

REFLEXIONES PRAGMÁTICAS SOBRE DERECHO DE FAMILIA



Unidad Técnica Ejecutiva
del Sector de Justicia

Comisión Coordinadora del Sector de Justicia

Comisión Coordinadora del Sector de Justicia

Dr. José Salomón Padilla

Presidente de la Corte Suprema de Justicia



General de División David Munguía Payés

Ministro de Justicia y Seguridad Pública



Lic. Luis Antonio Martínez González

Fiscal General de la República



Lic. Sonia Elizabeth Cortez de Madriz

Procuradora General de la República



Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura



Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Director General

Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia



346.015

R332 Reflexiones pragmáticas sobre derecho de familia / Octavio Humberto Parada Cerna... [et al.]. -- 1ª ed. -- San Salvador, El Salv. : sv Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2013. 352 p. ; 23 cm.

ISBN 978-99923-927-9-9

1. Derecho de familia-El Salvador. 2. Derecho civil. I. Parada Cerna, Octavio Humberto, coaut. II. Título.

@Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador

Todos los derechos reservados

Elaboración y coordinación de proyecto

Lic. José Alberto Franco Castillo (Coordinador)

Licda. Jennifer Lisset Serrano de Morales (Asistente)

Consejo Nacional de la Judicatura

Autores

Octavio Humberto Parada Cerna

Mario Francisco Mena Méndez

Geraldine Alcira Figueroa de Alvarez

Marisa Herrera

Diego Benavides Santos

Nora Lloveras

Aida Kemelmajer de Carlucci

Eleonora Lamm

Cecilia P. Grosman

Laura Cantore

María Victoria Pellegrini

Juan Pablo María Viar

Héctor Angel Raffo

Diseño y diagramación

Guadalupe Hernández Mejía

Impresión

Talleres Gráficos UCA

1ª. Edición 2013

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Reflexiones pragmáticas en Derecho de Familia, en su Primera edición fue realizada por el Consejo Nacional de la Judicatura

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador, El Salvador

Tels. (503) 2250-0538, 2523-3000

www.cnj.gob.sv

UNIDAD TÉCNICA EJECUTIVA DEL SECTOR DE JUSTICIA

7ª C.P.# 5143, Col. Escalón.

Tels. (503) 2263-2144, fax. 2263-2275

www.ute.gob.sv

Esta obra fue posible gracias al apoyo técnico y financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y con la coordinación de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia.

PLENO DEL CONSEJO



Presidente

Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Concejales Propietarios

Lic. Manuel Francisco Martínez

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández

Lic. Luis Enrique Campos Díaz

Licda. Marina de Jesús Marenco de Torrento

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón– Director en funciones Ad Honorem

Lic. José Hugo Granadino – Sub Director



CONTENIDO

Presentación	9

Parte I. Contexto Nacional

1. La aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil al Recurso de Apelación en materia de familia <i>Por Octavio Humberto Parada Cerna</i>	13
2. El desarrollo del Proceso de Familia <i>Por Octavio Humberto Parada Cerna</i>	67
3. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Las Niñas, Niños y Adolescentes Sujetos de Derechos <i>Por Mario Francisco Mena Méndez</i>	111
4. La adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes desde la doctrina de la protección integral de sus derechos <i>Por Geraldine Alcira Figueroa de Alvarez</i>	123

Parte II. Contexto Internacional

5. “Diversas formas de organización familiar y derechos humanos. Algunos apuntes sobre el derecho de familia contemporáneo” <i>Por Marisa Herrera</i>	135
6. El Derecho Procesal de Familia a través de veintitrés tesis <i>Por Diego Benavides Santos</i>	181
7. La mujer en los siglos XX y XXI <i>Por Nora Lloveras</i>	203
8. El embrión no implantado en el proyecto de código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común <i>Por Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm</i>	237
9. Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y derecho de familia <i>Por Cecilia P. Grosman y Marisa Herrera</i>	257
10. Orden público e Intersexualidad en la jurisprudencia argentina <i>Por Laura Cantore</i>	293
11. Intersecciones entre dos sistemas normativos: la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y el derecho de familia <i>Por María Victoria Pellegrini</i>	321
12. ¿Qué hacer con los agresores que continuamente quebrantan las medidas de protección? Necesidad de la creación de una figura penal específica <i>Por Juan Pablo María Viar y Héctor Angel Raffo</i>	339

Presentación

Representar mediante la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, la importancia de las diversas formas de interpretación del Derecho de Familia y las posibilidades de acceso al servicio de justicia para la totalidad de miembros que integran la sociedad salvadoreña, constituyen el propósito central de la primera edición de la obra “*Reflexiones pragmáticas de Derecho de Familia*”.

La publicación de esta obra es otro esfuerzo editorial del Consejo Nacional de la Judicatura, a través de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, gracias al apoyo técnico y financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) bajo el proyecto “*Fortalecimiento de la Institucionalidad relativa a la Calidad de la Justicia y Seguridad por medio del Aumento de la Efectividad y la Reducción de la Impunidad en los Delitos contra la vida, la Integridad Física y la Violencia de Género en El Salvador*” (FORCEF, fase II).

Ante estos dieciocho años del nacimiento de la jurisdicción familiar, es de trascendencia reconocer que todo el camino recorrido por esta jurisdicción ha llevado al/a abogado/a salvadoreño/a y a la sociedad salvadoreña, a ajustarse a una nueva cultura de paz, de armonía social y contribuir de esa forma a darle vigencia a un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

La profundidad del Derecho de Familia y sus principales instituciones como: el matrimonio, el divorcio, la unión no matrimonial, la filiación, la adopción, la tutela, el estado familiar y la autoridad parental, en sus diversas manifestaciones, así como el tratamiento judicial que se ha dado a temas de frecuente disputa en los conflictos familiares: los alimentos, los derechos de la niñez-adolescencia y finalmente la protección de las persona con capacidades especiales y la población adulta mayor, nos hacen reconocer su gran impacto conceptual y pragmático, encaminado al desarrollo de una forma de administrar justicia, más respetuosa de los derechos humanos de los grupos sociales vulnerables: niñas, niños, adolescentes, la mujer, personas con capacidades especiales y adultas mayores.

Esta obra responde al reto de innovar y eficientizar la función pública de administrar justicia, basada en el respeto de la Doctrina Internacional del Derecho de Familia e impulsar la gran gama de principios modernos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el texto se aborda diferentes temáticas que son relevantes en el actual Derecho Internacional de Familia y que nuestro país debe iniciar a afrontar estos debates académicos para responder a estas realidades sociales. Así, su primera parte

aparece el contexto nacional, donde emerge el primer capítulo sobre La aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil en el Recurso de Apelación en materia de familia. El segundo capítulo es relativo a El desarrollo del Proceso de Familia. El tercer capítulo se circunscribe a La ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Las niñas, niños y adolescentes sujetos de derechos. En el cuarto capítulo se encuentra La adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes desde la doctrina de la protección integral de sus derechos. En la segunda parte surge el contexto internacional, que en el quinto capítulo relata las Diversas formas de organización familiar y derechos humanos. El sexto capítulo se introduce en El Derecho Procesal de Familia a través de veintitrés tesis. El séptimo capítulo reflexiona sobre La mujer en los siglos XX y XXI. El octavo capítulo detalla y analiza El embrión no implantado en el proyecto de Código Unificado Argentino. El capítulo noveno introduce el estudio de: Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia. El decimo, está referido al Orden público e Intersexualidad en la jurisprudencia argentina. El Capítulo decimo primero, introduce las Intersecciones entre dos sistemas normativos: la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y el Derecho de Familia. Finalmente, el capítulo decimo segundo incorpora lo relativo a ¿Que hacer con los agresores que continuamente quebrantan las medidas de protección? necesidad de la creación de una figura penal específica.

Es muy oportuno y merecido destacar que el CNJ agradece y reconoce el distinguido esfuerzo académico de todos/as los/as profesionales que han facilitado sus trabajos individuales y colectivos para esta obra. También se agradece a la Universidad Capitán General Gerardo Barrios por su contribución al CNJ mediante la cesión de artículos relevantes para esta compilación.

Estimular el análisis, provocar la discusión y orientar la práctica jurídica hacia una justicia integral, como factor esencial de avance y desarrollo de la sociedad salvadoreña en el Estado Constitucional de Derecho, es uno de los principales propósitos de nación al que busca contribuir el Consejo Nacional de la Judicatura, con la primera edición de esta obra que hoy pone en sus manos.

Consejo Nacional de la Judicatura

Parte I

Contexto Nacional

CAPÍTULO I

La aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil al Recurso de Apelación en materia de familia

Octavio Humberto Parada Cerna¹.

SUMARIO

1.- Introducción: 1.1. Uso de Abreviaturas, 1.2. Normativa Legal, 1.3. Generalidades, 1.4. Los Jueces de Paz, 1.5. Clasificación de las Resoluciones Judiciales, 1.6. Una Idea de lo que es el Recurso de Apelación. 2.- Requisitos de admisibilidad: 2.1. La Procedencia del Recurso.- 2.2. Los Sujetos de la Apelación.- 2.3. La Forma de Interposición: A) La Forma Oral, B) La Forma Escrita, C) Procesos de Violencia Intrafamiliar, D) Interlocutoria en una Diligencia.- 2.4 El Tiempo de Interposición: A) Procesos y Diligencias de Familia, B) Procesos de Violencia Intrafamiliar.- 2.5. Los Puntos Impugnados de la Decisión.- 2.6. La Fundamentación del Recurso.- 2.7. La Petición en Concreto.- 2.8. La Resolución que se Pretende.- Conclusión.- Otras Exigencias Legales: A) El Funcionario Judicial Competente, B) La Legalización de Firmas, C) La Legitimación de la Personería, D) Poder para Proceso Específico, E) Prevención para Legitimar Personería, F) El Código Tributario.- 3.- Clasificación del recurso de apelación: 3.1. La Apelación Subsidiaria, 3.2. La Apelación Diferida, 3.3. La Apelación Adhesiva, 3.4. La Apelación de Hecho y 3.5. La Apelación Corriente.- § Otros Aspectos de la Clasificación: A) Providencias Apelables, B) Resoluciones Inapelables, C) Apelación Subsidiaria, D) Apelación Diferida, E) Apelación Adhesiva, F) Apelación de Hecho, G) Apelación Corriente.- 4.- Pruebas en segunda instancia.- 5.- Consideraciones finales.-

1.- INTRODUCCIÓN

Con estas líneas, el compilador de ellas pretende hacer un análisis de la normativa procesal familiar aplicable al recurso de apelación, pero enfocado de manera especial a la legislación común supletoria o sea la que se utiliza de soporte para resolver la problemática de vacíos legales, omisiones u otras deficiencias que ha presentado y todavía sigue presentando la Ley Procesal de Familia; y nos referimos al Código Procesal Civil y Mercantil, que entró en vigencia el día uno de julio del año dos mil diez que derogó el Código de Procedimientos Civiles, normativa última que durante casi dieciséis años, se aplicó supletoria y satisfactoriamente a aquellas situaciones que no se encontraban reguladas de manera expresa o clara en la legislación adjetiva de familia.

1. El Dr. Octavio Humberto Parada Cerna es Magistrado de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, con sede en la Ciudad de Santa Ana - El Salvador - Centro América.

1.1. USO DE ABREVIATURAS

En el desarrollo de este ensayo se utilizan algunas abreviaturas para hacer referencia a determinados cuerpos legales y son las siguientes: “Pr.F.” es la correspondiente a la Ley Procesal de Familia, “Pr.C.M.” es la relativa al Código Procesal Civil y Mercantil y “LCVI” es la concerniente a la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.

1.2. NORMATIVA LEGAL

El recurso de apelación, en materia procesal de familia, tiene regulación especial y diferente a la establecida en materia civil (y mercantil) y se encuentra contemplada en el Capítulo VI del Título IV de la Ley Procesal de Familia, específicamente en los arts. 147 a 149 Pr.F. que regulan las “*DISPOSICIONES COMUNES*” de los recursos y en los arts. 153 a 169 Pr.F. que contienen las normas relacionadas exclusivamente con el “*RECURSO DE APELACIÓN*”.

Pero estas veinte disposiciones legales no bastan ni son suficientes para resolver la singular problemática que nos presenta esta suerte de impugnación de providencias judiciales, por lo que en la actualidad son complementadas con las regulaciones del Código Procesal Civil y Mercantil en virtud de su aplicación supletoria a la legislación adjetiva familiar contemplada en los arts. 218 Pr.F. y 20 Pr.C.M.

1.3. GENERALIDADES

Cuando en este ensayo se haga referencia al “Proceso de Familia”, se comprenden en esa expresión, en lo que fuere aplicable: [a] las “Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Familiares” (art. 179 a 183 Pr.F.), [b] los “Procesos de Violencia Intrafamiliar” cuyo conocimiento corresponde indistintamente a los Jueces de Paz y a los Jueces de Familia (arts. 20, 32 y 44 LCVI); y [c] las “Diligencias de Naturaleza Familiar” contempladas en los arts. 206 a 210 Pr.F. encomendadas por el legislador a los Jueces de Paz.- Y cuando se haga referencia a los Jueces de Familia también se comprenden a los Jueces de Paz en los respectivos casos.

El recurso de apelación se interpone ante el Juez de Familia que ha diligenciado el proceso y lo ha de resolver en segunda instancia la Cámara de Familia competente en razón del territorio, pero por regla general la mayor parte de su tramitación la realiza ese Juez de Familia, diferente a lo que ocurre en materia procesal civil y mercantil, según la cual la actuación del juzgador que ha conocido en primera instancia encuentra limitada a recibir el escrito de apelación presentado, a notificarlo a la parte contraria y enviarlo con la pieza principal del proceso dentro del plazo legal, al Tribunal que conocerá en segunda instancia (art. 512 inc. 1º Pr.C.M.).

