del hombre se hizo capaz de crear más elementos que los indispensables para su manutención. Con ello aumentó el trabajo y la necesidad de convocar más individuos dedicados a ello: la guerra, a su turno, les suministró los prisioneros que terminarían como esclavos. De ahí, entonces, que de la primera división del trabajo emergió la primera escisión social: señores y esclavos; explotadores y explotados.

En el seno familiar sucedió algo parecido: del "salvaje" guerrero y cazador –que ocupaba, en el hogar, el segundo lugar luego de la mujer– se pasa al pastor, engreído de fortuna, que relega y desplaza a aquélla de su principal posición. La misma causa que anteriormente le había asegurado a la mujer su inicial supremacía en la casa le garantizaba, ahora, la preponderancia del hombre en el hogar. De ello se desprende, para Engels, que la emancipación de la mujer nunca se logrará en la medida en que ésta no pueda participar, en escala social, de la producción.

Con el descubrimiento y la utilización de los metales –etapa superior del período de la **barbarie**–, el hombre no sólo se adueña de la espada y de la lanza, sino también del arado. La riqueza aumenta –ahora– con gran rapidez, pero en forma individual. La agricultura, por su parte, proporcionará además de los granos, legumbres, aceite, vino y frutas; una nueva realidad: la especialización del laboreo humano en oficios. Este hecho constituirá, para Engels, "la segunda gran división del trabajo".

Tal circunstancia estará dada por la aparición de los oficios, separados de la agricultura y donde la esclavitud resultará fundamental para este sistema social entrante. Con ello nace, asimismo, la producción como elemento directo de cambio no únicamente hacia el interior, sino hacia el exterior de las tribus. La diferencia entre ricos y pobres se agudiza, al igual que entre libres y esclavos. Esta desproporción destruirá las antiguas comunidades comunistas domésticas poniendo finiquito al trabajo grupal y personal de la tierra.

Con ello, la familia doméstica –dueña de los terrenos cultivables– se convierte en la *unidad económica de la sociedad*. Asimismo, el aumento de la población requirió la existencia de lazos más estrechos en el seno de tales pueblos. El jefe militar –*rex, basileus,* etc.– será, pues, un funcionario permanente y necesario. A su lado, el Consejo y la Asamblea del Pueblo darán lugar a la "democracia militar" emergente de la primitiva sociedad gentilicia. El saqueo a los vecinos, por su parte, y ante el crecimiento de la codicia, será más fácil y hasta más honroso que el trabajo productivo.

La conformación de la ciudad amurallada, cada vez más conveniente (al igual que los fosos circundantes) para lograr seguridad, terminará con la antigua composición gentilicia. El poder del jefe militar se acrecentaba y sus sucesores serían, de ahora en más, designados con alcance hereditario. Lo mismo en las familias, donde el derecho paterno dará sustento a la sucesión hereditaria.

Parafraseando a Marx, dice que tal evento nunca habría acontecido "si la diferencia de bienes en el seno de la misma gens no hubiese transformado la comunidad de intereses en antagonismos entre sus miembros", a lo que adosa la esclavitud como medio indigno de subsistencia.

Al comenzar el análisis del período de la **civilización**, incorpora un nuevo elemento distintivo. En esta etapa se consolidan las divisiones de trabajo ya existentes, acentuándose el contraste entre el campo y la ciudad que dará origen a otra clase social: la de *los mercaderes*.

Es decir, un sector que, sin participar en modo alguno en la producción, avasalla económicamente a los productores. Serán los intermediarios que explotan a todos, bajo el pretexto de desembarazar a los campesinos de las fatigas y el riesgo del cambio, de las salidas y el traslado de sus productos, etcétera. Atesorarán estos individuos, rápidamente, grandes fortunas con el consecuente crédito e importancia social. Con esta clase de mercaderes aparecerá el dinero metálico –moneda acuñada– como medio dominador de todas las mercaderías. Es más, representará la mágica posibilidad de transformar a voluntad todas las cosas deseables. Todas las demás formas de riqueza sucumbirán ante este nuevo símbolo.

Detrás del dinero, universalmente aceptado, vinieron los préstamos, los intereses, la usura, etcétera. Recrea, Engels las terribles legislaciones de la antigua Atenas y de Roma. Junto a la bonanza en mercaderías y esclavos, fortuna y dinero, emerge la riqueza territorial con el subsecuente derecho de posesión de las parcelas, con alcance hereditario.

Habiendo desaparecido las trabas que correspondían a la propiedad gentilicia –prohibición de enajenación, ya que eran un territorio común– el suelo se convierte en una nueva mercancía susceptible de vender, arrendar o hipotecar. "Así como el heterismo y la prostitución pisan los talones a la monogamia, de igual modo y a partir de este momento, la hipoteca se aferra a los faldones de la propiedad inmueble".

Como consecuencia de ello, de la extensión del comercio, del dinero, de la usura y de la concreción de las hipotecas, la riqueza se concentra en pocas manos y empobreciendo a muchos individuos. La emergente aristocracia –que no coincidía con la antigua nobleza tribal– acabó por arrinconar a esta última.

¿Cuál fue, para Engels, la suerte de la gens en esta revolución social?

Sabido es, para tal autor, que la primigenia y esencial condición para la existencia de la gens era que sus miembros se pudieran reunir en un mismo y común territorio que –exclusivamente– habitaban. Sin embargo, esta situación se había modificado sustancialmente, pues las continuas movilidades y cambios de domicilio sobrevinientes a causa del comercio, de una nueva actividad o por las enajenaciones de la tierra (debido a las hipotecas imposibles de saldar) atentó contra aquellas uniones gentilicias. Sólo subsistirían para cuestiones menores: cultos religiosos y con cierta limitación.

Las pujantes relaciones laborales, los oficios, la dispersión entre campo y ciudad tenían que desarrollarse, necesariamente, fuera del ámbito natural de las gens y –por lo tanto– contra ellas. En definitiva, el régimen de las gens –fruto de una comunidad que no conocía de antagonismos– no era el adecuado para una sociedad de clases, dividida entre ricos y pobres o explotadores y explotados. Este sistema sucumbió irremediablemente y fue reemplazado por el *Estado.*

Para Engels, el Estado se alza sobre la ruina de la gens. Atenas será un ejemplo de ello, nacida por la confrontación de sus clases. Roma, a su turno, pasará de una sociedad gentilicia a una aristocracia armada, en medio de una plebe numerosa que –luego de muchos años de lucha– terminará por consolidar el Estado. Algo análogo acontece entre los germanos, vencedores del Imperio Romano, sumidos en conflictos económicos insolubles e irreconciliables, concluirán creando un *orden* edificado por encima de la sociedad que habían modelado.

Ese *Estado* se caracterizará –en primer lugar– por agrupar a sus súbditos según *divisiones territoriales* que superarán a las asociaciones gentilicias, unidas por el vínculo de sangre. El segundo rasgo distintivo será la aparición de una *fuerza pública*, en contraposición al pueblo armado. Esta fuerza necesitará, además, de otros medios coercitivos que la sociedad gentilicia no conocía: cárceles, policías y represión. Para sostener estas fuerzas y sus aditamentos, será imprescindible la contribución de los ciudadanos: aparecen *los impuestos* (inexistentes en la sociedad gentilicia).

Dueños de la coerción y del derecho a recaudar, los *funcionarios* –como verdaderos órganos de la sociedad estatal– emergen encaramados, incluso, por encima del propio Estado y como seres extraños a la sociedad misma. Engels dirá: "el más despreciable polizonte del Estado civilizado tendrá más autoridad que todos los órganos del poder de la sociedad gentilicia reunidos".

Además, con el Estado "nacerá el antagonismo de clases, donde la económicamente más poderosa será la políticamente dominante". De ahí que el Estado moderno sea el instrumento del que se sirve el capital para explotar al trabajador asalariado. Los derechos de los ciudadanos, por su parte, se graduarán con arreglo a su fortuna, protegiéndose a los que más tienen y con menosprecio de los que menos poseen.

Sin embargo, el alcanzar la forma más elevada del Estado, la república democrática, permitirá librar la última y gran batalla entre el proletariado y la burguesía.

A partir de ahora y desde el sufragio universal, la clase poseedora impera de un modo directo. La mayoría oprimida, proletariado, aún inmadura para independizarse, continúa aceptando este único orden social y marchando a la zaga del poder capitalista. Pese a ello, Engels reconoce en el sufragio universal un "...índice de madurez de la clase obrera..." y que, en algún momento de ebullición social, conducirá a su liberación.

Concluye manifestando que el Estado no ha existido eternamente, ya que, con anterioridad, había otro tipo de sociedades que funcionaban mejor y sin tener idea de esta ulterior modalidad. Explicita que, al arribarse a un cierto grado de evolución económica, ligado a la división de clases, se hizo necesaria la aparición del Estado.