1.4. LOS JUECES DE PAZ

Tanto los Jueces de Paz como los de Familia, conforme a la “Ley Contra la Violencia Intrafamiliar”, son competentes para el conocimiento y decisión de los procesos de violencia intrafamiliar y algunas de sus decisiones son recurribles en apelación, la cual se interpone ante el Juez de Paz o de Familia que se encuentre conociendo del proceso y el Tribunal que ha de resolver tal impugnación será la Cámara de Familia competente por razones territoriales aunque sea el Juez de Paz el que haya pronunciado la decisión de la cual se recurre y se tramita en idéntica forma al recurso de apelación interpuesto en los procesos de familia regulados por la “Ley Procesal de Familia”, por aplicación supletoria de ésta a aquélla, tal como se encuentra contemplado en el inciso primero del art. 32 LCVI.

Por otra parte, en el art. 206 Pr.F. se dispone que los Jueces de Paz estén facultados para conocer de las siguientes diligencias que son exclusivamente de naturaleza familiar:

PRIMERO.- Celebrar audiencias conciliatorias sobre: [a] el cuidado personal de niñas, niños y adolescentes; [b] el régimen de comunicación, visitas, estadía y trato de tales menores de edad con aquel de sus padres que no tenga su cuidado personal; [c] la fijación de cuotas alimentarias y [d] la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.

SEGUNDO.- Decretar medidas cautelares, especialmente las de protección respecto de cualquiera de los miembros de la familia, es decir que pueden decretar medidas cautelares consistentes en órdenes que el Juez de Paz considere necesarias para la protección personal de los miembros de la familia o para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta, durante el tiempo establecido por el Juez en su resolución (arts. 75 y 76 Pr.F.).

En cuanto a las decisiones de los Jueces de Paz que ordenen “*MEDIDAS DE PROTECCIÓN*” que, según la Ley Procesal de Familia, son una especie de medidas cautelares y entre las cuales se encuentran comprendidas las órdenes judiciales de “*RESTRICCIÓN MIGRATORIA*”, son apelables de conformidad a lo dispuesto en el literal “f)” del art. 153 Pr.F., por lo que se aplicarán a tales órdenes las reglas del recurso de apelación contempladas en la Ley Procesal de Familia y desarrolladas en el presente ensayo.

TERCERO.- La ejecución de los acuerdos conciliatorios homologados por ellos mismos o sean los Jueces de Paz (arts. 85, 170 y 172 Pr.F. y 551 y 561 inc. 2º

Pr.C.M.) y de las resoluciones que adopten (arts. 76 y 77 Pr.F.) sobre las materias indicadas en los numerales que anteceden.

CUARTO.- La práctica de cualquier diligencia que les encomienden los Tribunales de Familia, como serían las comisiones procesales contempladas en el art. 141 Pr.C.M..

1.5. CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En el art. 150 Pr.F., al regular la procedencia del recurso de revocatoria, el legislador clasificó las decisiones judiciales en [a] decretos de sustanciación, [b] sentencias interlocutorias y [c] sentencias definitivas.

En la legislación procesal civil derogada se hacía la siguiente clasificación de las resoluciones judiciales: 1) las “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS*”, llamadas también autos, que a su vez eran divididas en tres: [a] “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS SIMPLES*”, que se daban sobre algún artículo o incidente, [b] “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CON FUERZA DE DEFINITIVAS*”, que producían daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva y [c] “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS QUE PONÍAN FIN AL PROCESO*”, que hacían concluir el proceso en forma anormal, imposibilitando su continuación; 2) las “*SENTENCIAS DEFINITIVAS*”, en las que el Juez, concluido el proceso, resolvía el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado; y 3) los “*DECRETOS DE SUSTANCIACIÓN*”, que eran las otras providencias que en el curso de la causa expedía el Juez o que daban impulso al proceso y no causaban estado (arts. 417, 418, 419, 984 incs. 2º y 3º del derogado Código de Procedimientos Civiles).

La normativa procesal vigente, específicamente el art. 212 Pr.C.M., clasifica las resoluciones judiciales en decretos, autos y sentencias.- Mediante los “*DECRETOS*” se impulsan y ordenan materialmente los procesos.- Los “*AUTOS*” se dividen en dos: [a] “*AUTOS SIMPLES*”, que se dictan, entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; y [b] “*AUTOS DEFINITIVOS*”, que ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso o si así lo determina el Código Procesal Civil y Mercantil.- Y las “*SENTENCIAS*”, que deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso.

De lo anterior resulta que en el ramo procesal de familia, en relación a la materia procesal civil y mercantil: [a] los decretos de sustanciación corresponden a los decretos; [b] las sentencias interlocutorias simples, a los autos simples; [c] las

sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso, a los autos definitivos; y [d] las sentencias definitivas, a las sentencias.

Lo expuesto en los dos párrafos precedentes trae como consecuencia que las “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CON FUERZA DE DEFINITIVAS*” ya no tendrían existencia legal por carecer de regulación alguna en la normativa procesal civil y mercantil, aplicable supletoriamente a la adjetiva familiar, lo que podría implicar potenciales problemas a los juzgadores de la competencia de familia cuando pronuncien una decisión que produzca un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva y no se encuentre contemplada en forma expresa como apelable, tanto en la ley Procesal de Familia como en el Código Procesal Civil y Mercantil.

1.6. UNA IDEA DE LO QUE ES EL RECURSO DE APELACIÓN

Con el fundamento de las disposiciones legales adjetivas de familia que regulan el recurso de apelación, podríamos decir que éste es un medio de impugnación concedido por la ley a los representantes judiciales de las partes, al Procurador de Familia y a terceros interesados en los procesos de familia y de violencia intrafamiliar o en las diligencias de naturaleza familiar, con el objeto de reclamar contra determinadas providencias pronunciadas por los Jueces de Familia o de Paz en su caso, el cual es interpuesto y tramitado ante tales funcionarios judiciales, a fin de que la Cámara de Familia competente en razón del territorio declare su nulidad o las revoque o las modifique y pronuncie la decisión correspondiente.

2.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Para que el recurso de apelación pueda ser admitido se deben cumplir determinados requisitos establecidos por la Ley Procesal de Familia y/o el Código Procesal Civil y Mercantil y son los siguientes: 1) la procedencia del recurso, 2) los sujetos de la apelación, 3) la forma de interposición, 4) el tiempo de interposición, 5) los puntos impugnados de la decisión, 6) la fundamentación del recurso, 7) la petición en concreto y 8) la resolución que se pretende.- Enseguida se exponen y desarrollan todos y cada uno de estos requisitos.

2.1. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

El requisito de la procedencia del recurso encuentra su explicación en la siguiente interrogante: ¿contra qué decisiones judiciales procede el recurso de apelación?.- El art. 153 Pr.F. declara que, en primer lugar, tal medio de impugnación procede contra toda *SENTENCIA DEFINITIVA* pronunciada en primera instancia y,

en segundo término, contra las resoluciones que tal disposición enumera en sus once literales.

Pero de esta última clase de resoluciones apelables, en los inicios de la aplicación de la legislación familiar, surgieron discrepancias de criterios y diferentes opiniones que se resumían en una sola pregunta: ¿era taxativa esa enumeración? o, formulada de otra manera, ¿podrían haber otras providencias que fuesen alzables, además de las mencionadas en tal enumeración?

El punto de vista predominante se inclinaba hacia la tendencia de que esa enumeración de resoluciones no era taxativa y que, en consecuencia, existían otras decisiones judiciales que podrían admitir el recurso de apelación y tal apreciación se fundamentaba en la aplicación supletoria del derogado Código de Procedimientos Civiles (art. 218 Pr.F.).- Actualmente tiene su base en la supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil (art. 20 Pr.C.M.).- Examinemos algunos casos o ejemplos para dar nuestro voto de credibilidad a esa inclinación mayoritaria.

PRIMERO.- El literal “a)” del art. 153 Pr.F. establece que el recurso de apelación procede contra la resolución que declare “*INADMISIBLE*” la demanda o su modificación o ampliación.- Al respecto nos preguntábamos si seríaalzable la decisión judicial que rechazara una demanda por ser considerada manifiestamente “*IMPROPONIBLE*” o por ser “*IMPROCEDENTE*” o “*INEPTA*” (art. 197 del derogado Código de Procedimientos Civiles y 45 Pr.F.).

No cabe duda que aquí había y todavía persiste un vacío legal (por no decir dos o más) y actualmente lo hemos cubierto aplicando (supletoriamente) el inciso segundo del art. 277 Pr.C.M. al establecer que, en el proceso común, “*El auto por medio del cual se declara IMPROPONIBLE una demanda admite apelación.*”; o el art. 508 Pr.C.M. al disponer que “*Serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan FIN AL PROCESO, así como las RESOLUCIONES QUE LA LEY SEÑALE expresamente.*” (las palabras escritas con letras mayúsculas se encuentran fuera del texto legal); de donde llegamos a la conclusión de que la decisión judicial que rechace una demanda por ser *IMPROPONIBLE*, será apelable por disponerlo en forma expresa la ley y en cuanto a las resoluciones que declaren su *IMPROCEDENCIA* o su *INEPTITUD* también serán recurribles en apelación por tratarse de “*AUTOS DEFINITIVOS*” que, según el inciso segundo del art. 212 Pr.C.M., son resoluciones judiciales que “*le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina este código.*”, es decir el Código Procesal Civil y Mercantil.

Este tipo de decisiones judiciales, en materia de familia, las calificamos como “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS QUE PONEN FIN AL PROCESO*” y las

tratamos de conceptualizar como las providencias judiciales cuyo efecto legal o consecuencia es la conclusión anormal de cualquier clase de procesos o de diligencias de naturaleza familiar y que, por lo tanto, imposibilitan su continuación en primera o en segunda instancia, o mediante el recurso de casación, según el caso.

SEGUNDO.- Otro ejemplo lo encontramos en el literal “f)” del mismo art. 153 Pr.F., que establece la procedencia del recurso de apelación contra la resolución “*que decrete, modifique, sustituya o deje sin efecto medidas cautelares;*”, de donde resulta la interrogante de si seríaalzable la decisión judicial que “*DENIEGUE medidas cautelares*”.- Ésta es una resolución que podría provocar un daño o un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva o que difícilmente podría ser reparado por tal providencia, ya que si un Juez de Familia *DENIEGA* solicitudes de “*medidas cautelares establecidas en las leyes y las necesarias para la protección de los miembros de la familia o evitar que se causen graves daños o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta*” (art. 76 inc. 1º Pr.F.), no hay duda de que tal decisión judicial es capaz de provocar un daño o un perjuicio que con mucha dificultad podría ser reparado por la sentencia definitiva y ha sido considerada como una *SENTENCIA INTERLOCUTORIA CON FUERZA DE DEFINITIVA*, que no está comprendida como apelable en el art. 153 Pr.F.; pero aplicando supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil superamos esta omisión del legislador, pues el último inciso del Art. 53 Pr.C.M. dispone que “*La decisión que RESUELVA LAS MEDIDAS CAUTELARES ADMITIRÁ RECURSO DE APELACIÓN, pero si quien recurriese fuere aquel a quien las mismas perjudican el recurso se concederá sin efecto suspensivo.*” (mayúsculas fuera del texto legal).

TERCERO.- Esa misma interpretación se aplicaría al caso de las decisiones que denieguen “*MEDIDAS DE PROTECCIÓN*”, pues éstas forman parte de las “*MEDIDAS CAUTELARES*” y a esta conclusión se ha llegado por la redacción del inciso primero del art. 76 Pr.F., que literalmente dispone: “*El Juez podrá decretar las MEDIDAS CAUTELARES establecidas en las leyes y las que juzgue necesarias para la PROTECCIÓN personal de los miembros de la familia o evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta.*” (Mayúsculas fuera del texto legal).

De la transcripción que antecede se puede concluir que el legislador, en materia de familia, divide las medidas cautelares en dos clases: 1) las que han sido establecidas por las leyes y 2) las que el juzgador considera necesarias: [a] para la protección personal de los miembros de la familia, [b] para evitar que se causen daños graves, [c] para evitar daños de difícil reparación a las partes antes de la sentencia definitiva y [d] para asegurar provisionalmente los efectos de tal providencia.-

Las últimas, las medidas cautelares del numeral “2)”, son las que catalogamos como “medidas de protección”.

LA CONCLUSIÓN.- Lo anteriormente expuesto nos lleva la inevitable conclusión de que han existido, existen y existirán providencias judiciales a las que el legislador les concede el recurso de apelación, aún cuando no se encuentren contempladas en forma expresa en el art. 153 Pr.F.- En otras palabras, la enumeración que hace tal disposición no ha sido, no es, ni será taxativa.

2.2. LOS SUJETOS DE LA APELACIÓN

EL requisito de los sujetos del recurso de apelación se refiere a la determinación de las personas que pueden interponerlo o que tienen legitimación procesal para hacerlo o que les asiste el derecho de alzarse y la ley en forma expresa menciona [a] a los apoderados de las partes, [b] a los representantes de éstas a quienes les haya sido desfavorable la providencia, [c] el Procurador de Familia adscrito al tribunal familiar en que se tramita el proceso y [d] el tercero coadyuvante cuando su interés no se oponga al de la parte que ayuda (art. 154 Pr.F.).

EL PROCURADOR DE FAMILIA.- Debe tomarse en consideración que el legislador otorga el derecho de interponer el recurso de apelación al Procurador de Familia adscrito a los Juzgados de Familia, aún cuando en el proceso no se encuentren representando a la parte demandada en los casos expresamente autorizados por la ley (arts. 18 inc. 2º, 34 inc. 5º y 112 inc. 1º Pr.F.), en virtud de sus otras atribuciones legales, pues según el art. 19 Pr.F. “...*velará por el interés de la familia, de los menores, incapaces y de las personas adultos mayores...*”.