Vaticina, empero, la desaparición de las clases sociales y, con ellas, la extinción de la nacionalidad. La sociedad, reorganizada nuevamente en base a la producción de trabajadores libres e iguales, reducirá al Estado a una antigüedad de museo. Por todo lo dicho, Engels entiende que la **civilización** es el estadio social en que la división del trabajo, el cambio entre individuos y la producción mercantil alcanzan su pleno desarrollo.

En todas las etapas o los estadios anteriores, la producción era, esencialmente, colectiva y bajo un régimen de comunidades comunistas. El producto que ellos elaboraban y consumían no salía de sus manos. La división del trabajo minó la comunidad de fabricación y de apropiación, dando lugar a la aspiración egoísta y subjetiva. La producción mercantil, a su turno, no tenía como objeto el uso personal, sino que buscaba el espíritu de lucro.

Hoy, finalmente, el producto domina al productor. La explotación de una clase por otra se opera en una constante contradicción. Cada progreso es un retroceso de la clase oprimida. Citando a Morgan, dirá "que la riqueza se ha constituido en una fuerza irreductible opuesta al pueblo".

Pese a ello, finaliza argumentando que la disolución de la sociedad se yergue amenazadora ante nosotros: "...La democracia en la administración, la fraternidad en la sociedad, la igualdad de derechos y la instrucción general inaugurarán la próxima etapa superior...". Menciona, para concluir, a Morgan: "...Será un renacimiento de la libertad, la igualdad y la fraternidad de las antiguas gens, pero bajo una forma superior".

OSVALDO ONOFRE ALVAREZ

LA CODIFICACIÓN: RAÍCES Y PROSPECTIVA. EL CÓDIGO NAPOLEÓN, Sanz, Carlos R. y otros. Educa, Colección Prudentia Iuris 2003, 273 págs.

La obra que comentamos, escrita en conmemoración del bicentenario de la sanción del Código Civil francés, constituye un valioso aporte al conocimiento de un momento histórico fundamental del pensamiento jurídico y filosófico. La misma resume las exposiciones brindadas en la primera de las tres reuniones anuales previstas por la Universidad Católica Argentina para la celebración de este aniversario.

En el prólogo, el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Dr. Eduardo Ventura, nos brinda sintéticamente los tópicos fundamentales a tratar en cada conferencia. En la presentación de este primer ciclo, el profesor Carlos R. Sanz da cuenta del proceso de codificación durante el siglo XIX, el proceso de inflación legislativa y el encuadre ideológico de la codificación.

En el homenaje al Dr. Guillermo A. Borda, Aníbal Piaggio se refirió a su trayectoria como juez, jurista, profesor y coautor de la reforma del Código Civil.

Ilustrativa resulta la exposición del ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad, Dr. Jorge A. Mazzinghi, quien hizo referencia a la tradicional lógica y claridad francesas, y brindó una semblanza del siglo XVIII pasando revista al racionalismo, la ilustración, las ideas de Robespierre, la asunción de Napoleón como primer cónsul y el proceso de codificación. Mazzinghi corona su exposición sosteniendo que "...en lo sustancial el Código instituyó un orden justo porque no bloqueó el avance hacia una afinación de lo justo". En la misma línea, continuando con el estudio del período de la ilustración, el padre Francisco Leocata nos presenta las ideas iusfilosóficas duran-

te ese período. Así, pasa revista al pensamiento de Grocio, Hobbes, Locke y Christian Wolf, y concluye su exposición sosteniendo que "las consecuencias de la ilustración están a la vista hoy día...".

Eduardo M. Quintana se refiere al "Código Civil francés, la ilustración y el positivismo jurídico". Su exposición apunta a develar tres tópicos: a) la identidad o distinción existente entre los conceptos de edad moderna e ilustración; b) las relaciones entre la ilustración y el Código Civil francés; y c) la eventual incidencia de la filosofía inspiradora de la codificación y el positivismo jurídico. Incursionando en el terreno político, los fundamentos del Código Napoleón son desentrañados por el profesor de la Universidad de Angers, Xavier Martín, quien describe al Código Napoleón como "elemento de cohesión y símbolo del siglo de las luces a la vez". Asimismo, el autor describe el Código como un intento por poner orden a la etapa posrevolucionaria.

Luis María Bandieri, en su trabajo titulado "En torno al Código Napoleón: permanencia y cambio", se refiere al momento político en que se dicta el Código y la función mediadora del Emperador Napoleón en el proceso. Por su parte, José María Medrano trata la influencia entre política, derecho y codificación, refiriéndose a la "politicidad del derecho" y la "juridicidad de la política".

Remy Cabrillac, en su trabajo intitulado "El simbolismo en los códigos", describe el Código Napoleón como un símbolo de las ideas de la filosofía de las luces y del derecho natural.

La profesora Inés F. de Cassagne se refiere a las corrientes religiosas en el siglo XVIII en Francia y analiza el desenvolvimiento de la fe y religión católicas durante ese período, y el surgimiento de diversos tipos de religiosidad, no necesariamente anticatólicos.

Yendo al análisis de los textos positivos, el profesor de la Universidad de Orleans Jöel Monéger aborda el nuevo Código Comercial francés del año 2000. Al hacerlo, analiza la relación entre codificación y la organización política, la elección entre un código único o códigos múltiples, las Ordenanzas de Colbert, la necesaria oposición entre el comercio como fuerza en constante movimiento y el código como elemento estático. Por último, Monéger nos alerta sobre la "necesidad de que los códigos sean redactados teniendo en cuenta no solamente la experiencia del pasado, sino también los fenómenos económicos y sociales que nutren el comercio".

Jaime Anaya, académico en derecho, nos ilustra acerca de la influencia del Código de Comercio francés en la codificación argentina

y la oposición de Vélez Sarsfield a la unificación civil y comercial.A continuación, Carlos G. Frontera nos presenta el Código Civil francés como fruto de la experiencia jurídica, la influencia de Pothier en el mismo, y la incidencia del Código en la legislación europea.

El profesor de la Universidad Nacional de Córdoba Camilo Tale aborda "El derecho de daños en Jean Domat. Cotejo con las reglas del Código Napoleón, con la doctrina de sus comentaristas del siglo XIX y con las normas del Código de Vélez". Así, Tale pasa revista a los temas centrales del derecho de daños, como ser la culpa, el resarcimiento, la responsabilidad, el abuso de derecho, la cláusula penal y la acción de daño temido. A su turno, Marcelo U. Salerno se refiere a la influencia del *droit coutumier*, el concepto de "costumbre" y la tradición.

Jöel Monéger traza una interesante biografía de Pothier, describiendo su desempeño como juez, concejal, profesor y autor de obras jurídicas.

El miembro de la Academia Nacional de Derecho Jorge Alterini, se refiere a la influencia de Domat y Pothier en el Código Civil argentino, efectuando la exégesis de aquellos artículos que reconocen como fuente a estos autores.

Finalizando la obra, Valentín Thury Cornejo, autor del trabajo "Raíces y prospectiva del proceso de codificación", premiado en el concurso público "La codificación, raíces y prospectiva", ofrece su visión acerca del código posible en nuestros días, la importancia del código frente a las costumbres, el proceso racionalizador y la necesidad de certeza en el derecho como razón justificativa del Código Napoleón.

En suma, nos encontramos con una obra de largo aliento, con exposiciones de académicos prestigiosos, que enfocan el tema de la codificación desde sus distintas perspectivas, sin perder para ello la unidad propia del tema: el Código Napoleón.

ALEJANDRO P. MONTELEONE LANFRANCO

SOBRE LA POLÍTICA ECONÓMICA EN EL RÍO DE LA PLATA (1780-1835)

Mariluz Urquijo, José M., La industria sombrerera porteña 1780-1835. Derecho, sociedad, economía. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2002, páginas 348.

Esta nueva obra del Dr. Mariluz Urquijo se lee con el mismo agrado e interés que las anteriores que conforman su larga producción en el campo de los estudios históricos, de la cual parte importante corresponde al campo del pasado jurídico nacional, en especial al siglo XVIII y primeras décadas del XIX, pero sin ser ajenos a su actividad de investigador y publicista otros aspectos del acontecer argentino, entre los que se destaca la historia económica. Al deleite y la atracción que siente quien recorre sus páginas contribuye su eminente nivel científico y su alta calidad literaria, que mantienen despierta la atención del lector desde la primera hasta la última página. Asimismo, corresponde añadir a estos méritos la cuidada edición con que se presenta el libro, aspecto dentro del cual resaltamos su hermosa cubierta en la cual, sobre un delicado fondo de sombreros, se destaca una espléndida reproducción parcial de una litografía de Carlos Enrique Pellegrini en la que aparece una de las más importantes sombrererías de Buenos Aires existente en las últimas décadas del ámbito temporal que abarca el autor.