LAS PARTES.- La ley no ha hecho referencia a “las partes” como sujetos de la apelación porque éstas no pueden comparecer al proceso por sí mismas, sino que deben hacerlo por medio de apoderado o mandatario, o sea el profesional del derecho que se encuentre autorizado por la Corte Suprema de Justicia para ejercer la profesión de la abogacía (art. 67 inc. 1º Pr.C.M.) y que esté debidamente constituido, en virtud de la “*PROCURACIÓN OBLIGATORIA*” establecida en el art. 10 inc. 1º Pr.F., salvo que la parte procesal estuviese autorizada para ejercer la profesión de abogado.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.- En relación a los sujetos de la apelación, en el caso de los “procesos de violencia intrafamiliar”, en lo que respecta a los abogados no se aplica la regla de la procuración obligatoria, pues ese medio de impugnación lo pueden plantear directa y personalmente las partes (denunciante y/o denunciado-a), ya que la ley de la materia no dispone en forma expresa que la procuración sea obligatoria en tales procesos, sino que contempla la llamada

“asistencia letrada” en el art. 38 LCVI al disponer en su inciso primero que *“En los procesos y diligencias que se instruyan conforme a la presente ley, las partes podrán ser ASISTIDAS o no por abogado o abogada.”* y en el segundo inciso *“Si las partes o una de ellas carecieren de recursos económicos y solicitaren ASISTENCIA legal al juez o jueza, el Estado por medio de la Procuraduría General de la República, les proveerá de un Procurador Específico que los asista.”* (mayúsculas fuera del texto legal), lo cual significa que los *“ABOGADOS ASISTENTES”* no son representantes judiciales de la parte denunciante o denunciada, por lo que no pueden ni deben intervenir en nombre de ellas, simplemente podrán asesorarlas, como sería darles recomendaciones o aconsejarlas, pero no podrían representarlas ni gestionar a su favor; consecuentemente, no serían sujetos de la apelación.

Podríamos concluir que la *“ASISTENCIA LETRADA”* consiste en la actuación de los abogados encaminada a prestar socorro o favor o ayuda a las partes procesales, mediante consejos o recomendaciones, pero no significa que se encuentren facultados para actuar en nombre y representación de ellas, ni implica que puedan intervenir directamente en el proceso.

OTROS REPRESENTANTES JUDICIALES.- Cuando se menciona en el art. 154 Pr.F. al *“...REPRESENTANTE de la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia...”* (Mayúsculas fuera del texto legal), el legislador se está refiriendo a varias y diferentes situaciones y son las que a continuación se desarrollan.

PRIMERA.- Cuando *“CUALQUIERA DE LAS PARTES”* está siendo representada por un Defensor Público de Familia (representante del Procurador General de la República) por ser persona de escasos recursos económicos (arts. 10 inc. 2º Pr.F. y 39 lit. “f” de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

SEGUNDA.- Cuando *“EL DEMANDADO”* es representado por el Procurador de Familia adscrito al Juzgado de Familia (delegado del Procurador General de la República) por tratarse de una persona de “paradero ignorado”, (no es “domicilio ignorado” como inapropiadamente lo califican algunos profesionales) que habiendo sido emplazado mediante edicto publicado por tres veces en un diario de circulación nacional y que transcurridos quince días después de la última publicación no haya concurrido al tribunal para ejercer sus derechos, el Juez de Familia designa a dicho Procurador para que lo represente en el proceso (arts. 19 inc. 1º y 34 inc. 5º Pr.F.).

TERCERA.- Cuando *“EL DEMANDADO”* también es representado por el Procurador de Familia en el caso que haya sido emplazado personalmente, pero no compareció a contestar la demanda ni asistió a la audiencia preliminar, situación en la cual, al concluir la “fase conciliatoria” de esa audiencia, el Procurador de Familia

asume su representación, previa resolución del Juez de Familia (art. 112 inc. 1º Pr.F.).

CUARTA.- Cuando “*EL DEMANDADO*” es representado por un abogado designado por el Juez cuando la parte demandante esté siendo representada por un Defensor Público de Familia y el demandado se encuentre en cualesquiera de las situaciones contempladas en los dos numerales que anteceden, el Procurador de Familia, como “*DELEGADO*” del Procurador General de la República (arts. 19 inc. 1º y 112 inc. 2º Pr.F.), no podría asumir la representación del demandado, porque el mencionado Defensor es “*REPRESENTANTE*” del expresado Procurador General (art. 39 lit. “f” de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República) y tal funcionario no puede ni debe representar a las dos partes en un mismo proceso, situación irregular, ilegal y contra toda ética, que la hemos conocido como “*PATROCINIO INFIEL*”.

2.3. LA FORMA DE INTERPOSICIÓN

En las disposiciones comunes a los recursos, el inciso primero del art. 148 Pr.F. establece que “*Los recursos se interpondrán en FORMA ORAL en las audiencias o EN FORMA ESCRITA, en el tiempo y forma establecidos, bajo pena de inadmisibilidad.*” (Mayúsculas fuera del texto legal).

De esa disposición legal se deduce que la *FORMA* de interposición del recurso de apelación es de dos clases: la forma *ORAL* y la forma *ESCRITA*.

A. La forma oral

LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.- De la forma oral o verbal o de palabra se hace uso en las *AUDIENCIAS* o en algunas *DILIGENCIAS*, es decir que si nos encontramos en la audiencia preliminar o en la audiencia de sentencia o en una determinada diligencia y el Juez adopta alguna decisión constitutiva de sentencia interlocutoria que perjudica, daña o causa agravio a alguna de las partes, siendo apelable tal resolución, inmediatamente su representante judicial debe interponer la alzada en *FORMA ORAL* (verbal o de palabra) en la audiencia o en la diligencia (art. 156 inc. 1º Pr.F.).

LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS.- En cuanto a las sentencias definitivas no hay disposición expresa en la Ley Procesal de Familia que autorice la interposición del recurso de apelación en *FORMA ORAL*, pues en la primera parte del segundo inciso de su art. 156 se dispone que “*Si se trata de la sentencia definitiva la apelación DEBERÁ interponerse y fundamentarse POR ESCRITO, dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la sentencia.*” (mayúsculas fuera del

texto legal), por lo que en virtud de ese IMPERATIVO (“deberá”) que establece el legislador adjetivo familiar sobre la forma de interposición de la alzada de una sentencia definitiva, hemos llegado a la siguiente conclusión: en materia procesal de familia, el recurso de apelación que se interponga contra una *SENTENCIA DEFINITIVA* pronunciada por un Juez de Familia en forma oral, verbal o de palabra, ya sea en la audiencia preliminar o en la audiencia de sentencia, según el caso, *JAMÁS PODRÁ PROPONERSE VERBALMENTE, SIEMPRE DEBERÁ HACERSE POR ESCRITO* dentro del plazo de cinco días, el cual deberá contarse desde el instante o el momento en que finalice la audiencia.

Por otra parte y en abono a lo anterior, en la legislación supletoria, específicamente en los arts. 511 incs. 2º y 4º y 512 inc. 1º Pr.C.M., se menciona el “*ESCRITO*” de interposición del recurso; es más, en la última de las disposiciones citadas se establece que “*Presentada la apelación, el juez notificará a la parte contraria y se limitará a remitir el ESCRITO de apelación al tribunal superior dentro de los tres días siguientes, junto con el expediente.*” (mayúsculas fuera del texto legal), lo cual significa y da a entender que nunca se podría interponer tal recurso en forma oral, pues el juzgador de primera instancia debe enviar al de segunda el “escrito” de apelación, separadamente del expediente del proceso o pieza principal, tal como ocurre con el recurso de casación, en el que las Cámaras de Segunda Instancia remiten a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia el escrito de interposición del recurso y sus copias con la pieza principal y el expediente del incidente de apelación (art. 528 y 529 Pr.C.M.).

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.- Lo expuesto en este apartado y en el siguiente no tiene aplicación en los casos de los procesos de violencia intrafamiliar, pues la forma de interposición del recurso de apelación queda sujeta a lo que se encuentra regulado en forma expresa en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar (art. 32 LCVI).

B. La forma escrita

LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.- El recurso de apelación de las sentencias interlocutorias se debe interponer por *ESCRITO* cuando esas providencias no sean pronunciadas en una audiencia o en una diligencia (art. 156 inc. 1º Pr.F.), en cuyo caso se entiende que el Juez de Familia ha proveído su decisión en forma escrita y a título de ejemplo se citan los casos de resoluciones judiciales que declaran la inadmisibilidad de una demanda o de una reconvencción (arts. 153 lit. “a” y 96 parte final Pr.F.) o su improcedencia (art. 45 Pr.F.) o su improponibilidad (arts. 277 inc. 2º y 508 inc. 1º Pr.C.M.) o su ineptitud; o cuando se declara sin lugar la modificación o la ampliación de ellas (art. 153 lit. “a” Pr.F.), las cuales se proveen mediante decisión escrita que consta en el expediente del proceso.

LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS.- En cuanto a la interposición del recurso de apelación contra las sentencias definitivas pronunciadas en los procesos y diligencias de jurisdicción voluntaria de familia, como antes se expresó, siempre deben interponerse en forma escrita.

C. Procesos de violencia intrafamiliar

Y en lo que respecta a las decisiones que impongan medidas de protección, a las *SENTENCIAS DEFINITIVAS* recaídas en los procesos de violencia intrafamiliar y otras decisiones que podrían ser alzables, se debe estar a lo dispuesto en el inciso tercero del art. 32 LCVI: “*El recurso (de apelación) podrá interponerse DE PALABRA o POR ESCRITO en el acto de la notificación o dentro de los tres días hábiles siguientes.*” (lo escrito entre paréntesis y mayúsculas fuera del texto legal).- De modo que si se plantea ese medio de impugnación en el acto de la notificación, sea en forma oral o en forma escrita, ello no exime al recurrente del cumplimiento de los demás requisitos de admisibilidad de la alzada.

D. Interlocutoria en una diligencia

En los inicios de este apartado número “3) LA FORMA DE INTERPOSICIÓN”, decíamos que el recurso de apelación de una sentencia interlocutoria pronunciada en una audiencia o en una “*DILIGENCIA*” se debe interponer en forma oral.

¿Cómo podría proveerse una *SENTENCIA INTERLOCUTORIA EN UNA DILIGENCIA* y que el representante judicial de una de las partes se pueda alzar verbalmente o de palabra?

Al respecto se nos ocurre que si en una demanda de cuidado personal de un(a) niño(a) o un(a) adolescente, entre otros medios de prueba y conforme a los arts. 390 y 394 Pr.C.M., la parte demandante ofreció la prueba denominada “*RECONOCIMIENTO JUDICIAL*” en el inmueble que sirve de residencia al menor (conocida en la legislación procesal civil derogada como “Inspección Personal del Juez”) y, además, la recepción de las deposiciones de dos testigos, identificados con sus nombres y generales, residentes en el lugar de ubicación de ese bien raíz.- En la audiencia preliminar el Juez de Familia ordenó la recepción de esas pruebas y señaló una fecha específica para practicar el reconocimiento judicial en el referido inmueble, pero durante la práctica de tal medio probatorio y en el lugar de ubicación de referido bien, el juzgador decide (resuelve) que ya no recibirá las declaraciones de los testigos por considerarlas impertinentes.- Tal resolución fue adoptada en forma verbal o de palabra en la *DILIGENCIA* del reconocimiento judicial (“inspección personal del Juez”), por lo que *INMEDIATAMENTE* y en

forma *ORAL* (verbal o de palabra), el representante judicial de la parte demandante deberá interponer el recurso de apelación contra esa decisión judicial y el Juez lo deberá tener por interpuesto (arts. 153 lit. “h” y 156 inc. 1º Pr.F.).

En este caso pues, la alzada fue interpuesta en forma oral o verbal o de palabra en el desarrollo de una diligencia.

2.4. EL TIEMPO DE INTERPOSICIÓN

Decíamos anteriormente que *“Los recursos se interpondrán en forma oral en las audiencias o por escrito, en el TIEMPO y forma establecidos, bajo pena de inadmisibilidad.”* (art. 148 inc. 1º Pr.F., mayúsculas fuera del texto legal).

Ese tiempo de interposición del recurso de apelación lo establecen los dos primeros incisos del art. 156 Pr.F. y el inciso tercero del art. 32 LCVI, en vista de lo cual en el presente análisis haremos una diferencia entre: [a] los *PROCESOS Y DILIGENCIAS DE FAMILIA*, por regla general del exclusivo conocimiento de los Jueces de Familia y [b] los *PROCESOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*, que indistintamente son del conocimiento de los Jueces de Paz o de los Jueces de Familia.

A. Procesos y diligencias de familia

LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.- En lo que respecta a las sentencias interlocutorias, cuando se deba interponer el recurso de apelación en forma oral en una audiencia o en una diligencia, el tiempo de interposición del recurso será de inmediato o sea que el tal impugnación debe proponerse *INMEDIATAMENTE* después de haberse pronunciado la providencia de la que se recurre (parte final del art.156 inc. 1º Pr.F.).

Cuando la sentencia interlocutoria no es pronunciada en forma oral en una audiencia o en una diligencia, sino fuera de ellas y por escrito, según la primera parte del inciso primero del art. 156 Pr.F., *“El recurso de apelación deberá interponerse por escrito dentro de los TRES DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia interlocutoria,”* (mayúsculas fuera del texto legal).

Este plazo (dentro de los tres días siguientes a la notificación), es interpretado por el compilador de estas líneas en el sentido de que se cuenta a partir del instante o del momento en que se realiza la notificación o sea desde la hora en que ella se efectúa y concluye a las dieciséis horas (04.00 P.M.) del último día del tal término.- Pero si la notificación se hizo mediante telefacsíml, tal acto de comunicación se tiene por practicado transcurridas veinticuatro horas de su realización o envío (art.