Esa perfección formal se combina con la agudeza del análisis y la profundidad de la interpretación de las innumerables y ricas fuentes utilizadas, que permiten al Dr. Mariluz Urquijo presentar no sólo un amplio y detallado panorama de la industria sombrerera, sino describir el entorno económico general de la época y puntualizar las ideas que sobre esto último se manifiestan, los caracteres de la sociedad de

entonces y el marco jurídico de los temas que considera. En consecuencia, si bien el ángulo hacia el cual dirige su mirada es la entonces importante industria sombrerera, hacia él convergen distintos haces de luz que permiten comprender acabadamente las vicisitudes no sólo de una actividad que adquirió amplio desarrollo sino también el panorama económico global de la época. El ámbito temporal abarca desde los imprecisos orígenes de esa industria en las últimas décadas virreinales hasta la ley de aduanas sancionada en diciembre de 1835, que establecía un arancel destinado a regir a partir del siguiente año.

Sabemos, y lo señala el autor en su advertencia liminar, que hace algunos años publicó en distintas revistas argentinas varios artículos relacionados con el tema que nos ocupa. Pero no estamos ahora ante una simple recopilación de esos trabajos anteriores, pues ellos fueron acabalados con el fruto de posteriores inquisiciones del autor y de aportes de terceros, a la vez que la obra se encuentra enriquecida con la adición de nuevas páginas. Luego de analizar su contenido, llegamos a la conclusión de que presenta una adecuada estructura y una unidad acabada, que tiene por base una acertada elaboración sistemática que, según confiesa el autor, coincide con la que concibió desde el primer momento en que lo atrajo la cuestión alrededor de la cual gira el contenido del libro.

Igual que en investigaciones anteriores, que dieron provechosos frutos para la historiografía nacional, y cuya enumeración no puede ser realizada en el marco de esta presentación dada su extensión, tomó el autor muy en serio la elaboración del contenido de la obra a la que nos referimos, pues no escatimó esfuerzos para concretarla. Para ello desarrolló una brillante labor heurística que le permitió consultar una amplia bibliografía y reunir una enorme cantidad de fuentes, algunas éditas, pero la gran mayoría guardada en los archivos sin la publicidad de la imprenta, todas las cuales ordenó adecuadamente. Esta afirmación deriva de la lectura del libro y de sus numerosas citas, lo que puede ser verificado por todos los especialistas que accedan a su texto mediante una detenida y crítica lectura.

El volumen de 348 páginas está correctamente dividido en diez capítulos, con una apropiada separación de las materias a considerar en cada uno de ellos y guardando todos entre sí una estrecha relación con el tema central. Además, consta de un apéndice dedicado a hacer conocer algunas referencias de los principales sombrereros de la época. En esos capítulos y en cada uno de los apartados en que se divi-

den, los temas y las cuestiones que presenta el autor son los interrogantes que él mismo se planteó y en consecuencia los asuntos concretos a los que dirigió su investigación, dando en cada caso una respuesta satisfactoria de acuerdo con las fuentes existentes y señalando, con la honestidad que corresponde a todo buen científico, aquello que no pudo determinar con precisión por la falta de rastros suficientes que permitieran hacerlo. La obra carece de afirmaciones dogmáticas, pues siempre indica el fundamento de sus afirmaciones, avalado con las citas pertinentes.

En cuanto al origen de la industria sombrerera en Buenos Aires, luego de advertir acerca de la dificultad de establecerlo, muestra la existencia de rastros que permiten aproximarse al tema y autorizan a señalar su presencia antes de la Revolución, con lo cual desvirtúa aquellos testimonios que indican que nació después de 1810. Acudiendo a documentación inédita conservada en Buenos Aires, La Plata y Montevideo, advierte que existió hacia las dos últimas décadas del siglo XVIII, llegando a la conclusión de que simultáneamente con la campaña emprendida por la Metrópoli contra las sombrererías del Alto Perú en 1784 al privarlas de la materia prima que utilizaban, es decir, de la lana de vicuña, nacía esta actividad en nuestra ciudad, empleando para la elaboración del fieltro el pelo de nutria. Surgida un poco al azar de los acontecimientos, principalmente con el señalado y la guerra angloespañola de 1796, esta actividad tropieza en sus inicios con dificultades, en especial por ser una industria nueva y debido a la falta de mano de obra calificada, coexistiendo talleres individuales de artesanos independientes con otros colectivos, estando estos últimos integrados mayoritariamente por esclavos. A ello se agrega la circunstancia de que no contó con el apoyo oficial, pues si bien no se la combatió, tampoco fue protegida, debiendo recorrer los primeros tramos de su desarrollo librada a sus propias fuerzas para enfrentar la competencia exterior.

También realiza el autor una precisa descripción de la política industrial seguida durante la primera década posterior a la Revolución. Para ello comienza examinando la relación comercial con Inglaterra, legalizada por el auto de libre comercio del Virrey Cisneros, mediante el cual se consolidó una vinculación derivada de las invasiones inglesas y mantenida mediante el contrabando, y ocasionales permisos otorgados por las autoridades locales de Buenos Aires y Montevideo. Pasa luego a considerar las distintas reacciones de los

perjudicados por esa medida de acuerdo a la actividad que cada uno encaraba, destacando tres grupos formados por quienes lucraban con el contrabando aunque no lo expresaban, los vinculados al tráfico con la Península y los dedicados a las artesanías e industrias del Río de la Plata. Asimismo, examina las causas de la ruina industrial del Virreinato que llevan al intento proteccionista de 1813 mediante la reforma aduanera, pero apunta las desinteligencias internas sobre la cuestión que obstaculizaron la formación de un movimiento consistente en ese sentido. Luego explica la orientación económica de la revolución de 1815 y las tendencias protectoras que se van perfilando para, después de un detenido examen de los distintos factores que influyeron durante este decenio en la política económica, arribar a la conclusión de que en él deben distinguirse dos períodos. En el primero, comprendido "desde mayo de 1810 a abril de 1815, se adopta un conjunto de disposiciones liberales que despiertan una resistencia creciente en el interior y en los círculos comerciales de Buenos Aires". En el segundo quinquenio se manifiesta una reacción antiliberal, de la cual indica el autor podrá aducirse que "no fue completa o que las medidas de protección fueron equivocadas o insuficientes"; pero este modo diferente de encarar la cuestión, reconociendo el derecho del Estado "a regular la vida económica, en salvaguardia de los intereses nacionales", perduró hasta la caída del Directorio.

No menos interés despierta el capítulo dedicado al estudio de la tensión existente entre las corrientes partidarias de la protección y del librecambio durante el lapso comprendido entre los años 1820 y 1835. Si bien todos los que participan en el nuevo régimen bonaerense comparten el mismo ideario liberal, se levantan también voces proteccionistas, avanzándose por la senda liberal menos de lo que podrían hacer suponer las manifestaciones aparecidas en la prensa de inspiración oficial, como se desprende de la ley que comienza a regir el 1° de enero de 1822, la cual "procura cubrir con recargos de derechos todas la industrias porteñas y algunas de las provincias", aunque sin llegar a conceder una protección suficiente. De acuerdo con los antecedentes que destaca el autor, llega a la conclusión de que la intención del Poder Ejecutivo de dar esa "discreta protección acordada a los artesanos y fabricantes ya existentes en la provincia ha tenido el propósito de no perjudicarlos más que el de estimular un proceso de industrialización que juzga prematuro". Es que la postura porteña, como bien delinea Mariluz Urquijo, tiene una doble faz, pues se pro-

clama un liberalismo que se amortigua en la práctica convirtiéndose así en un moderado proteccionismo. En este período se inicia una segunda etapa, al producirse el ascenso de los federales al poder con el advenimiento de Rosas a fines de 1829. Explica el autor cómo se comienza desde entonces a retacear la observancia de los principios liberales, pero sin ser rechazados de plano, continuando el prestigio de esa corriente económica que los proclama en los comienzos del Buenos Aires federal, aunque con un vigor disminuido pero que vuelve a recrudecer en vísperas del Pacto Federal, el cual no incluye en ninguna de sus normas cláusulas proteccionistas. Frente a esta situación destaca la posición de la provincia de corrientes en favor de la tutela de la producción nacional, ante la oposición porteña cuyo fundamento especifica. Dentro de ese marco resalta la superior consideración que tuvo la industria sombrerera porteña destinataria de una mayor protección. Continúa luego delineando el devenir de la posición que pregonaba el librecambio, pero que también tendía, aunque tal vez sin eficacia, a proteger las artesanías e industrias existentes en Buenos Aires, llegando su análisis hasta las vísperas de la aparición de una nueva orientación aduanera que se concretará en la ley de 1835.

En este contexto jurídico, social y económico, realiza un pormenorizado retrato de otras cuestiones relacionadas con la actividad industrial en general y con el desarrollo de la manufactura sombrerera en particular. Describe las características del empresariado ocupándose de su nacionalidad, de la forma en que surge en un medio en el que predominan otras iniciativas, entre las que se destacan con holgura la ganadera y la comercial, y explica cómo las manufacturas representan "frecuentemente el punto de partida y no la culminación de una carrera", porque existe la tentación entre los dedicados a ellas de convertirse en estancieros, y examina las diferencias entre el empresariado industrial y la sociedad tradicional.