33 inc.ult. Pr.F.), en cuyo caso el plazo se cuenta a partir de la hora que se tuvo por hecha la notificación y concluye a las dieciséis horas del último día del plazo.

EL CÓMPUTO DEL PLAZO.- La interpretación del cómputo del plazo de la manera expuesta en el párrafo precedente, en síntesis, se explica de la siguiente manera: [a] los plazos para el cumplimiento de los actos procesales se cuentan en días hábiles (art. 24 Pr.F.); [b] los días que no son hábiles los indican los incisos primero y segundo del Art. 1 y el art. 3 de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos; [c] los plazos vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo (art. 145 inc. ult. Pr.C.M.); y [d] las oficinas públicas laboran entre las ocho de la mañana y las cuatro de la tarde (art. 84 inc. 1° de las Disposiciones Generales de Presupuestos) o, según se dispone en el inciso segundo del art. 142 Pr.C.M., en el horario de funcionamiento de las oficinas judiciales que mediante acuerdo establezca la Corte Suprema de Justicia, lapso que será constitutivo de las horas hábiles.

Por estas razones, que vienen a ser de estricto orden legal, nos atrevemos a afirmar que el plazo de tres días para interponer el recurso de apelación de una sentencia interlocutoria que ha sido proveída por escrito, corre entre el instante o el momento (la hora) en que se practica la notificación de ella o desde que se tiene por realizado ese acto de comunicación y las dieciséis horas (04.00 P.M.) del último día del término.

LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS.- Ahora bien, de conformidad con la primera parte del inciso primero del art. 156 Pr.F., *“Si se trata de la sentencia definitiva el recurso de apelación deberá interponerse y fundamentarse por escrito, dentro del plazo de CINCO DÍAS contados desde la notificación de la sentencia.”* (mayúsculas fuera del texto legal).- Debemos interpretar que, aún cuando la sentencia definitiva se pronuncie oralmente en la audiencia de sentencia o en la audiencia preliminar según el caso, el recurso de apelación de ella *SIEMPRE* deberá interponerse por *ESCRITO* y dentro del plazo de *CINCO DÍAS* (jamás en forma oral), el cual deberá contarse desde el instante el momento o la hora en que concluya la audiencia en la que se dicte tal providencia, porque tal como se establece en la primera parte del cuarto inciso del art. 33 Pr.F., *“Las resoluciones pronunciadas en audiencia se tendrán por notificadas a quienes estén presentes...”*.- Por otra parte, el art. 141 Pr.C.M. dispone que *“Las resoluciones pronunciadas en audiencia se tendrán por notificadas a los que estén presentes.”*, de modo que si uno de los representantes de las partes no asistió a la audiencia, se le deberá notificar la sentencia definitiva en el lugar señalado o por el medio electrónico propuesto al efecto, aún cuando en la parte final del cuarto inciso del art. 33 Pr.F. se haya establecido que las resoluciones proveídas en audiencia se tendrán por notificadas a quienes *“debieron concurrir al acto”*, pues si no se hace de su conocimiento tal sentencia al no haber asistido a

la audiencia, se podría incurrir en una violación de derechos fundamentales y, en consecuencia, se podría provocar la nulidad de la sentencia en base al literal “c)” del art. 232 Pr.C.M. o sea por la infracción del derecho constitucional de defensa.

En estos casos, el término de interposición del recurso de apelación concluye a las dieciséis horas (04.00 P.M.) del último día del plazo aplicándose aquí las reglas anteriormente expuestas relativas a la explicación e interpretación del cómputo del plazo para apelar de las sentencias interlocutorias pronunciadas en forma escrita y a la notificación por medio de telefacsimil.

B. Procesos de violencia intrafamiliar

Y en lo que respecta a las providencias que impongan medidas cautelares o de protección y las que absuelvan al denunciado en los procesos de violencia intrafamiliar, se debe estar a lo establecido en el inciso tercero del art. 32 LCVI, el cual dispone que *“El recurso (de apelación) podrá interponerse de palabra o por escrito EN EL ACTO DE LA NOTIFICACIÓN o DENTRO DE LOS TRES DÍAS hábiles siguientes.”* (lo escrito entre paréntesis y mayúsculas, fuera del texto legal).- Ello significa que tal medio de impugnación puede plantearse en el acto de la notificación, sea en forma oral o en forma escrita, o bien (en forma escrita) dentro de los tres días siguientes a la notificación y, como antes se dijo, ello no exime al apelante del cumplimiento de las demás exigencias legales de admisibilidad de la alzada, por ejemplo que el recurrente sea sujeto de la apelación, que indique los puntos que impugna de la decisión, que fundamente el recurso, que formule la petición en concreto y la resolución que pretende.

LA SUPLETORIEDAD.- El inciso primero del art. 32 LCVI dispone que *“Las resoluciones pronunciadas por el juez o jueza en las que se imponga a la persona agresora medidas preventivas cautelares o de protección, o se absuelva al denunciado o denunciada serán apelables ante las Cámaras de Familia, aunque sean pronunciadas por un juez de paz”.*

Es importante puntualizar de manera especial que, fuera de esos dos tipos de decisiones judiciales que cita el art. 32 LCVI, el recurso de apelación podría proceder contra otras clases de providencias dictadas en los procesos de violencia intrafamiliar y seguiría las reglas contempladas en la Ley Procesal de Familia y en el Código Procesal Civil y Mercantil, en virtud de su aplicación supletoria establecida en los arts. 44 LCVI y 20 Pr.C.M. o sea que podrían existir otras decisiones judiciales recurribles en apelación o, dicho de otra manera, no sería taxativo lo enunciado en el inciso primero del art. 32 LCVI en cuanto a decisiones alzables.- Para el caso, a título de ejemplo, se nos ocurre que si a la audiencia preliminar celebrada en un proceso de violencia intrafamiliar (arts. 26 y 27 LCVI), no concu-

ren la parte denunciante ni su representante judicial, si el Juez de Familia o el Juez de Paz aplicara el art. 111 Pr.F. podría pronunciar una resolución mediante la cual ordenara: [a] que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la formulación o la presentación de la denuncia de violencia intrafamiliar, [b] que queden sin efecto las medidas preventivas cautelares o de protección impuestas al denunciado, [c] que se archive del expediente y [d] además podría imponer a los inasistentes una multa equivalente al valor de uno a diez días de salario neto que devengaren.- Tal decisión (la de literal “a”) es una sentencia interlocutoria que pone fin al proceso, pues imposibilita su continuación o sea que es un auto definitivo conforme inciso segundo del art. 212 Pr.C.M., que es apelable según el art. 508 Pr.C.M. al disponer que *“Serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señale expresamente.”*- Consecuentemente, la parte denunciante o su representante judicial podrían interponer un recurso de apelación contra esa sentencia interlocutoria, que no se encuentra comprendida en el inciso primero del art. 32 LCVI.

2.5. LOS PUNTOS IMPUGNADOS DE LA DECISIÓN

En las disposiciones comunes a los recursos, específicamente en el inciso segundo del art. 148, se establece que *“Al interponerse el recurso deberán indicarse LOS PUNTOS IMPUGNADOS DE LA DECISIÓN, la petición en concreto y la resolución que se pretende”* (mayúsculas fuera del texto legal).

Una sentencia definitiva podría contener varios puntos.- Verbigracia, en los procesos de divorcio se comprenden los siguientes: 1) el que decreta el *DIVORCIO* de las partes, 2) el que confía el *CUIDADO PERSONAL* de sus hijos menores de edad a una de ellas, 3) el que establece un *RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN* (comunicación, visitas y estadía) entre tales hijos y el padre o la madre que no tendrá su cuidado personal y 4) el que fija *ALIMENTOS* o una determinada cantidad de dinero en efectivo y/o en especies con la que el padre o la madre o ambos deberán contribuir en forma mensual para poder cubrir las necesidades alimentarias de sus hijos menores de edad.- Generalmente este tipo de sentencias definitivas contienen los cuatro puntos expuestos, pero dependiendo de lo que se solicite en la demanda o en la reconvencción si ésta se plantea, tal providencia sería factible que comprendiera también otros, como serían: 5) el que establece el pago de una *PENSIÓN ALIMENTICIA ESPECIAL* a cargo de uno de los cónyuges y en beneficio del otro; 6) el que fija una *PENSIÓN COMPENSATORIA* a favor de una de las partes; 7) el que ordena constituir las *GARANTÍAS* para hacer efectivas las obligaciones de proporcionar alimentos a los hijos o la pensión alimenticia especial o la compensatoria; 8) el que dispone que el cónyuge a quien se confíe el cuidado personal de los hijos menores le corresponderá el *USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR* y de los *BIENES MUEBLES* destinados al servicio de la familia; 9) el que

impone una *CUOTA PARA VIVIENDA* conforme a lo dispuesto en la parte final del art. 111 inc. 3º del Código de Familia.

EJEMPLOS.- Supongamos que una de las partes está de acuerdo con los puntos mediante los cuales se decretó el divorcio, se confió cuidado personal de los hijos a la otra parte y se estableció un régimen de comunicación, pero no le parece el monto de la cuota que le impuso el Juez de Familia en concepto de alimentos para sus hijos menores, en cuyo caso al interponer el recurso de apelación contra esa sentencia definitiva deberá *INDICAR COMO PUNTO IMPUGNADO* de ella únicamente el relativo al monto de la cuota alimenticia.- Debe expresarse que se recurre de la sentencia definitiva, únicamente en cuanto al punto o decisión que impuso la cuota alimentaria.

Examinemos otro ejemplo.- En una providencia judicial por medio de la cual se admitió una demanda de alimentos, se ordenó el emplazamiento del demandado y, entre otras decisiones, también se decretó como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda que afectaría un inmueble perteneciente a la parte demandada (arts. 75 y 76 Pr.F.).- Al realizarse el emplazamiento, dentro del plazo de tres días de efectuado éste, el representante judicial del demandado se apersona al proceso e interpone el recurso de apelación indicando que “impugna solamente el punto relativo a la medida cautelar” (arts. 153 lit. “f”, 155 inc. 2º lit. “a” y 156 inc. 1º Pr.F.) o sea que dentro de esos tres días debe contestar la demanda e interponer el recurso indicando que solamente impugna el punto de la decisión concerniente a la anotación preventiva de la demanda.

CONCLUSIÓN.- Al indicar la parte recurrente el punto impugnado de la decisión está delimitando el campo de actuación y de decisión de la Cámara de Familia que conocerá y resolverá el recurso de apelación, lo que doctrinariamente ha sido conocido e identificado como la “*JURISDICCIÓN DE LAS CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA*” o el “*PODER DE LOS TRIBUNALES AD QUEM*” y que se encuentra desarrollado en el inciso segundo inciso del art. 515 Pr.C.M. al disponer que “*La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse EXCLUSIVAMENTE sobre los PUNTOS Y CUESTIONES PLANTEADOS EN EL RECURSO y, en su caso, en los escritos de adhesión.*” (mayúsculas fuera del texto legal).

De modo pues que se hace necesario e indispensable indicar en el escrito de alzada presentado ante el Juez de Familia, cuál (cuáles) de los puntos que contiene la sentencia es (son) del (de los) que se interpone el recurso de apelación, a fin de indicar los límites hasta los que pueda llegar el juzgador de segunda instancia en la decisión del asunto sometido a su conocimiento.

2.6. LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

SENTENCIAS DEFINITIVAS.- El art. 158 Pr.F. dispone en su primer inciso que “*Cuando el recurso (de apelación) se interpusiere de la SENTENCIA DEFINITIVA DEBERÁ FUNDAMENTARSE en la INOBSERVANCIA o ERRÓNEA APLICACIÓN de un precepto legal.*” (lo escrito entre paréntesis, en letras mayúsculas y subrayado se encuentra fuera del texto legal).

La “inobservancia de precepto legal” y la “errónea aplicación de precepto legal” son dos causas o motivos de fundamentación del recurso de apelación muy singulares en nuestra legislación adjetiva familiar y, sobre todo, muy diferentes entre sí.- La *INOBSERVANCIA* de un precepto legal se refiere a que el juzgador ha dejado de aplicar una norma legal específica, se trata de una omisión de su parte en la aplicación de un determinado precepto legal; en cambio la *ERRÓNEA APLICACIÓN* de un precepto legal consiste en que efectiva y expresamente ha aplicado la norma o precepto legal, pero en forma equivocada o tergiversada o errada o que no viene al caso sometido a su conocimiento y decisión.

En materia procesal familiar, el recurso de apelación de una *SENTENCIA DEFINITIVA* debe de fundamentarse pues: [a] en que no observaron una o más disposiciones legales o sea que no se aplicaron; o [b] que se aplicaron en forma errónea o equivocada.- De modo que al interponerse la alzada de tal providencia judicial, aunque no nos parezca que sea lo más feliz, debemos cumplir lo dispuesto por el legislador y el litigante “*DEBERÁ*” de fundamentar el recurso de apelación de una sentencia definitiva en la inobservancia de alguna o de varias disposiciones legales o, en su caso, en su aplicación errada o equivocada, ya que la correspondiente Cámara de Familia al analizar el escrito de interposición de la alzada tendrá que examinar si fue fundamentada como exige la ley y su omisión traería como consecuencia la declaratoria de inadmisibilidad de tal medio de impugnación.

SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.- El doctor Francisco Arrieta Gallegos (maestro de muy grata recordación de pasadas generaciones de profesionales del derecho), allá en los inicios de sus clases de la asignatura “Código de Procedimientos Civiles (Libro Tercero)”, impartidas a alumnos de sexto curso de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, al desarrollar el tema del “Fundamento del Recurso de Apelación” nos exponía (la cita casi no es textual, pues está tomada de apuntes manuscritos de una de sus magistrales clases impartida un día veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta y siete): ¿cuáles son las razones por las que se ha establecido el recurso de apelación? y respondía que eran tres: PRIMERA, para enmendar el daño causado a los injustamente agraviados; SEGUNDA, para corregir la ignorancia o malicia de los jueces inferiores; y TERCERA, para que los litigantes que hubieren reci-

bido agravios, sea por su impericia, negligencia o ignorancia, traten de reparar ese defecto obteniendo justicia ante un Tribunal Superior.- A esas razones o motivos les daba la denominación de “El Fundamento del Recurso de Apelación”.