En el curso de la investigación encontramos un importante capítulo donde se tocan temas relacionados con la historia del trabajo y del derecho laboral, y en el cual nos muestra de qué forma la costumbre rige estas materias ante la falta de una regulación estatal o gremial, a través del análisis de diversas fuentes, entre ellas los contratos celebrados entre obreros y patrones que traducen los usos observados en esa relación laboral. El extenso capítulo consagrado a esta temática lo divide en dos partes dedicadas a la mano de obra esclava y a la mano de obra libre respectivamente, señalando los inconvenientes y

las ventajas de cada una, como así también la escasez de operarios competentes debido a la carencia de una tradición industrial y a la falta de escuelas técnicas que permitan el aprendizaje, por lo cual de la capacitación de ellos debía encargarse el empresario, quien luego se veía privado de sus obreros por las frecuentes movilizaciones militares. Esto último llevó a solucionar el problema mediante el trabajo femenino, la inmigración formada generalmente por personas especializadas en la actividad de que se tratara, con quienes se celebraban contratos de locación de servicios en Europa antes de su partida, y con el intercambio de trabajadores entre Buenos Aires y el interior y entre Buenos Aires y la Banda Oriental. En base a la documentación reunida, delinea la duración de la jornada laboral, los feriados y los salarios, entre otras cuestiones.

Asimismo, trata acerca del aprendizaje, con relación al cual recalca la necesidad de encarar una enseñanza industrial para lo cual estaba muy presente entre los empresarios el ejemplo francés. Se ocupa además de la imposición impuesta a los artesanos extranjeros de formar aprendices, de la ley del 16 de noviembre de 1821, de la intervención estatal en los contratos de aprendizaje y de las modalidades habituales de las convenciones porteñas de este tipo.

Expone también el problema relacionado con la provisión de las materias primas para la manufactura sombrerera, comenzando por el pelo de nutria. Éste era abundante a los pocos años de la Revolución, pero luego la excesiva exportación del producto determinará su escasez, lo que turbará seriamente a los talleres porteños. Se ocupa además del suministro de la lana de vicuña y de otros elementos utilizados en la fabricación de los sombreros. De igual modo, advierte sobre los inconvenientes que ocasiona la insuficiencia de capital que afectaba a muchos artesanos y de la dificultad de obtenerlo de quienes lo poseían, pues éstos preferían otras inversiones; como así también del problema derivado del empleo de una técnica atrasada, factores que contribuyen a la debilidad de la industria porteña, y que se suman al de la mano de obra antes mencionado.

Con la misma minuciosidad que al tratar las cuestiones anteriores, estudia el autor la comercialización de la producción porteña, su lucha con la competencia extranjera, la aparición de la tienda especializada, la formación de cadenas de negocios, el acopio y surtido de mercaderías, los pedidos del ejército de productos estandarizados, la propaganda comercial, el mercado interno de esa producción y su ex-

portación, aclarando que ésta nunca alcanzó gran significación. Por último nos queda por señalar que dedica un capítulo a la actuación de Juan Pedro Varangot quien, según especifica el autor, se convertirá "en el industrial más dinámico y eficaz de las primeras décadas de la Independencia".

Cabe concluir señalando que es motivo de sincera satisfacción presentar esta obra de indiscutible valor, fruto de muchos años de trabajo de un infatigable investigador, que fuera egregio catedrático de Historia del Derecho Argentino y de Historia Económica General en la Universidad de Buenos Aires y que continúa ejerciendo su vocación docente en la Universidad del Salvador.

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO

LA ECONOMÍA DE LOS ARGENTINOS. REGLAS DE JUEGO PARA UNA SOCIEDAD PRÓSPERA Y JUSTA, Sturzenegger, Federico, Planeta, Buenos Aires, 2003, 286 págs.

Este nuevo libro de Federico Sturzenegger, joven economista doctorado en el M.I.T. y actual director de la Escuela de Negocios de la Universidad Torcuato Di Tella, tiene por objetivo reflexionar sobre las reglas de juego de la sociedad argentina a partir de algunas experiencias y datos de la economía argentina, que aspira, en la dimensión económica del obrar humano, al crecimiento y desarrollo.

De allí que la obra presente al menos dos posibles lecturas. Una es la lectura lineal, lo que el mismo texto presenta, en donde hábilmente se van presentando ciertos datos de la economía del siglo xx y principios del xxi, en una interpretación en la cual se muestra un análisis económico con fuertes influencias de la política y del derecho apuntando a mostrar que es imposible que una sociedad logre tales objetivos económicos si no hay seguridad jurídica y claro liderazgo político para llevar a la Argentina a la posición que pensamos se merece.

La segunda lectura es la lectura interlineal. En ella, desde mi interpretación, se puede verificar un par de elementos. Éstos son las relaciones que la Política y el Derecho como ciencias guardan con la Economía como tal; los problemas de metodología de la interpretación, o el modo o lugar desde donde se interpretan los hechos económicos y sus representaciones; la urgencia que como ciudadano reclama a la clase dirigente y en particular al establishment y al rol que en una sociedad solidaria debe jugar; cada uno de éstos y otros temas que puede intuirse admite quizás más de una respuesta y seguramente mucha argumentación polémica.

Centrándome en la lectura lineal, la obra presenta un estilo directo, simple y ágil para entender temas económicos teóricos y empíricos tanto para el lector inicial en estos tópicos como para el hombre culto no especializado en economía.

Cuenta con seis grandes partes la división de la obra. En la primera, "Abriendo la caja de Pandora", aparece el punto de partida que –según el autor–, no es sino la crisis jurídico institucional sufrida por la Argentina en los últimos dos años (default de la deuda pública, "corralito", pesificación asimétrica) y los problemas que como sociedad parece que tenemos para definirnos acerca del país que queremos como ideal o modelo a seguir. La ilustración de los acontecimientos y las cifras de esta sección son elocuentes por sí mismas.

La segunda parte, "Crecimiento, globalización y distribución del ingreso", muestra a través de comparaciones con países exitosos (del primer mundo y del extremo oriente) en la implementación de políticas económicas, nuestros problemas de crecimiento. En tal comparación se van repasando los aportes positivos y negativos del plexo instrumental para la economía Argentina: capital físico, educación (capital humano), tecnología, productividad, recursos naturales e infraestructura y las ventajas comparativas del comercio internacional o, dicho en otros términos, la inserción de Argentina en el mundo. En cuanto a la distribución del ingreso, algunos datos que muestran la desaparición de la clase media argentina son los siguientes. Entre 1930 y 1970, el ingreso per capita creció 70%, mientras que en los países desarrollados el porcentaje fue de 170. Por su parte, la brecha entre el 10 % más rico de la población y el 10 % más pobre entre 1974 y 2002 se amplió desde 12 hasta 27 veces. Según el autor, la causa de esto es económico-legal con causalidad recíproca.

Vinculado con el comercio y el aumento de ingreso, se estudia el Mercosur, su sentido, su impacto económico, la estrategia de inserción comercial y el futuro del acuerdo.

El análisis del desempleo (2.500.000 desempleados en 2002), la inflación, la política fiscal y monetaria, son enfocadas desde los modelos clásicos y keynesianos. Junto al balance de pagos y los tipos de cambio, se completa la parte III, "Recesión, desempleo y crisis cambiarias".

La parte IV, "El funcionamiento del mercado", es una explicación desde la economía para conocer qué, cuánto y cuándo producir, usando como modelo explicativo los tradicionales mercados de competen-

cia perfecta y monopolio e ilustrando estos últimos con algunos casos de empresas concesionadas y privatizadas, sopesando los argumentos que juegan a favor y en contra de los mismos, sus costos y tarifas.

El porqué tenemos que pagar impuestos cierra la parte cuarta; los problemas de los monopolios (fallas de mercado) o de generación de efectos perjudiciales para la sociedad (externalidades negativas) son pistas de solución.

La parte V, "Cuando los números revelan verdades ocultas", explica el alcance de las estadísticas, las que en última instancia tienen que ver con el criterio de interpretación. En lo que a datos se refiere, hay un par que gira en torno a dos de las ideas centrales del libro. El primer dato con la desmitificación del desempeño de las empresas privatizadas en la sociedad. Por ejemplo, la producción aumentó 25%, el empleo se redujo en promedio 40%, en igual dirección el salario real promedio (29%). Los costos se redujeron un 10% y la producción por empleado aumentó el 46%. Las inversiones subieron un 350% y por empleado un 800%. Los precios tuvieron un leve aumento del 2%. El segundo dato está referido a la transparencia de los contratos. En el ejemplo concreto de la negociaciones de YPF, de los cuatro tomos compilados en la Secretaría de Energía, los tres primeros se han perdido. En la reconstrucción se verificó que los contratos originales tenían un valor de 240 millones de dólares para la empresa contratista y se pagó, por parte del Gobierno, 358 millones de dólares, es decir, un 50% más del valor original.