Pues bien, se ha recordado y se ha traído hasta acá esa cita porque la Ley Procesal de Familia no exige que el recurso de apelación de una SENTENCIA INTERLOCUTORIA se fundamente en la inobservancia y/o en la errónea aplicación de precepto(s) legal(es).- Es más, por una parte nada dispone al respecto, como es el caso de la apelación de las resoluciones que decreten, modifiquen, sustituyan o dejen sin efecto medidas cautelares (o de protección o las que las denieguen) y de las providencias que declaren inadmisibile la demanda, su modificación o ampliación (y de las que la declaren improcedente o improponible, art. 155 literales “a” y “b” Pr.F.); y por otra, se dispone que *“En el mismo escrito de interposición del recurso (de apelación de la sentencia definitiva) SE FUNDAMENTARÁN las apelaciones interpuestas en el curso del proceso (apelaciones diferidas) y toda aquella que no se fundamente se tendrá por no interpuesta.”* (arts. 155 inc. 1º y 156 inc. 2º in fine Pr.F., lo escrito entre paréntesis y mayúsculas fuera del texto legal).

De lo expuesto en el párrafo precedente se llega a la conclusión de que la legislación procesal de familia no ha delimitado el campo de la fundamentación del recurso de apelación cuando se interponga de las sentencias interlocutorias, por lo que el motivo de su interposición quedaría a la lógica e interés del representante judicial de la parte agraviada a fin de obtener justicia ante un Tribunal Superior.

Por otra parte, en el art. 508 Pr.C.M. se establece que *“Serán recurribles en apelación las sentencias y los AUTOS que, en primera instancia, PONGAN FIN AL PROCESO, así como las resoluciones que la ley señale expresamente”* y en la primera parte del inciso segundo del art. 511 Pr.C.M., se dispone que *“En el escrito de interposición del recurso (de apelación) se expresarán con claridad y precisión las RAZONES EN QUE SE FUNDA el recurso, haciendo distinción entre las que se refieran a la REVISIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO APLICADO y las que AFECTEN A LA REVISIÓN DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS y la VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.”* (lo escrito entre paréntesis y mayúsculas fuera de los textos legales), con lo cual se está delimitando la fundamentación del recurso de apelación de las sentencias interlocutorias que, en materia procesal civil y mercantil conforme al inciso segundo del art. 212 Pr.C.M. se les denomina “AUTOS”, pero solamente son apelables las que “ponen fin al proceso” y no las otras dos clases de sentencias interlocutorias que actualmente se contemplan en el campo procesal de familia (interlocutorias con fuerza de definitivas e interlocutorias simples); pero integrando el derecho, por analogía, se podría aplicar la disposición del segundo inciso del art. 511 Pr.C.M. a la fundamentación del recurso de

apelación de toda clase de sentencias interlocutorias contempladas en la legislación adjetiva de familia.

Con base en lo anterior se llegaría a la conclusión de que, en materia procesal de familia, en la fundamentación del recurso de apelación contra toda clase de sentencias interlocutorias, deben expresarse y distinguirse con claridad y precisión las razones concernientes: [a] a la revisión del derecho aplicado, [b] a la interpretación del derecho aplicado, [c] a las que afecten la revisión de la fijación de los hechos y [d] a las que afecten la revisión de la valoración de los medios de prueba.

2.7. LA PETICIÓN EN CONCRETO

En la Ley Procesal de Familia, en las disposiciones generales de los recursos, el segundo inciso del art. 148 Pr.F. establece que *“Al interponerse el recurso (de apelación) deberán indicarse los puntos impugnados de la decisión, la PETICIÓN EN CONCRETO y la resolución que se pretende.”* (lo escrito entre paréntesis y mayúsculas, fuera del texto legal) .- O sea que el apelante debe indicar cuál es la solicitud que esencialmente formula al Tribunal de Segunda Instancia, la cual podemos dividir en tres formas: [a] que se *MODIFIQUE* una determinada providencia judicial o [b] que se *REVOQUE* la decisión o [c] que se *ANULE*.- Tales modalidades resultan de la redacción de la primera parte del primer inciso del art. 161 Pr.F., al disponer que *“Al resolver el recurso (de apelación) la Cámara podrá confirmar, MODIFICAR, REVOCAR o ANULAR la resolución impugnada.”* (lo escrito entre paréntesis y mayúsculas, fuera del texto legal).

Cuando hablábamos de los “puntos impugnados de la decisión” se expuso un ejemplo en el que la sentencia definitiva contenía varios puntos, entre ellos: 1) el que decreta el *DIVORCIO*, 2) el que confía el *CUIDADO PERSONAL* de los hijos menores a uno de los padres, 3) el que establece un *RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN* entre los hijos menores con el padre o la madre que no tendrá su cuidado personal y 4) el que fija *ALIMENTOS* o establece una cuota alimenticia a los padres o a uno de ellos en beneficio de sus hijos menores.- Aquí lo utilizaremos.

MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.- Se interpone recurso de apelación de la sentencia definitiva mediante la cual se decretó el divorcio, indicándose que el punto impugnado es el relativo a la cuota alimenticia, consecuentemente la petición en concreto será que se *MODIFIQUE* la sentencia únicamente en ese punto o bien podría solicitarse que se *MODIFIQUE* la sentencia en el sentido de que se deje sin efecto el punto relativo a la fijación de la cuota alimenticia.

REVOCATORIA DE LA DECISIÓN.- También puede darse el caso en que la parte apelante no esté de conforme con todos los puntos que contiene esa sentencia

definitiva, en cuyo caso tendría que indicar que impugna todos los puntos que ella contiene y solicita que tal providencia se *REVOQUE* en todas sus partes y, por supuesto, que se pronuncie la que conviene al recurrente.

NULIDAD DE LA PROVIDENCIA.- Y por último, si la expresada sentencia adolece de algún vicio del procedimiento sancionado con nulidad de ella y que se encuentre contemplado en las causas de nulidad que enumera el art. 232 Pr.C.M., el recurrente solicitará que se *ANULE* la sentencia o que se declare la nulidad de ella conforme a los arts. 235 y 237 inc. 4º Pr.C.M. y que se pronuncie la correspondiente (art. 161 inc. 1º in fine Pr.F.).

En el caso mencionado en el párrafo precedente o sea la petición en concreto de declaratoria de nulidad de la providencia recurrida, el art. 232 Pr.C.M. dispone que los actos procesales serán nulos por las siguientes causas: (1) cuando lo establezca expresamente la ley, (2) cuando tales actos se producen ante un tribunal que no tiene de jurisdicción, (3) o se producen ante un tribunal que carece de competencia que no pueda prorrogarse, (4) o por un tribunal que no tiene jurisdicción, (5) o por un tribunal que carece de competencia que no pueda prorrogarse, (6) cuando los actos procesales se han realizado bajo violencia, (7) o bajo intimidación, (8) o mediante la comisión de un acto delictivo y (9) cuando se ha infringido el derecho constitucional de audiencia (10) o el derecho constitucional de defensa.

CONCLUSIÓN.- Lo expuesto en el presente apartado (número siete) se refiere a la *PETICIÓN EN CONCRETO* y no debe de confundirse con el siguiente y último de los requisitos de admisibilidad del recurso de apelación (la resolución que se pretende), entre los cuales deberá existir la debida coherencia o relación lógica o sea que deberán ser congruentes el uno con el otro, de modo que la resolución que pretende el apelante debe corresponder a su petición en concreto.

2.8. LA RESOLUCIÓN QUE SE PRETENDE

Decíamos que en las disposiciones generales de los recursos se establece que *“Al interponer el recurso (de apelación) deberán indicarse los puntos impugnados de la decisión, la petición en concreto y la RESOLUCIÓN QUE PRETENDE.”* (art. 148 inc. 2º Pr.F., lo escrito entre paréntesis y mayúsculas, fuera del texto legal), de modo que cuando el representante judicial de alguna de las partes interpone un recurso de apelación contra la sentencia definitiva, también deberá indicar cuál es la resolución que pretende, es decir que el recurrente debe ser explícito en la decisión que desea del Tribunal Superior o qué es lo que quiere que la correspondiente Cámara de Familia le resuelva o qué es lo que pretende de ésta, lo que, además de ser congruente con la petición en concreto, deberá de corresponder a lo que establece la ley o que conforme a derecho corresponda.

EJEMPLOS.- Utilizando siempre el ejemplo de la sentencia definitiva mediante la cual se decretó el divorcio, se confió el cuidado personal de los hijos menores a uno de los padres, se estableció un régimen de comunicación y se fijó una cuota alimenticia, nos encontramos con tres situaciones en relación a este requisito de admisibilidad de la alzada.

PRIMERA.- Si el representante judicial de una de las partes interpone el recurso de apelación contra dicha providencia, indica que el punto impugnado es el relativo a la fijación de la cuota alimenticia y solicita que la sentencia sea *MODIFICADA* (petición en concreto), en el sentido de que se deje sin efecto ese punto y se confirme el resto de ellos, en cuyo caso debe indicar además cuál es la decisión que desea de la Cámara de Familia o sea cuál es la *RESOLUCIÓN QUE PRETENDE* de ella.- Concretamente debe manifestar cuánto es lo que su representado estaría en condiciones de proporcionar a sus hijos en concepto de cuota alimentaria o qué es lo que podría aportar.

SEGUNDA.- Si el caso fuere que la parte demandada no está conforme con todos los puntos que contiene la sentencia definitiva, indicará precisamente que apela de todos y de cada uno de los puntos contemplados en tal decisión y pide que se *REVOQUE* esa providencia (petición en concreto), por lo que la *RESOLUCIÓN QUE PRETENDE* sería que se declare sin lugar el divorcio solicitado por la parte demandante y que, en consecuencia, no se entre al conocimiento y decisión de los otros puntos que contiene la sentencia definitiva impugnada o sean los accesorios al punto principal que es el divorcio, tal como lo dispone el número tercero del art.115 del Código de Familia.

TERCERA.- Y si el apelante solicitara la declaratoria de la *NULIDAD* de la sentencia definitiva (petición en concreto), por ejemplo, por haberse infringido su derecho constitucional de defensa al no permitírsele que en la audiencia de sentencia interrogara a los testigos de la contraparte y, en consecuencia, al declararse la nulidad de la sentencia definitiva de divorcio, como *RESOLUCIÓN QUE PRETENDE* y de conformidad con el inciso segundo del art. 161 Pr.F., tendría que solicitar: [a] la reposición de la audiencia de sentencia, [b] que no intervenga en ella el Juez de Familia que la pronunció, [c] que se celebre una nueva audiencia dentro del plazo que no exceda de quince días de recibido el expediente del proceso por el Juez que la Cámara de Familia debe designar para realizarla.

Al no expresar el recurrente la resolución que se pretende o ésta es ambigua, oscura o no es la que legalmente proceda, es decir que no corresponda a la petición en concreto, tal providencia no puede ser inferida por la Cámara de Familia o suplirla de oficio, de lo contrario se rompería la garantía del principio de congruencia, pues dicho Tribunal Superior al tratar de adivinar qué es lo que el apelante desea que le

resuelva, le podría conceder más de lo que pretende o podría otorgarle menos de lo que solicita y precisamente por ello se afirma que la Cámara sentenciadora no puede ni debe pronunciarse sobre puntos que no le han sido expresa y claramente propuestos por la parte apelante, tal como lo literalmente lo dispone el segundo inciso del art. 515 Pr.C.M.: “*La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse EXCLUSIVAMENTE sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión.*” (Mayúsculas fuera del texto legal).

CONCLUSIÓN.- De lo anteriormente expuesto se concluye que cuando el representante judicial de una de las partes (o de ambas) interpone(n) el recurso de apelación contra una sentencia interlocutoria o contra una definitiva y no da(n) cumplimiento a uno o más de los requisitos que exige la ley o lo(s) omite, previa la motivación correspondiente, la respectiva Cámara de Familia se abstendrá de entrar al conocimiento y decisión de la alzada, tendrá que declarar *INADMISIBLE* el recurso y deberá ordenar la devolución del expediente del proceso o pieza principal al tribunal de origen, con certificación de la sentencia interlocutoria por medio de la cual declaró la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto.

OTRAS EXIGENCIAS LEGALES.- Además de los requisitos que se han analizado y en relación a la interposición del recurso de apelación en forma escrita, se podrían presentar otros tipos de exigencias legales de carácter general, contemplados en otros cuerpos legales, como son los siguientes casos: [a] el funcionario judicial competente, [b] la legalización de firmas, [c] la legitimación de personería y [d] el Código Tributario.

A. EL FUNCIONARIO JUDICIAL COMPETENTE.- El recurso de apelación se debe interponer dentro del término legal ante el Juez de la causa o sea ante el Juez de Familia que se encuentre conociendo del proceso.- Al respecto y aunque la Ley Procesal de Familia no lo contempla en forma expresa, en la primera parte del primer inciso del art. 511 Pr.C.M. se dispone que “*El recurso de apelación deberá presentarse ante el Juez que dictó la resolución impugnada,...*”.- Nunca debe presentarse el escrito de interposición del recurso ante otros funcionarios judiciales y mucho menos si éstos se encuentran sujetos a legislaciones diferentes y ajenas a la familiar, por razones de competencia objetiva o sea en razón de la materia (art. 37 Pr.C.M.).

Se presentaron algunas experiencias en las que, conforme al inciso tercero del art. 155 del derogado Código Procesal Penal, el representante judicial de la parte a quien le fue desfavorable una determinada decisión de un Juez de Familia, presentaba el escrito de interposición del recurso de apelación contra esa providencia después de las dieciséis horas (04.00 P.M.) del último día del plazo en el Juzgado de Paz que se encontraba de turno en la localidad, con el objetivo de que lo remi-

tier a dicho juzgador familiar; pero como las oficinas del tribunal de familia ya se encontraban cerradas a las horas que establece la ley para el despacho ordinario, el escrito de apelación llegaba hasta el siguiente día hábil a ese tribunal familiar.- En la actualidad esa disposición corresponde al último inciso del art. 167 del Código Procesal Penal (vigente desde el día uno de enero del año dos mil once) al establecer que *“Fuera del horario hábil los escritos se presentarán al juzgado de turno, para que éste los envíe al tribunal correspondiente.”*.

En este caso, el Juez de Familia tendría que declarar *INADMISIBLE LA APELACIÓN* por las siguientes razones: [a] en primer lugar, porque la legislación procesal penal no tiene aplicación supletoria en materia de familia; [b] en segundo término, porque el escrito de interposición del recurso lo recibiría en forma extemporánea el Juzgado de Familia; [c] en tercer plano, porque el recurso debió presentarse ante el Juez de Familia que dictó la resolución impugnada y no ante el Juez de Paz remitente del escrito de interposición del recurso de apelación; y [d] por último, porque en la competencia de familia, *“Los plazos vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo.”* o sea a las dieciséis horas o 04.00 P.M. (arts. 145 inc. 5º Pr.C.M. y 84 inc. 1º de las Disposiciones Generales de Presupuestos).

B. LA LEGALIZACIÓN DE FIRMAS.- Cuando en los procesos de familia los escritos que contienen peticiones no son presentados personalmente por los suscriptores de ellos, sino por terceros, como en los casos de mandatarios judiciales que no son notarios o de poderes otorgados mediante un escrito para intervenir en un proceso específico que han sido firmados por las partes y que son dirigidos al Juez o a una Cámara de Familia (art. 11 inc. 2º Pr.F.), en los que la firma es legalizada por notario, pero en la respectiva razón notarial se omite(n) alguna(s) de las exigencias del art. 54 de la Ley de Notariado en armonía con el numeral quinto de su art. 32, como serían: [a] que el notario dé fe del conocimiento personal que tenga del compareciente o del firmante en este caso; [b] si no lo conoce que haga constar en la citada razón que se cerciora de su identidad personal por medio de su Documento Único de Identidad o de cualquier otro documento de identidad aceptable o por medio de dos testigos idóneos conocidos del notario, consignándose el número del documento de identidad, nombres y generales de los testigos, según el caso; [c] que dé fe de la autenticidad de la firma puesta o reconocida en su presencia; [d] o de que ha sido puesta a ruego del interesado; [e] que indique el lugar y fecha en que se extiende; y [f] que la firme y selle el notario.

En el segundo inciso del Art. 54 de la Ley de Notariado se dispone que *“Los escritos y demás atestados legalizados de conformidad con el inciso anterior, SERÁN ADMITIDOS en las oficinas públicas y tribunales, sin necesidad de presentación personal del interesado.”* (mayúsculas fuera del texto legal), de modo que los escritos

que no hayan sido presentados personalmente por el interesado, pero que reúnan todos los requisitos puntualizados por el primer inciso del art. 54 de la Ley de Notariado, deben ser admitidos por los tribunales.- Pero en sentido contrario, si les falta alguno de ellos no deben ser admitidos tales escritos y el efecto que causaría sería la no de presentación de los mismos, con las consecuencias que ello traería, como son la falta de petición por parte de los apoderados que no sean notarios o la falta de presentación de un mandato judicial para intervenir en el proceso específico de que se trate.

Si el apoderado de la parte apelante se encuentra en cualquiera de los casos anteriores (escrito de apelación con la firma del mandatario mal legalizada o con poder deficiente en cuanto a la legalización de la firma del mandante), el escrito de interposición del recurso de apelación o de otorgamiento de poder para intervenir en un proceso específico, decíamos que *NO DEBE SER ADMITIDO*, lo cual significa que no debe recibirse materialmente en la Secretaría del Juzgado de Familia; pero si fue recibido y se consignó la razón de su recepción, la respectiva Cámara de Familia tendría que declararlo inadmisibile mediante una resolución y su efecto sería: [a] que el recurso de apelación se tendría por no interpuesto en el caso del escrito de planteamiento del recurso con firma del mandatario mal legalizada; y [b] que éste no sería sujeto de la apelación en el caso de poder deficiente en lo que respecta a la legalización de la firma del mandante que consta en el escrito de otorgamiento de poder para intervenir en un proceso específico.

C. LA LEGITIMACIÓN DE LA PERSONERÍA.- El inciso primero del art. 35 de la Ley de Notariado establece que *“Cuando algún otorgante comparezca en representación de otra persona, el notario dará fe de ser legítima la personería con vista del documento en que conste, el que citará con expresión de su FECHA y del FUNCIONARIO o persona que lo autorice.”* (mayúsculas fuera del texto legal).- Al respecto plantearemos y analizaremos algunos de los casos en que no se considera legitimada la personería de quien(es) manifiesta(n) actuar en nombre de otro(s), ya sea como representante(s) legal(es) o como apoderado(s) judicial(es).

PRIMER CASO.- En la práctica, por ejemplo en procesos de declaración judicial de paternidad o de alimentos, en la mayoría de casos en los que la parte demandante es menor de edad, el mandato judicial para intervenir en el proceso es otorgado por uno de los padres *EN SU CARÁCTER PERSONAL* y no como representante legal de su hijo, mediante escritura ante notario o por medio de escrito firmado por la parte, dirigido al Juez o Tribunal, para intervenir en un proceso específico y así se plantea la demanda.- En consecuencia la personería del (de la) representante legal del menor hijo demandante no se encuentra legitimada y, por lo tanto, tampoco la de su apoderado judicial.

SEGUNDO CASO.- Comparece la madre otorgando el mandato judicial en nombre y representación de su hijo menor de edad, pero en el correspondiente instrumento notarial *NO SE LEGITIMA SU PERSONERÍA* al no relacionarse la certificación de la partida de nacimiento del hijo menor de edad titular del derecho de acción.

Tratándose de poderes conferidos por medio de escrito firmado por el (la) representante legal del hijo menor de edad (art. 11 inc. 2º Pr.F.): [a] no se expresa en el cuerpo del escrito que se legitima la personería agregando al mismo la certificación de la partida de nacimiento del hijo menor de edad o [b] no se relaciona ésta en la razón de legalización de firma de tal representante, no consignándose los datos que se mencionarán en el próximo párrafo.- Tampoco se encuentra legitimada la personería de la representante legal del hijo menor ni la de su apoderado judicial.

TERCER CASO.- Semejante al anterior, pero en el instrumento notarial (escritura pública), el notario ha relacionado la certificación de la partida de nacimiento del menor, pero *NO LO HACE COMO LO DISPONE LA LEY*, al consignar que da fe de ser legítima y suficiente la personería de la compareciente por haber tenido a la vista esa certificación, pero omite alguna de estas circunstancias: [a] que en ella consta que el menor nació en determinados lugar y fecha, [b] que es hijo de la compareciente, o de ella y de fulano de tal (el padre) y [c] que la certificación fue expedida por el Registrador del Estado Familiar del lugar de que se trate, consignando su nombre y la fecha en que se expidió la certificación, tal como lo exige expresamente el inciso primero del Art. 35 de la Ley de Notariado.- Tampoco en este caso se ha legitimado la personería de la representante legal del hijo menor ni la de su mandatario judicial.

D. PODER PARA PROCESO ESPECÍFICO.- Cuando conforme al segundo inciso del art. 11 Pr.F. se confiere mandato judicial para intervenir en un proceso específico mediante escrito firmado por la parte, dirigido al Juez o Tribunal, pero en el mismo no se determina en qué clase de proceso ha de intervenir el apoderado o no se consigna el nombre de la parte demandante o demandada o se omite cualquier información o dato relativo al proceso en que intervendrá el mandatario o es redactado como si fuese un poder general judicial conferido en escritura ante notario sin individualizar o singularizar el proceso.- En consecuencia no se cumple con la ley, pues ésta autoriza que se otorgue de esa manera el mandato para intervenir un proceso *ESPECÍFICO* o expresamente determinado, el cual debe de individualizarse de una manera tal que no dé lugar a equívocos o dudas o incertidumbre.- Consecuentemente, la personería del abogado que dice representar a una de las partes, tampoco se encuentra legitimada.

E. PREVENCIÓN PARA LEGITIMAR PERSONERÍA.- Las irregularidades relacionadas en los literales anteriores traerían como consecuencia que la actuación del representante judicial del recurrente se considere ilegítima, pues su personería no se encuentra debidamente acreditada como su apoderado, por lo que no sería posible darle intervención en el incidente de apelación, pues de conformidad con la primera parte del art. 154 Pr.F., “*PODRÁ INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN EL APODERADO o el representante de la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia y el procurador de familia.*” (mayúsculas fuera del texto legal).- Lo anterior ha sido interpretado por el compilador de estas líneas en el sentido de que ser *SUJETO DE LA APELACIÓN* o sea tener la facultad y el derecho de plantear la alzada, es un *REQUISITO ESENCIAL DE INTERPOSICIÓN* de tal medio de impugnación y, en consecuencia, de su *ADMISIBILIDAD*, razón por la cual el representante judicial de la parte debe tener legitimidad procesal al efecto y como el recurrente no ha legitimado su personería o no ha acreditado conforme a la ley ese presupuesto y en vista de que en materia de familia el legislador ha establecido la procuración obligatoria (art. 10 Pr.F.), tal legitimación es el medio de tener acceso a la intervención en los procesos y diligencias de jurisdicción voluntaria regulados por la normativa adjetiva familiar, por lo que el mandatario judicial tendría vedada la interposición del recurso de apelación contra la providencia que ha sido desfavorable a quien dice representar, de modo que fácil y cómodamente se podría decir que lo procedente tendría que ser el rechazo del recurso planteado mediante la declaratoria de su inadmisibilidad, por no estar autorizado por la ley para interponerlo, y ordenar la devolución del expediente del proceso o de las diligencias al tribunal de origen sin entrar al conocimiento de ese medio de impugnación.

Se ha sostenido que entre las obligaciones de los juzgadores de familia establecidas por el legislador se encuentra la de “*Resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal;*” (art. 7 lit. “f” Pr.F.) y en el caso de defectos u omisiones en la personería del representante judicial, se daría un efecto negativo en el sentido de que por falta de acreditación de tal presupuesto procesal no se tuviera acceso a la justicia, pues tal situación no se encuentra expresamente resuelta ni regulada en la Ley Procesal de Familia.

En la legislación supletoria que ya no está vigente (derogada según el primer inciso del art. 705 Pr.C.M.), había solución al respecto, pues disponía que la deficiencia o la falta de personería era causa de nulidad absoluta convalidable, puesto que si el litigante legitimaba su personería dentro de los tres días siguientes al requerimiento que le formulaba el juzgador, la nulidad quedaba subsanada (art. 1131 del derogado Código de Procedimientos Civiles).

La actual normativa supletoria contiene regulación relacionada con los “*DEFECTOS DE CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN O POSTULACIÓN*” y, sobre el particular, el art. 300 Pr.C.M. establece las siguientes reglas:

PRIMERA.- Cuando en la *AUDIENCIA PREPARATORIA* del proceso común se conoce de la denuncia y examen de defectos referidos a la capacidad o a la representación o a la postulación de *UNA DE LAS PARTES* (demandante o demandado-a) y pudieren ser subsanados, el juzgador que conoce en primera instancia debe concederle cinco días para que proceda a su corrección, por lo que debe ordenar la suspensión del desarrollo de la audiencia, a menos que el representante judicial de la parte estuviese en disposición de sanearlos en ese momento o le fuere posible hacerlo en el acto.

SEGUNDA.- Si transcurre ese plazo de cinco días y el *DEMANDANTE* o el *RECONVINIENTE* no acredita la subsanación, el juzgador debe ordenar el *RECHAZO DE LA DEMANDA*, lo cual produce el efecto de poner al fin al proceso y el archivo de las actuaciones, sin perjuicio del derecho de la parte de plantear nuevamente la pretensión si fuere posible.

TERCERA.- Pero si la subsanación corresponde a la parte *DEMANDADA* o *RECONVENIDA* y no efectúa la corrección puntualizada en el plazo otorgado para hacerlo, el juzgador lo debe declarar *REBELDE* y ordenar que el proceso siga su curso o que se continúe con su trámite.

En cuanto a las reglas desarrolladas en los tres párrafos que anteceden, no sería procedente aplicar supletoriamente el art. 300 Pr.C.M. o, mejor dicho, “*ADECUAR*” ese trámite a los procesos o a las diligencias familiares, por las siguientes razones: [a] los defectos enunciados se refieren a una carencia de cualidades referidas a la capacidad, representación o a la postulación que son denunciados y examinados en la *PRIMERA INSTANCIA* y *NO EN LA SEGUNDA INSTANCIA* ante una Cámara de Familia; [b] cuando los defectos se dirigen contra la parte *DEMANDANTE* o *RECONVINIENTE*, si no acredita la subsanación, el juzgador de primera instancia rechaza la demanda, lo cual implica la terminación del proceso y el archivo de las actuaciones; [c] cuando se refieren al *DEMANDADO* o *RECONVENIDO* y no efectúa la subsanación, el juzgador de primera instancia lo declara *REBELDE* y el proceso sigue su curso; y [d] lo anterior ocurre en el desarrollo de la *AUDIENCIA* preparatoria que se celebra en *PRIMERA INSTANCIA* en los procesos comunes.