La última parte, "Más allá de la economía", plantea la necesidad de la justicia general y particular como condición para un desarrollo económico, en donde el liderazgo político sea el principal gestor del bien común de la sociedad.

Para los que desean profundizar algún tema, sea económico, histórico o desde la sociología y la política, el autor ha seleccionado lecturas adicionales clásicas y específicas según los apartados.

ALFREDO G. BARROS,
Profesor Asistente con Dedicación Especial,
FDCP – UCA

SEMINARIO PERMANENTE DE CULTURA JURÍDICA, CULTURA JURÍDICA EUROPEA: UNA HERENCIA PERSISTENTE, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2002, 140 págs.

Brillante expresión intelectual de la más que joven Universidad Pablo de Olavide –como que ésta se estableció en 1997–, el volumen del que damos noticia a continuación reúne una serie de breves pero medulares estudios que destacados especialistas en historia del derecho y en derecho civil expusieron en el curso de un seminario celebrado en Sevilla, entre febrero y mayo de 2000. Al respecto, cabe decir aquí que a lo largo del aludido seminario –que fuera dirigido por el catedrático de historia del derecho de la referida universidad, José María García Marín, y coordinado por los profesores Armando Romanos y César Hornero– sus participantes respondieron, en líneas generales, a la idea de que, en tanto que producto histórico, el derecho resulta inescindible de las expresiones culturales y sociales de cada época, al tiempo que también admitieron, en más de una oportunidad, la "extraordinaria dosis de intencionalidad política" que impregna todo quehacer jurídico.

Así las cosas, además de una magistral y esclarecedora introducción de sus coordinadores, este libro se integra con sendos trabajos del argentino Víctor Tau Anzoátegui –numerario de las Academias Nacionales de la Historia y de Derecho y Ciencias Sociales, actual director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, y docente del Doctorado en Ciencias Jurídicas de nuestra Universidad Católica Argentina–, de los españoles Aquilino Iglesia Ferreirós –quien es catedrático de historia del derecho de la Universidad de Barcelona–, Carlos Petit –quien desempeña análoga función en la Universidad de Huelva– y Ángel López y López –quien, por su parte, es catedrático

de derecho civil en la Universidad de Sevilla–, y del italiano Giovanni Cazzetta –quien es profesor ordinario de historia del derecho en la Universidad de Ferrara–.

En mérito a la riqueza y la abundancia de las reflexiones vertidas –las cuales, por cierto, no siempre son pacíficas, sino que, por el contrario, en más de una ocasión resultan deliciosamente polémicas– y a la brevedad a la que necesariamente debo ceñirme en mi papel de sencillo comentarista, a continuación me limitaré a presentar, sin mayor ánimo de exhaustividad, algunos de los conceptos y de las ideas que, según creo, más pueden incitar a historiadores y a juristas a enfrentar por sí mismos y sin ningún tutelaje la lectura de este volumen.

Siguiendo, pues, el orden en el que los trabajos son presentados, debo decir que lo que Tau Anzoátegui ofrece es una brillante exposición general del proceso de formación del derecho indiano, cuadro que, dirigido a un público más o menos ajeno a los estudios histórico-jurídicos indianistas, se distingue por el mérito indiscutible de una sobria didáctica, preocupada por mostrar al indiano como un derecho que supo aunar la novedad con la simultánea adhesión a la cultura jurídica europea de tradición romano–canónica. Así las cosas, ante los ojos del lector se despliega el papel que le cupo a este derecho en la expansión ultramarina de Castilla, las características de dicho orden jurídico, la actividad que en la conquista y población de América desarrollaron los juristas, los elementos integradores de la normatividad indiana, y los distintos modos de creación del derecho que entonces se aplicaron.

Ahora bien, lo que brinda Aquilino Iglesia es una serie de valiosas reflexiones –por ejemplo y sólo por mencionar algunas, aludo aquí al planteo que dicho catedrático hace en cuanto a las diferencias entre la historia del derecho y la historia del pensamiento jurídico, o al que elabora respecto del papel que le cupo desempeñar al jurista medieval y a su cambiante transformación durante la edad moderna–, buena parte de las cuales derivan del permanente y fructífero diálogo intelectual que en el trabajo se mantiene con autores que van desde los clásicos Beccaria y Savigny a los contemporáneos Calasso y Grossi. Por su parte y en lo que se refiere a Carlos Petit, en esta ocasión su fino sentido de investigador se dirige al estudio de la catalogación decimonónica de la Biblioteca del Colegio de Abogados de Madrid, asunto que encara con el objeto de llamar la atención sobre la importancia que los criterios taxonómicos aplicados al orden de las

bibliotecas presentan en tanto que expresión de cambiantes concepciones jurídicas. Posteriormente, y en las antípodas de los enfoques microhistóricos –que, como en el caso de Petit, pueden derivar, empero, en hondas proyecciones posteriores–, el de Ángel López y López constituye un sesudo estudio en el que, desenmascarada la habitualmente ignorada politicidad del derecho privado, se indaga tanto en las características jurídicas adjudicadas al sujeto privado bajo el Estado liberal, como en la mutación del mismo concepto bajo el llamado Estado social. Por último, es el turno de mencionar a Giovanni Cazzetta, quien se ocupa de reconstruir la temprana crítica a la codificación que cobrara vida a finales del siglo xix. Ello así, en la medida en que, tal como se lo explica, la inadecuación de los códigos de inspiración dieciochesca a las crecientes exigencias de la sociedad industrial desnudaría el agotamiento del proyecto codificador ilustrado, centrado exclusivamente en la superación del horizonte jurídico del antiguo régimen.

EZEQUIEL ABÁSOLO

LA TEORÍA DE LA IMMISSIO. Justo García Sánchez, reimpresión hecha por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1999, 215 págs.

La publicación que es objeto de esta recensión contiene la parte más significativa de la tesis doctoral del autor, el Dr. Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y actualmente Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, que fuera dirigida por el Prof. Dr. Fuenteseca Díaz y leída el 24 de junio de 1974 en la Universidad Autónoma de Madrid ante el jurado integrado por los romanistas D. Ursicino Álvarez Suárez, q.e.p.d.; D. Juan Iglesias Santos, q.e.p.d.; y D. Francisco Hernández Tejero, q.e.p.d.

Antes de pasar a comentarla, cabe destacar que dicho calificado jurado distinguió al Dr. García Sánchez con un sobresaliente cum laude, habiéndole sido otorgado posteriormente el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de Derecho para el bienio 1973-1975. La primera publicación de la tesis fue llevada a cabo en Madrid en 1975, mientras que la primera reimpresión, en la Universidad de Oviedo cuatro años después. En 1999, hallándose agotados todos los ejemplares, esta última universidad consideró oportuno realizar otra fiel reimpresión, a la cual pertenece el ejemplar del que disponemos.

El objetivo de esta obra –tal como surge de las propias palabras del autor en su Introducción– es contribuir al conocimiento de los principios generales que guiaron en Roma al establecimiento de las relaciones del derecho de propiedad conocidas en la terminología romana como "relaciones de vecindad". Ya oportunamente aclara el Dr. García Sánchez que, si bien la materia no fue sistematizada por los romanos, debido esencialmente al carácter típico y casuista de su ius

civile, "...es indudable que dichos principios estaban en la mente de cada jurisconsulto y de alguna manera se reflejan en la resolución de cada supuesto". Desde esta posición, aborda la compleja temática, centrando el análisis en torno del término que da título al trabajo, la immissio, elegido precisamente en función de la reiterada presencia del mismo en las fuentes.

La obra consta de cinco capítulos, en cada uno de los cuales el autor analiza distintos aspectos de la immissio. Luego de ocuparse de mencionar los pasos de las fuentes romanas en los cuales aparece dicho término en el capítulo I, en el II se aboca al tratamiento de aquello que parecería ser uno de esos principios buscados: la prohibición de immitere in alienum, lo que lo lleva a señalar la diferencia sustancial entre la lesión de un derecho y la lesión de un interés, aspecto que desarrolla de manera completa y clara, partiendo del status quaestionis en la doctrina y justificando su postura con el análisis de los supuestos que llevaron a los jurisprudentes clásicos a emitir sus responsa. No menor importancia reviste la diferenciación que elabora, siguiendo el eje temático precedentemente expuesto, entre el facere in alieno y el facere in suo que provoca una immisio in alieno, perjudicando, igualmente, al vecino. El tratamiento de este aspecto es continuado en el capítulo III, en donde se ocupa de analizar minuciosamente cuál es el criterio de distinción para reputar lícito –o no– un determinado comportamiento del dominus in suo, en la medida en que immite in alieno, y para ello dirige la cuestión hacia lo que puede considerarse uso normal de una cosa por parte de su titular, llevando a cabo nuevamente una exhaustiva revisión de las fuentes, para llegar al principio general de que la invasión de la propiedad del vecino, derivada del uso normal de la propiedad del invasor –en cuanto es consecuencia del disfrute ordinario del fundo–, debe ser tolerada por aquél. Agrega que, asimismo, debe serlo en caso de que el uso obedezca a la necesidad social o al interés general, aspecto que da lugar al desarrollo del capítulo IV, en donde se dedica a estudiar las opiniones doctrinales y analizar las fuentes que toman como criterio para distinguir los actos lícitos de los ilícitos, el límite que impone la coexistencia social, aunque aclarando, en este caso, que el principio –que responde al pensamiento moderno– no se formula de manera expresa en ninguno de los fragmentos hallados, si bien es evidente que informa algunos textos, en especial aquellos que han sido interpolados por los compiladores justinianeos.