Todo ello no armoniza en lo absoluto con el trámite del recurso de apelación en materia procesal familiar, pues cuando los Magistrados de la Cámara de Familia advierten en *SEGUNDA INSTANCIA* defectos relacionados con la representación o la procuración que no fueron advertidos en primera instancia, por regla general,

NO SE CELEBRA AUDIENCIA para resolver el recurso de apelación, puesto que dicho Tribunal Superior dentro de los cinco días que siguen a la recepción del expediente de primera instancia, debe resolver sobre la admisión del recurso y simultáneamente sobre el asunto planteado; salvo que el apelante ofreciera medios de prueba en las situaciones previstas en el inciso primero del art. 159 Pr.F., en cuyo caso fija una fecha para celebrar una audiencia dentro de los diez días siguientes de admitido el recurso, con el único propósito de recibirlos y el expresado Tribunal deberá resolver el recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de esa audiencia (Art. 160 incs. 2º y 3º Pr.F.).- Por otra parte, la falta de legitimación de la personería de cualquiera de las partes traería como consecuencia que no pueda interponer tal medio de impugnación (art. 154 Pr.F.).- Y por último, según el Art. 92 Pr.F., las reglas de la declaratoria de rebeldía no tienen aplicación alguna en materia procesal de familia al disponer que *“En el proceso de familia no habrá DECLARATORIA ni acuse DE REBELDÍA; el demandado podrá comparecer en cualquier estado del proceso, tomándolo en el estado en que se encuentre.”* (Mayúsculas fuera del texto legal).

Pero en la búsqueda de un procedimiento viable y, sobre todo, de un trámite apegado a la ley que pudiese evitar la negación del derecho de impugnación que asiste a las partes procesales, pero de manera muy especial por la naturaleza de las pretensiones y de los derechos que se plantean y discuten en relación a la normativa sustantiva familiar, de un alto contenido humano, ético y moral y no patrimonial como es característico en la legislación civil y mercantil, se podría llegar a la conclusión de que si el art. 20 Pr.C.M. establece que en defecto de disposiciones específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil (como ocurre con los defectos relacionados con la representación o la procuración), las normas del Código Procesal Civil y Mercantil se podrían aplicar supletoriamente.- Al efecto, específicamente la primera parte del Art. 19 de éste, se dispone que *“En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas,…”* es decir que si encontráramos disposiciones legales que contemplen casos perecidos o semejantes o análogos, las podríamos aplicar al problema de las deficiencias de la representación que se han descubierto al analizar el expediente de primera instancia, cuando se conoce del recurso de apelación.

Al efecto y con el fundamento de las disposiciones legales citadas en el párrafo precedente, los casos de “defectos en la personería” los podríamos considerar semejantes a los de “carencia de requisitos para admisión de demandas”, de modo que podríamos aplicarles analógicamente el art. 96 Pr.F. al disponer éste en su primera parte que *“Si la DEMANDA careciere de alguno de los requisitos exigidos, EL JUEZ los puntualizará y ordenará al DEMANDANTE que los subsane dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución respectiva, bajo prevención de declararla inadmisibile.”*, de donde resultaría que la integración y aplicación analógica de esa

norma consistiría en que “*si el RECURSO DE APELACIÓN del que se encuentra conociendo una Cámara de Familia careciere de alguno de los requisitos esenciales exigidos para su interposición, como son los defectos o la falta de legitimación de la personería del impugnante, ESE TRIBUNAL SUPERIOR podría puntualizarlos y ordenar al APELANTE que los subsane dentro de los tres días siguientes a la notificación de la respectiva providencia, bajo prevención de rechazar el recurso y declararlo inadmisibile si no sana lo puntualizado en ese plazo*”, pues se considera que, conforme al art. 154 Pr.F., el impugnante no puede interponerlo, ya que al no ser legítima su personería no puede considerársele como apoderado o representante judicial de la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia impugnada, es decir que no sería sujeto de la apelación.

En otras palabras y como síntesis podríamos decir que a la “*ADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN*” se le daría un trámite semejante o análogo al de la “*ADMISIÓN DE LA DEMANDA*”, de tal suerte que la falta de requisitos formales, como sería una personería defectuosa, traería como consecuencia la formulación de una prevención de legitimarla, advirtiendo al impugnante que se rechazaría el recurso de apelación interpuesto y la declaratoria de su inadmisibilidad si no subsana lo puntualizado en el plazo otorgado al efecto.

F. EL CÓDIGO TRIBUTARIO.- De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 233 de fecha 16 de diciembre del año 2009, publicado en el Diario Oficial del día 21 de ese mismo mes y año, que contiene reformas al Código Tributario, en su art.122 se intercaló entre los incisos segundo y tercero el siguiente: “*Los Jueces de la República que, en razón de su competencia tengan conocimiento de juicios de cualquier naturaleza, en los que intervengan abogados en calidad de defensores privados o querellantes tienen la obligación de informar a la Administración Tributaria dentro de los quince días siguientes de efectuada su acreditación en el proceso o juicio respectivo, el nombre del abogado, su Número de Identificación Tributaria y el Número de la Tarjeta de Abogado emitida por la Corte Suprema de Justicia, la identificación de las partes y el tipo de juicio o proceso*”.

Tal disposición se aplicaría en segunda instancia en los siguientes casos: [a] si el recurso es interpuesto por un representante judicial de la parte apelante, pero otro se apersona ante la respectiva Cámara en sustitución o por delegación del que planteó la alzada (art. 72 Pr.C.M.); y [b] en el caso de la apelación interpuesta de hecho, en el que un nuevo representante judicial se apersona ante la mencionada Cámara solicitando la admisión de la alzada que el juzgador de primera instancia denegó al anterior representante.

Sobre el particular, el Ministerio de Hacienda por medio de la Dirección General de Impuestos Internos proporciona a los tribunales del país un formu-

lario identificado como F-981 v1, denominado *“Informe de Jueces de la República sobre Acreditamientos de Abogados en Procesos o Juicios”*, en el que deben consignarse los siguientes datos: el Número de Identificación Tributaria (NIT) y el nombre del Juez que rinde el informe (en el caso de segunda instancia, tendría que ser el del Magistrado Presidente de la Cámara de Familia), la denominación oficial del tribunal, el tipo o clase de proceso, el nombre del abogado que representa a la parte apelante, la actuación del abogado que preste o no servicio social de Universidades o de gremiales o de Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) y su Número de Identificación Tributaria (NIT), la fecha en que se apersona, el número de su Tarjeta de Abogado emitida por la Corte Suprema de Justicia, la calidad en que actúa o sea representando al demandante o al demandado (al apelante o al apelado, en el caso de la segunda instancia), el nombre y el Número de Identificación Tributaria (NIT) de la parte demandante y de la parte demandada (recurrente y recurrida) y la firma del Juez (o del Magistrado Presidente de la Cámara de Familia según el caso) y el sello del Juzgado o Tribunal.- Este formulario debe llenarse por cada proceso, en original y una copia, cada vez que se apersona un abogado como representante judicial de cada una de las partes.- Se advierte que en ese formulario hay más exigencias de las que establece la ley, pues ésta sólo requiere del representante judicial que proporcione información sobre cuatro aspectos: los números de sus tarjetas [a] del NIT y [b] de abogado emitida por la Corte Suprema de Justicia, [c] la clase de proceso o de diligencias en que interviene y [d] la identificación de las partes, que según se interpreta debe ser por medio de sus nombres.

En vista de lo anterior, cuando se apersona por primera vez un abogado o lo hace en sustitución o por delegación del anterior o como recurrente en apelación interpuesta de hecho, en el escrito mediante el cual se acredite como representante judicial de una de las partes deberá consignar su Número de Identificación Tributaria (NIT) y el número de su Tarjeta de Abogado emitida por la Corte Suprema de Justicia y el Número de Identificación Tributaria (NIT) de su representado(a), pues si no lo hace, la Cámara de Familia tendría que requerirlo para que dentro del plazo de tres días proporcione esa información, so pena de declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación.- Esta situación (requerimiento de tres días) es una aplicación analógica del Art. 96 Pr.F., como si se tratase de la carencia de requisitos de una demanda, en virtud de la integración de las normas procesales y la aplicación supletoria del derecho común que permiten los arts. 19 y 20 Pr.C.M., como se expuso en párrafos anteriores correspondientes al tema desarrollado con el título de *“LA PREVENCIÓN PARA LEGITIMAR LA PERSONERÍA”*.

Probablemente se justifique ese requerimiento o prevención en virtud de la *“DECLARACIÓN JURADA”* que presta el funcionario judicial en el referido formulario, la cual se encuentra redactada de la siguiente manera: *“Declaro bajo juramento que los datos contenidos en el presente informe son expresión fiel de la*

verdad. Manifiesto que tengo conocimiento que incurriría en sanciones administrativas y penales en caso de incumplir la normativa legal respectiva, sanciones entre las cuales se encuentran las establecidas en los artículos 249-A y 250-A del Código Penal.”.- Quizá hubiese sido más feliz que en esa declaración jurada, en vez de la expresión “*son expresión fiel de la verdad*” se hubiese consignado que “*son expresión fiel de lo manifestado por las partes o por sus representantes legales y/o judiciales.*”, omitiéndose lo relativo al conocimiento de la incursión en sanciones administrativas y penales.

El probable problema que podría presentarse sería cuando una de las partes procesales sea menor de edad que carezca de NIT.- Posiblemente se solucionaría agregando un anexo al referido informe en el que se proporcione la explicación del caso, puesto que no sería legal ni justo negar derechos a las niñas, a los niños y a los adolescentes por la carencia de un Número de Identificación Tributaria, tal es el caso de los procesos de alimentos que promueven contra alguno de sus progenitores o de declaración judicial de paternidad contra el supuesto padre, en los que serían parte demandante; o en los de modificación de sentencia de alimentos que contra los menores de edad promueva uno de sus padres obligado a proporcionarle alimentos, en los cuales pretende obtener la modificación de la cuota alimentaria o la cesación de tal obligación.

En tales situaciones no se les podría negar a las niñas, a los niños y a los adolescentes su derecho a demandar alimentos a sus progenitores o a tener un padre que se responsabilice de ellos o a defenderse cuando el padre o la madre pretendan reducir sus cuotas alimentarias o suprimírselas, de lo cual deberían tener conciencia las autoridades tributarias, a fin de hacerlo del conocimiento de sus subalternos, para que no exijan a las personas menores de edad, de manera arbitraria e inhumana, el cumplimiento del requisito de tener NIT para intervenir en los procesos de familia que les afecten.

3.- CLASIFICACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

En la Ley Procesal de Familia encontramos algunas figuras relativas al recurso de apelación y las denominaciones que se les ha asignado en este ensayo pueden ser caprichosas o según la ocurrencia del compilador de esta líneas o han sido atribuidas por el legislador en los correspondientes epígrafes y, con esa aclaración, nos atrevemos a clasificar este tipo de impugnación de la siguiente manera: 1) la apelación subsidiaria, 2) la apelación diferida, 3) la apelación adhesiva, 4) la apelación de hecho y 5) la apelación corriente.

3.1. LA APELACIÓN SUBSIDIARIA

Esta clase de Alzada se interpone contra determinadas providencias ante el Juez de Familia que las haya pronunciado, al mismo tiempo que se plantea el recurso de revocatoria y se le daría trámite si éste es rechazado por cualquier motivo por el expresado juzgador.- El art. 150 Pr.F. dispone en el primer inciso que *“El recurso de revocatoria procede contra los decretos de sustanciación, las sentencias interlocutorias y la sentencia definitiva en lo accesorio.”*; y en el segundo, *“Simultáneamente con este recurso podrá interponerse, en forma subsidiaria, el de apelación, cuando proceda.”*.

El recurso de apelación debe interponerse al mismo tiempo (en el mismo escrito o instante) en que se propone el de revocatoria (es la forma simultánea) y solamente que éste no prospere o sea rechazado, procederá el juzgador a dar trámite a la alzada (es la forma subsidiaria).- Veamos dos ejemplos sobre el particular.

PRIMERO.- Si el Juez de Familia, conforme al art. 277 Pr.C.M., rechaza una demanda por ser improponible, dentro de la veinticuatro horas de su notificación (art. 151 inc. 1º, 1ª parte, Pr.F.), el representante judicial de la parte a quien le fue desfavorable la providencia interpone por escrito el recurso de revocatoria de ella, pero al mismo tiempo (simultáneamente) plantea el de apelación en forma subsidiaria, de modo que si ese juzgador rechaza o declara sin lugar el recurso de revocatoria, inmediatamente tiene por interpuesto el de apelación y por no haber parte contraria en ese momento, remite el expediente del proceso a la Cámara de Familia respectiva a fin de que conozca y resuelva la alzada propuesta contra la sentencia interlocutoria relacionada.

SEGUNDO.- Si en la audiencia preliminar, en la etapa de la “ordenación de la prueba”, el juzgador rechaza un determinado medio probatorio propuesto por el demandante, de inmediato, después del tal decisión (art. 151 inc. 1º, 2ª parte, Pr.F.), su representante judicial interpone recurso de revocatoria contra ella y, simultáneamente, el de apelación en forma subsidiaria, de tal suerte que si el funcionario judicial declara sin lugar el recurso de revocatoria de esa sentencia interlocutoria, a continuación tiene por interpuesto el de apelación (art. 153 lit. “h” Pr.F.) y continúa con el desarrollo de la audiencia por tratarse de una apelación diferida (art. 155 inc. 1º Pr.F.).

Consecuentemente en ambos ejemplos, si el Juez de Familia accede a las pretensiones del impugnante y revoca su decisión, ya no se pronuncia respecto al recurso de apelación, pues no tendría razón de ser, ya que el recurrente logró su objetivo en la primera instancia, por lo que no es necesario ir a la segunda.