Antes de arribar a las conclusiones, el Dr. García Sánchez se introduce en el estudio del uso que los jurisconsultos de la Edad Media dan a las fuentes romanas para formular la prohibición de los actos de emulación. Siguiendo la clara y completa metodología utilizada en los capítulos anteriores, en el V se ocupa de plasmar las distintas opiniones que existen al respecto entre los romanistas, el aspecto terminológico de la aemulatio y el análisis de las fuentes. Fundadamente, se pronuncia en disidencia con prestigiosos autores, afirmando que la teoría de los actos de emulación se apoya en algunos textos clásicos interpolados, ya que es el período justiniano el que introduce –al menos, en forma general– el elemento típicamente subjetivo.

Muchas cosas merecen destacarse en esta obra, entre ellas, la claridad expositiva del tema que aborda, que, de manera alguna, le resta rigor científico y profundidad, la vasta cantidad de fuentes que brinda y el análisis del contexto en el que los responsa fueron pronunciados, la abundante bibliografía que incluye y las opiniones doctrinales que vierte, así como especialmente, la prolija conclusión que aporta, que satisface los objetivos propuestos.

Dada la vigencia del tema en la actualidad, esta publicación no sólo resulta útil para el estudioso del derecho romano, sino para el iushistoriador en general, así como también para quienes se ocupan del derecho civil, dado que podrán encontrar las raíces y la evolución de este tipo de limitación al derecho de dominio.

VIVIANA CORTÉS

ESQUEMA DEL DERECHO DE FAMILIA INDIANO, Dougnac Rodríguez, Antonio, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003.

Con este magnífico volumen de 570 páginas, el maestro chileno Antonio Dougnac Rodríguez, catedrático de historia del derecho en prestigiosas universidades de Chile y actual vicepresidente primero del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, ofrece a la comunidad académica internacional una de sus más significativas contribuciones académicas, aporte que, a no dudarlo, será de utilidad tanto para los iushistoriadores como para aquellos civilistas que se interesen vivamente en los temas de familia.

En lo atinente a la integración de este Esquema..., cabe subrayar que aplicando su notable capacidad para la exposición didáctica, cualidad que le permitiera, hace ya algunos años, publicar en México un ponderado Manual de Historia del Derecho Indiano, en la confección de esta nueva obra, el profesor Dougnac ha sabido combinar los excelentes frutos a los que sus propias investigaciones en la materia vienen dando lugar desde hace más de tres décadas –como que, por ejemplo, en 1973 dio a conocer un encomiable estudio sobre el régimen económico matrimonial en el Chile indiano– con los aportes eruditos de otros estudiosos americanos y europeos. Así las cosas, los títulos de los aludidos investigadores, que llegan a la suma de casi medio millar, se reflejan en la selecta y prolija bibliografía final del libro.

En cuanto al contenido del Esquema..., corresponde asentar aquí que, pese a que el autor, desplegando su conocida modestia, advierte que en ciertos temas, como los relativos a la situación de la familia indígena, a la estructura paterno y materno-filial, o a las particularidades locales de la familia indiana, ante la insuficiencia de los estudios historiográficos existentes, se ha limitado a esbozar, sin

profundizar, algunos de los aspectos más relevantes, es innegable que este libro constituye a la fecha la mejor y más completa expresión de los estudios indianistas dedicados al derecho de familia, razón por la cual no dudamos en aseverar que, en lo sucesivo, su consulta devendrá obligatoria para todas aquellas personas que pretendan acercarse al conocimiento de este tipo de asuntos.

Por otra parte, también es nuestro deber informar que esta obra, a la que acompaña un elogioso y merecido prólogo del profesor y actual decano de la Universidad Católica de Valparaíso, doctor Alejandro Guzmán Brito, se compone de una docena de capítulos, en cada uno de los cuales el autor tiene en cuenta los antecedentes romanos y castellanos correspondientes a la institución examinada, la referencia a la realidad social pertinente, la evolución de las experiencias indianas, y, en algunos casos, la proyección de estas instituciones en el derecho patrio. En cuanto a los temas tratados, éstos, en líneas generales, han sido: el concepto de familia, los esponsales, el matrimonio, la potestad marital y los derechos de la mujer casada, el domicilio conyugal, el régimen económico del matrimonio, la filiación legítima, el estatuto del hijo ilegítimo y del huérfano, el régimen tutelar del menor, y el de su adopción y crianza.

EZEQUIEL ABÁSOLO

VIDA Y PENSAMIENTO INTERNACIONALISTA.
Hernández Martín, Ramón, Madrid, Francisco de Vitoria, B.A.C., 381 págs.

Ramón Hernández Sánchez es, sin lugar a dudas, uno de los mayores estudiosos de la Escuela de Salamanca y más específicamente de Francisco de Vitoria, su representante más conocido y más vinculado a los estudios político-jurídicos.

El libro que nos ocupa es el resultado de largos años de investigaciones sobre su vida y obra, expresadas en múltiples trabajos parciales (desde su introductoria Síntesis de su vida y pensamiento, (1983) a través de Derechos humanos en Francisco de Vitoria, Presupuestos de Vitoria, su doctrina indiana (1984), Repertorio documental (1985), Personalidad humanística y teológica de Vitoria (1987), Francisco de Vitoria en la crisis de su tiempo (1988), hasta su Francisco de Vitoria. Ciencia y Santidad (1994) y complementa y actualiza los clásicos estudios de las primeras mitad del siglo pasado realizados por los padres Luis González Alonso-Getino (1914) y Vicente Beltrán de Heredia (1939), convertidos hasta ahora en bibliografía obligada para el tema.

Tampoco debemos omitir los recientes aportes de Francisco Catilla Urbano (El pensamiento de Francisco de Vitoria. Anthropos, 1992) y del colega argentino Mariano Fazio Fernández, rector de la Universita de la Santa Croce (Francisco de Vitoria. Cristianismo y Modernidad, Ciudad Argentina, 1998).

El autor divide la obra en cinco partes, dedicando la primera –que abarca más de 150 páginas– a un detallado estudio sobre la vida del renombrado teólogo salmantino, que agrega a su actividad universitaria capítulos interesantes como los dedicados a sus relaciones con Erasmo de Rotterdam o con el emperador Carlos V.

La segunda parte –que es el meollo del libro– se refiere concretamente a la "doctrina internacionalista" del autor, desde el origen del poder hasta la guerra justa, incluyendo un capítulo significativamente titulado "La Sociedad de Naciones". Estos aspectos se complementan en la tercera parte al analizar la influencia del pensamiento internacionalista de Vitoria en autores como Grocio, Alberico Gentili, Bodin, Altusio, Filmer y Locke.

La importante doctrina americanista de Vitoria ocupa la cuarta parte, remarcando aspectos significativos de las Reelecciones, hoy base del revisionismo de la Escuela de Salamanca emprendido por Luciano Pereña Vicente y sus colegas y discípulos, como antecedente de los derechos humanos.

Finalmente, en la última parte, Hernández Martín se ocupa de la interinfluencia con su hermano dominico Bartolomé de las Casas, concluyendo que en la temática indiana –raíz de su análisis– "Francisco de Vitoria no sólo es distinto; es muy distinto. El papa no tiene ningún poder temporal, ni directo ni indirecto, sobre todo el orbe. El poder temporal directo lo tiene solamente sobre sus Estados Pontificios. El poder temporal indirecto lo posee sólo sobre los cristianos, y lo tiene, por consiguiente, sólo en aquellas cosas temporales de los fieles que se relacionan con la fe y la moral cristianas. Tampoco posee el papa poder ninguno espiritual, ni directo ni indirecto, sobre todo el orbe. Su poder espiritual, que es siempre directo, se extiende solamente sobre los cristianos y sólo sobre los cristianos tiene poder temporal indirecto" (pág. 374).

Como puede apreciarse en este párrafo, el autor es a la vez detallado y novedoso en sus análisis y aporta una visión actualizada de la vida y del pensamiento del "padre del derecho internacional", cuya lectura resulta hoy indispensable sobre el tema.

FLORENCIO HUBEÑÁK

PUEBLOS E IMPERIOS
Pagden, Anthony, Barcelona, Mondadori, 2002, 255 págs.

Destacado profesor de historia intelectual del King´s College de Cambridge y profesor visitante en Harvard, actualmente docente en la Johns Hopkins University y autor de numerosos trabajos muy recientemente traducidos al castellano (La caída del hombre: el indio americano y los orígenes de la etnología comparada, Alianza, y Señores de todo el mundo: ideologías del imperio en España, Inglaterra y Francia en el siglos xvi-xvii y xviii, Península), pude acceder a trabajos de Pagden anteriormente gracias a la gentileza del colega Vicente Massot, quien lo publicara en La Nueva Provincia. Allí descubrí su interés compartido por la temática del imperio. Esta temática de su especialidad no es ajena a este texto –que llama "pequeño libro"–, como surge de su propio título, que intenta expresar con claridad su contenido. Ya en el prólogo precisa que estudia "la transformación de grupos de pueblos en esos enormes Estados a los que llamamos imperios".

Pagden efectúa un interesante recorrido por los imperios, desde Alejandro Magno, considerado por éste el primer "emperador", omitiendo quizás los antecedentes de Sargón y especialmente de los persas.

En este contexto pasan por las páginas de este estudio de historia comparada el Imperio Romano, el español, el francés, el británico y el soviético (?) –no llega a los EE.UU., aunque incursiona en matices de la globalización– buscando elementos afines que le permitan esbozar aspectos comunes.

El binomio colonizador-colonizado es uno de los puntos claves de su análisis comparativo sobre la permanente expansión de los pueblos, análisis que realiza mediante un buen manejo de fuentes literarias, antropológicas, ideológicas e históricas.

En el último capítulo el autor estudia los conceptos de imperio, raza y nación centrados en el imperialismo del siglo xix, efectuando interesantes precisiones diferenciales.

Las conclusiones lo acercan a nuestros tiempos, retomando la figura del historiador que busca en el pasado la respuesta de los problemas que lo aquejan hoy, al señalar que "la ley de las naciones sigue siendo hoy, al igual que para el emperador romano Caracalla, un credo universal. Es posible que, conforme nos adentremos en el nuevo milenio, y los cada vez mejores y más rápidos sistemas de comunicaciones compriman nuestro mundo, necesitemos algún código común que sea capaz de unirnos a todos, aunque sólo sea en los momentos de crisis. En la actualidad, no parece que sobre la mesa haya nada más que esta ley de las naciones. Sin embargo, haremos bien en recordar en nuestro entusiasmo multicultural que esta ley, como todas las formas de universalismo, se creó para convertir a un grupo de pueblos en imperio" (pág. 206).

Una buena bibliografía, que incluye las fuentes utilizadas y un apéndice de datos fundamentales de figuras claves, completa el libro.

FLORENCIO HUBEÑÁK

LA TERCERA ROMA. ANTOLOGÍA DEL PENSAMIENTO RUSO DE LOS SIGLOS XI A XVIII

NOVIKOVA, OLGA, MADRID, TECNOS, 2000, 212 PÁGS.

Para quien, como este reseñador, se ha dedicado a temas vinculados con el pensamiento político ruso, trabajando en sus tesis doctorales el tema de "Moscú, la tercera Roma", no podía menos que sorprender agradablemente la publicación en castellano de esta selección de fuentes del casi desconocido pensamiento político ruso (presoviético). Cabe recordar que el único estudio en español pertenece a una antigua edición de la Historia del pensamiento político ruso, de V. Utechin.

La recopilación de este casi inubicable material se debe a la directora del Departamento de Ruso de la EOI de Burgos (España) y colaboradora de la revista Filosofía de la Academia de Ciencias de la ex URSS y fue publicado en la importante colección de Clásicos del Pensamiento y editada por Tecnos desde hace varias décadas, como el número 145. La misma editorial imprimió previamente las traducciones y los estudios de Novikova sobre las ideas de Herzen (Pasado y pensamientos) (n° 107) y Rusia y Occidente (n° 124), que reúne trabajos de los zapadniki u occidentalistas rusos del siglo xix..

La obra agrupa en más de 200 páginas una excelente selección de textos que abarcan desde el siglo xi hasta el xviii y se refieren a la temática expansionista, que en el caso ruso se conoce como "la tercera Roma", así como la de los EE.UU.: "Destino Manifiesto".

El documento básico de la obra –y que da nombre al libro– pertenece a una carta del igúmeno Filoféy dirigida al boyardo Mijaíl Misur Munejin, de la corte de Iván iv groznyi ("el temido" y no "el terrible") donde le expresa "...todos los imperios cristianos se han unido al final en el único imperio de nuestro soberano, según los libros de los profe-

tas, es decir, el Imperio Romano. Porque dos Romas (Roma y Constantinopla) han caído, pero la tercera está firme y no habrá una cuarta" (pág. 115).

Olga Novikova, autora de un importante e indispensable –para un tema tan ajeno a nuestro conocimiento histórico– estudio preliminar, inicia la recopilación con varios textos anteriores que corresponden a la mentalidad mesiánico-religiosa del antiguo pueblo cristiano ruso. Tales, por ejemplo, el discurso Sobre la Ley y la Gracia de Hilarión o la Instrucción de Semion, obispo de Tver.

De no menor importancia resulta la publicación de textos vinculados con la ortodoxia y la heterodoxia –con sus implicancias en el campo de lo político– como el 13er discurso de Iosif Sanin Volotski –conocido en Occidente como Joseph of Volokolamsk–, uno de los pensadores "político-religiosos" más importantes del "medioevo" ruso y "padre del original absolutismo".

El capítulo v –y último– reúne escritos referidos al absolutismo (el monarca absoluto) –o "autosustentador" (en ruso)– que fundamentaron el poder político de los zares (césares) del Imperio de Todas las Rusias. Allí encontramos la primera y tercera epístolas de Andréi Kurbski al zar Iván III, como dos respuestas de éste, como también la Gran Súplica, de Iván Peresvétov. Resulta de importancia señalar, para los interesados en esta temática, que existe una reciente y cuidada edición en italiano sobre la correspondencia de Iván El Terrible y el príncipe Kurbski, publicada por la editorial Adelphi bajo el nombre de Un buen governo nel regno (año 2000).

Este importante aporte de la editorial Tecnos al pensamiento político de la que sigue siendo la segunda potencia mundial, se completa con el estudio preliminar citado, que permite al lector un encuadre histórico-político de la semidesconocida historia de Rusia en tan largo período. El análisis ha sido distribuido temáticamente en "El estado justo y el príncipe ideal: el programa de la oposición"; "La ideología estatal y religiosa (la tercera Roma)"; "La Iglesia y el Estado: el poder y la actitud de los heterodoxos"; "La Santa Rusia, crítica y apologías del absolutismo"; capítulos que permiten hacernos una idea de la profundidad del contenido de la obra.

FLORENCIO HUBEÑÁK

MUERTE Y SUPERVIVENCIA, Scheler, Max, Madrid, Ediciones Encuentro, 2001, 92 págs.

La prematura e inesperada muerte de Max Scheler a los 53 años, en 1928, a causa de un ataque al corazón, interrumpió varios trabajos de este insigne filósofo. Uno de ellos, hallado en unos cuadernos que llevaban fecha de 1911 y 1916, publicado póstumamente en 1933, trata el tema de la muerte. Su única edición castellana data de 1934 y ahora se reedita por primera vez, con traducción de X. Zubiri.

Muerte y Supervivencia es una reflexión sobre la muerte y la vida, y la vida más allá de la muerte. Es un libro profundo, si bien breve. Su lectura nos ha traído muchas reflexiones. Quien se acerque a esta obra habrá de tener las suyas, esto es seguro. Nuestra tarea ahora es mencionar algunas de las de Scheler; sólo algunas, pues, pese a la brevedad del opúsculo, son ciertamente muchas las ideas que contiene. A la luz de la experiencia humana, ¿se puede creer en la supervivencia de la persona ocurrida la muerte? Ésta es la pregunta que intenta contestar el libro.

La división de los temas que sigue no es la del autor. Al no haber estado listo el trabajo para su publicación, fue necesario agrupar las ideas que se tratan en distintos lugares de la obra. El ensayo presenta sólo dos partes, "Naufragio de la creencia en la supervivencia de la persona" y "Tipos de la creencia filosófica en la supervivencia personal"; y un "Apéndice", que vuelve sobre los temas tratados.

Las que siguen son las reflexiones de Scheler.

Fe y supervivencia. Es un prejuicio de la opinión moderna, nacida de la ilustración intelectual, la pretensión de haber acabado o destruido por refutación los sistemas de creencias religiosas. Ninguna

ciencia, por más avanzado que su estado sea, puede ser causa de muerte de una religión. Las religiones no se demuestran ni se refutan; y, en todo caso, se da el fenómeno contrario: los fines que la ciencia se propone se hallan determinados por el contenido de las concepciones religiosas. En el cruce de ambas, es la religión la que influye sobre la ciencia y no ésta sobre aquélla.

En el campo religioso, la supervivencia de la persona es un hecho que no se discute. El hombre antiguo, religioso por naturaleza, era bien consciente de la muerte, y más aun, vivía en vista de ella. El hombre moderno, en cambio, por su modo de vida y la clase de sus ocupaciones, expele la muerte de la zona clara de su conciencia, y no se preocupa por la vida de un más allá; es que al huirle al tema de la muerte, paso previo a la supervivencia, se inhabilita para su aceptación. Así lo había dicho Pascal: "los hombres, no habiendo podido remediar la muerte, la miseria, la ignorancia, han convenido, para ser felices, en no pensar en ello".

Vida y envejecimiento. La vida consiste en un proceso de dirección en el que se da un crecimiento de lo pasado a costa de la extensión de lo futuro. Bergson lo sugería con aquella metáfora según la cual "el pasado muerde cada vez más fuertemente sobre el futuro"; y el hombre moderno en este proceso es víctima de la ansiedad y del escepticismo. La ansiedad lo lleva a vivir aceleradamente; el escepticismo lo vuelve incrédulo. Busca "vivir a toda costa", se consume en un continuo apurar lo vivible.

Este apuro por vivir es distinto en cada etapa de la vida. El presente se muestra para el niño como una ancha y clara superficie del más abigarrado ser; para el adolescente y el muchacho, en cambio, como un ancho y claro camino que se extiende hasta perderse de vista, como un inmenso espacio libre en el cual el deseo, el anhelo, la fantasía dibujan mil figuras. Por cada trozo o momento de la vida, este espacio libre de vivir se angosta sensiblemente. Y esta vivencia, que está siempre ahí, constituye el fenómeno fundamental del envejecer; fenómeno que no existe para el mundo muerto. Las cosas muertas no envejecen.

La edad natural del hombre es algo muy distinto de esa artificial indicación numérica de los años vividos; es tan sólo la fracción de vida que ya ha vivido en relación con la muerte natural que ha de sobrevenirle. Sólo así es comprensible el que pueda decirse de alguien, con

perfecto sentido: es mucho más joven de la edad que tiene (refiriéndose a la edad artificial), o está muy viejo para sus años.

Muerte y experiencia. La muerte no es en nosotros un conocimiento empírico. Sin embargo, tenemos certeza de ella. ¿Cómo sabemos que tarde o temprano habremos de enfrentarnos con la muerte? ¿Sólo porque vemos morir a los demás? ¿O por algo interior? La muerte forma parte de la experiencia de toda vida, desde dentro y desde fuera. Toda nuestra conducta está signada por este hecho, todos los actos de nuestra vida llevan su impronta. Actuamos, conscientes o no de ello, con miras a la muerte, a punto tal que no podemos imaginar nuestra vida sin ella. No debe sorprendernos como una experiencia contingente, como un muro contra el cual chocásemos. La muerte no es algo que aparece contingentemente, sino que es un elemento necesario y evidente en la experiencia interna del proceso vital.

Existen diversas maneras y grados en que la idea de la muerte se da en el hombre, y según estas maneras, se producen comportamientos: el miedo, el tranquilo aguardar, la entrega... y hay oscurecimientos e iluminaciones de este saber la muerte. La represión es un modo de oscurecimiento, que puede ser general y normal o particular (y anormal); este último es el del hombre moderno.

El primero, normal, es de gran utilidad vital, pues si tuviésemos siempre presente la muerte y el corto tiempo que vamos a morar aquí, no les concederíamos ninguna importancia a los asuntos del día, a nuestros trabajos y a nuestras ocupaciones. Porque de aclararse la idea de la muerte, la serenidad que habita en el hombre sería imposible; de allí que el peculiar sentimiento de seguridad que anida en el hombre sea uno de los fenómenos más asombrosos que existen. Esta oscuridad, que parte de un impulso vital, es lo que permite aquel fenómeno que Scheler denomina frivolidad metafísica, e.d., ese inquietante sosiego y jovialidad ante el grave e importante problema de la muerte.

El segundo modo de represión, anormal, se da en el gran cuadro unitario del hombre occidental de Europa, un hombre que vive para el trabajo y la ganancia. Faenas que para el hombre antiguo estaban limitadas por las necesidades vitales, se convierten para el hombre moderno en impulsos propios infinitos. Este hombre mide la generación, cuenta los hijos, su número se hace dependiente de la estructura económica; "pobre" significa para él "desesperado"; los hijos ya no

son para él "el regocijo de los regocijos". Las relaciones humanas quedan signadas por la desconfianza. Las antiguas virtudes basadas en la lealtad y la fidelidad se fundan ahora en arbitrarios contratos. "Pensar" es ahora "calcular", y todos los valores vitales tienden a subordinarse, incluidos la moral y el derecho, a la utilidad y a la máquina. Su hábitat no es para este hombre el hogar orgánico y lleno de calor de antaño, sino un frío objeto de cálculo, algo que no es amado y contemplado, sino calculado y elaborado. Las cosas son un medio de canje para el dinero, no es el dinero un medio de canje para las cosas. En este contexto, el poder es cada vez más una secuela de la riqueza. Todos estos impulsos han de fundamentar una nueva actitud interna ante la muerte. El resultado íntimo es la ilusión de una interminable continuación de la vida, cuyo correlativo sucedáneo es el trabajar y ganar sin fin, el llamado progreso, en el cual el progresar mismo se convierte en el sentido del progreso. A este hombre la muerte le sobreviene como una catástrofe. En el hombre antiguo, en cambio, la muerte era un poder rector y conformador de su vida.

Muerte e inmortalidad del alma. La inmortalidad del alma no es algo que pueda demostrarse; simplemente porque es algo negativo y como tal no susceptible de demostración. La carga de la prueba recae entonces sobre quien afirma la muerte de la persona. Porque el no ver a la persona como tal no significa nada. Invisible es también en cierto sentido la persona en su íntegra conformación de materia y espíritu, y lo es –primero que nada– el espíritu de la persona o la persona en tanto espíritu, aun cuando hablo con ella y cuando se expresa o me ve. El que no la veamos después de la muerte quiere decir muy poco, puesto que nunca se puede ver a la persona (en su íntegra conformación) con los sentidos. ¿Sería una prueba contra su existencia el que la persona no fuese visible ni perceptible después de la muerte? No lo sería, porque no era visible ni perceptible ni siquiera durante su vida; éranlo sólo sus piernas, sus músculos, su cabeza, etc. El que los fenómenos de expresión desaparezcan después de la muerte es una razón tan sólo para que yo no pueda entender a la persona; pero no una razón para suponer que no exista. No está escrito en ninguna parte que la persona deba perdurar siempre, pero la falta de fenómenos de expresión no es un motivo para admitir que no perdure. Lo único que puede deducirse es que ha variado el "escenario" de su expresión. Un hecho cierto es el de la existencia de ciertas relaciones que no mueren

("relaciones de sentido"). La amistad puede dejar de existir si yo desilusiono al amigo o violo el lazo de amistad. Pero no se puede decir que eso acontecerá si yo muero. ¿Podrían los efectos de una bala o la calcificación de las arterias perturbar, anular o alterar estas relaciones de sentido? Esto sólo puede ser negado por un positivismo y un biologismo que desconocen las cosas más elementales.

Kant y Goethe. Kant justifica la supervivencia de la persona en la infinita tarea moral que el imperativo categórico plantea. Si se mira, a la vez, la finitud de la vida y la debilidad de las fuerzas humanas frente a esa tarea, se deduce una existencia personal después de la muerte para cumplir dicha exigencia. Éste es el argumento kantiano en favor de la justificación de supervivencia. Goethe, menos formalista y más romántico, esgrime otro argumento, al que Scheler declara mayor simpatía. Funda la supervivencia de la persona en la conciencia inmediata del excedente de energía del espíritu, en la inadecuación entre la afirmación infinita con el destino seguro y claro de un cuerpo que envejece. "Aquellos que no esperan en otra vida están también muertos para ésta", podría decir el gran escritor con Lorenzo de Médicis, señala Scheler; o en las propias palabras de Goethe: "Este pensamiento (de la muerte) me deja absolutamente tranquilo, porque tengo la persuasión firme de que nuestro espíritu es una esencia de naturaleza indestructible, es algo que continúa actuando por una eternidad de eternidades, semejante al sol, que parece ponerse solamente ante nuestros ojos terrestres, pero que en realidad no se pone nunca, sino que continúa brillando incesantemente".

JAVIER H. BARBIERI

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de mayo de 2004
en Impresiones Sud-América S.A.,
Andrés Ferreyra 3767/69, 1437,
Buenos Aires, República Argentina.