En el primero de los ejemplos se aclara que el art. 503 Pr.C.M. dispone que sólo los “*decretos de sustanciación*” y los “*autos no definitivos*” (o sean los simples, art. 212 inc. 2º Pr.C.M.) admiten el recurso de revocatoria, es decir que no comprende los autos definitivos que son los que ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación; pero en materia procesal de familia, el art. 150 Pr.F. en su primer inciso dispone que “*El recurso de revocatoria procede contra los decretos de sustanciación, las SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS y la sentencia definitiva en lo accesorio.*” (mayúsculas fuera del texto legal).- Los juzgadores de familia comprendemos entre las sentencias interlocutorias las siguientes decisiones judiciales: [a] las que resuelven incidentes (interlocutorias simples), [b] las que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva (interlocutorias con fuerza de definitivas) y [c] aquellas que en forma anormal hacen concluir procesos o diligencias de naturaleza familiar, imposibilitando su continuación (interlocutorias que ponen fin al proceso).- En los ejemplos planteados, el primero de ellos se refiere a una “sentencia interlocutoria que pone fin al proceso” y el segundo, a una “sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva”.

El recurso de apelación interpuesto simultáneamente con el de revocatoria, en forma subsidiaria (art. 150 inc. 2º Pr.F.), que aquí le hemos denominado “*APELACIÓN SUBSIDIARIA*”, no tiene regulación alguna en el Código Procesal Civil y Mercantil, por tanto, en la normativa familiar se carece de legislación adjetiva supletoria sobre el particular.

3.2. LA APELACIÓN DIFERIDA

Esta clase de impugnación se interpone en el curso de un proceso ante el Juez que pronunció la decisión, recurso que no interrumpe su desarrollo, pero su conocimiento y decisión se posterga y se acumula a la interposición del recurso de apelación contra la sentencia definitiva o contra una interlocutoria que ponga término al proceso en forma anormal e imposibilite su continuación.- El inciso primero del art. 155 Pr.F. establece que “*Las apelaciones interpuestas durante el curso del proceso se acumularán para su conocimiento y decisión a la apelación de la sentencia o de las resoluciones interlocutorias que ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación.*”.

Por ejemplo, en un determinado proceso, en la demanda se ofreció la “prueba por declaración jurada” o pliego de posiciones que debería de absolver la parte demandada, que es un medio probatorio no previsto en el Código Procesal Civil y Mercantil, pero podría existir la posibilidad de ser admitido conforme al inciso segundo del art. 330 Pr.C.M. si no afecta la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y, al efecto, a la demanda se acompañó el sobre cerrado que contenía el interrogatorio escrito.- En la audiencia preliminar, en la etapa de la “ordenación de la prueba” de la “fase saneadora” (art. 109 Pr.F.), el juzgador fami-

liar provee una sentencia interlocutoria por medio de la cual rechaza ese medio probatorio, motivando su denegatoria en que *“El Juez, las partes, los apoderados y el Procurador de Familia podrán INTERROGAR DIRECTAMENTE a los declarantes y A LAS PARTES para el esclarecimiento de la verdad”*, según lo dispone el tercer inciso del art. 117 Pr.F.- Inmediatamente, en forma oral, el apoderado del demandante interpone recurso de apelación contra tal providencia.- Ante tal impugnación, el juzgador resuelve verbalmente tener por interpuesto el recurso de apelación y continúa con el desarrollo de la audiencia y del proceso hasta pronunciar su sentencia definitiva.- Dentro de los cinco días siguientes que la dicta denegando las pretensiones de la parte demandante, el apoderado de ésta apela de esa providencia, llenando al efecto los requisitos legales de admisibilidad del recurso, pero al mismo tiempo deberá fundamentar la alzada que interpuso en el desarrollo del proceso (en la audiencia preliminar) contra la providencia que le denegó la prueba propuesta oportunamente, pues si no la fundamenta la respectiva Cámara de Familia tendrá por no interpuesta esa apelación diferida.- Al respecto, en la parte final del segundo inciso del art. 156 Pr.F., se dispone que *“En el mismo escrito de interposición del recurso (de apelación de la sentencia definitiva) se fundamentarán las apelaciones interpuestas en el curso del proceso (las diferidas) y toda aquella que no se fundamenta se tendrá por no interpuesta.”* (lo escrito entre paréntesis se encuentra fuera del texto legal).

El recurso de apelación diferida no tiene regulación alguna en el Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que no existen normas procesales que pudiesen aplicarse en forma supletoria en la legislación adjetiva familiar.

3.3. LA APELACIÓN ADHESIVA

Esta clase de recurso de apelación se plantea fuera del término legal ante el Juez que pronunció la decisión, pero antes que venza el plazo que la ley concede al apelante principal para que *PRESENTE* y fundamente su alzada y tiene su regulación en el art. 157 Pr.F., según el cual: *“Si una de las partes no apelare DENTRO DEL TÉRMINO CORRESPONDIENTE, podrá adherirse al recurso interpuesto por otra de las partes en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. En este caso, el escrito de adhesión podrá presentarse ante el Juez que la dictó hasta ANTES DEL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PARA LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.”* (mayúsculas fuera del texto legal).- Se sobreentiende que la providencia apelada contiene varios puntos y uno o varios de ellos son desfavorables al apelante principal y otro u otros, a la otra parte.

Cuando en la citada norma legal se dispone que si *“una de las partes no apelare dentro del término correspondiente, podrá ADHERIRSE al recurso interpuesto por otra*

de las partes...”, se debe interpretar en el sentido de que el legislador ha concedido al apelado un plazo adicional y extraordinario para que *PRESENTE* y fundamente su recurso, aún cuando no lo haya hecho en el que le concede la ley, pero deberá alzarse adhiriéndose a la apelación del recurrente principal “*hasta antes del vencimiento del término para la FUNDAMENTACIÓN del recurso*”, es decir que debe apelar dentro del plazo que la ley le concede al apelante principal para que *PLANTEE* o *PRESENTE* y fundamente su recurso.- Por ejemplo, en un proceso de divorcio en la sentencia definitiva [a] se decretó el divorcio entre Pedro Pérez (demandante) y Juana López de Pérez (demandada), [b] se confió el cuidado personal de un hijo menor de ellos a la demandada, [c] se estableció un específico régimen de comunicación entre el demandante y su hijo y [d] se impuso al demandante una cuota alimenticia mensual de un mil unidades de moneda de curso legal en beneficio del hijo menor de menor.- Al apoderado del demandante Pedro Pérez le notificaron personalmente la sentencia definitiva un día *LUNES UNO* de un determinado mes (su plazo de cinco días hábiles para apelar vencería el *LUNES OCHO*) y al mandatario de la demandada Juana López de Pérez le notificaron el *MIÉRCOLES TRES* de ese mismo mes (su término para alzarse concluiría el *MIÉRCOLES DIEZ*).- Si se llegó el *LUNES OCHO* y el representante judicial del demandante Pedro Pérez no apeló de la sentencia, ya no podría recurrir de ella; pero resulta que el apoderado de la demandada presentó su escrito de apelación el *MARTES NUEVE* en relación al punto que declara el divorcio.- En este caso todavía le quedaría al mandatario del demandante Pedro Pérez la oportunidad de adherirse a la apelación de la otra parte o sea interponer su propio recurso de apelación de esa sentencia en relación al punto que estableció la cuota alimenticia hasta el *MIÉRCOLES DIEZ*, fecha en que se vencería el plazo de fundamentación del recurso de la parte demandada Juana López de Pérez o sea la apelante principal.

La explicación contenida en el párrafo anterior significa que el compilador de estas líneas no participa de la interpretación que se ha hecho del art. 157 Pr.F., en el sentido de que la adhesión a la apelación pueda plantearse en el escrito mediante el cual se manifiesta el apelado sobre los argumentos del apelante principal (art. 160 inc. 1º Pr.F.), pues el legislador ha sido claro al establecer que la parte que no se alzó en el término correspondiente, puede hacerlo o sea adherirse a la apelación de la parte contraria hasta antes del vencimiento del término de la *FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO* y el apelante principal debe fundamentar su apelación dentro del plazo que la ley le otorga para *PLANTEAR* su recurso (cinco días) y tal afirmación tiene su base en algunas disposiciones de la Ley Procesal de Familia, por ejemplo: “*Cuando el recurso se INTERPUSIERE de la sentencia definitiva deberá fundamentarse en...*” (mayúsculas fuera del texto legal, art. 158 inc. 1º Pr.F.); “*En el escrito que fundamente la apelación se ofrecerá la prueba pertinente...*” (art. 159 inc. 2º Pr.F.); “*Fundamentado el recurso, el Juez mandará oír a la parte contraria en el plazo...*” (art. 160 inc. 1º Pr.F.).- De tales normas se llega a la conclusión de que

el recurso de apelación se debe fundamentar en el escrito de su interposición, por lo que el apelado debe adherirse a la apelación del recurrente principal dentro del plazo que éste tiene para presentar su escrito de alzada, el cual contiene la fundamentación de ella.

Por otra parte, si estuviéramos de acuerdo con la interpretación que se ha hecho de la segunda parte del art. 157 Pr.F., en el sentido de que el apelado puede adherirse a la apelación del recurrente principal en el escrito mediante el cual se manifiesta sobre los argumentos de éste, implicaría que aceptamos que se le prorrogara el plazo para alzarse, pues si sus cinco días para apelar de la sentencia definitiva ya vencieron, se le daría la oportunidad de hacerlo dentro de otros cinco días más, lo cual va en detrimento del derecho de defensa del apelante principal y contra el principio de igualdad procesal de las partes (arts. 3 de la Constitución de la República, 5 Pr.C.M. y 3 lit. “e” Pr.F.), pues a una de ellas se le estaría concediendo más plazo que a la otra para la interposición del recurso de apelación.- Además, y esto es muy fundamental, si el apelado dejó que transcurriera el plazo para alzarse y no impugnó la providencia es porque se conformó con ella y por tal razón no debe dársele una nueva oportunidad para recurrir de la misma.- Por las razones expuestas en este párrafo y en el siguiente, el compilador de estas líneas es de la opinión que se debería de suprimir lo relativo a la apelación adhesiva o la adhesión a la apelación, tanto en la Ley Procesal de Familia como en el Código Procesal Civil y Mercantil.

La poca regulación de la adhesión a la apelación da lugar a confusiones en el Código Procesal Civil y Mercantil, pues en el primer inciso de su art. 514 se dispone que el Tribunal de Segunda Instancia en la respectiva audiencia “OIRÁ a la parte apelada para que se oponga o para que se ADHIERA a la apelación” y el segundo inciso del art. 515 Pr.C.M. establece que la sentencia dictada en apelación “deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los ESCRITOS DE ADHESIÓN.” (mayúsculas fuera de los textos legales citados).- Lo anterior podría implicar que la adhesión a la apelación se podría plantear en FORMA ORAL en la audiencia que se celebra en segunda instancia; pero que también se podría interponer en FORMA ESCRITA, pero en este último caso no se sabe en qué momento podría hacerlo, pues no hay regulación al respecto.- Esta situación ambigua que nos conduce a dudas, incertidumbre o confusión se trae a cuenta en vista de que hubieron casos en que se acusó de oscura la disposición del art. 157 Pr.F. al establecer que el escrito de adhesión se presenta ante el Juez que dictó la providencia impugnada por el apelante principal “hasta antes del vencimiento del término para la fundamentación del recurso” y que, en consecuencia, se aplicaba supletoriamente la legislación adjetiva común (anteriormente el Código de Procedimientos Civiles, en cuyo art. 1010 disponía que la adhesión a la apelación se podía plantear al contestar la expresión de agravios), por

lo que se decía que la apelación adhesiva en materia procesal de familia se formulaba en el escrito mediante el cual el apelado se manifestaba sobre los argumentos del apelante principal (art. 160 inc. 1º Pr.F.), lo cual desarmoniza con lo que expusimos en párrafos precedentes.- De modo pues que, como en materia procesal familiar no se celebra audiencia como parte del trámite corriente del recurso de apelación, no habría modo de aplicar supletoriamente el primer inciso del Art. 14 Pr.C.M. ante la supuesta oscuridad del art. 155 Pr.F., en cuyo caso tendría que aceptarse la tesis que sustentamos, en el sentido de que la apelación adhesiva se plantea fuera del término correspondiente al apelado, pero antes que venza el plazo que la ley concede al apelante principal para que presente y fundamente su alzada.

En el Código Procesal Civil y Mercantil, la apelación adhesiva o adhesión a la alzada solamente aparece mencionada, en forma oscura o confusa como se dijo, en tres disposiciones, en los arts. 502, 514 inc. 1º y 515 inc. 2º Pr.C.M.

3.4. LA APELACIÓN DE HECHO

El “recurso de apelación interpuesto de hecho”, que es su denominación apropiada, se plantea ante la Cámara de Familia correspondiente, por no haber sido admitido tal medio de impugnación por un Juez de Familia en la primera instancia.- Al respecto el art. 163 Pr.F. dispone que *“Cuando sea indebidamente denegado el recurso de apelación, el apelante podrá presentarse al Tribunal Superior competente pidiendo se le admita el recurso”*.

No es un recurso diferente al recurso de “apelación corriente”, sino que es el mismo recurso que, por haberlo denegado en primera instancia el Juez de Familia, se interpone ante la correspondiente Cámara de Familia con el objetivo de que ésta admita la alzada denegada por el inferior y que le dé el trámite respectivo y la resuelva, ya sea confirmando la providencia recurrida, revocándola, modificándola o declarando su nulidad, dependiendo de lo que solicite el apelante y de lo que sea procedente (art. 161 Pr.F.).

En la práctica, el trámite que se ha dado al recurso de apelación interpuesto de hecho es el que se expone a continuación:

- a. El interesado lo propone por escrito, directamente ante la Cámara de Familia respectiva y le solicita que admita el recurso de apelación que le denegó el Juez de Familia, con expresión de los motivos en que fundamenta su petición o sean las causas que justifican su admisión (arts. 163 y 164 Pr.F.).

- b. Debe interponerlo en el plazo de *TRES* días, contado desde el siguiente en que se hizo o se tuvo por realizada la notificación de la sentencia interlocutoria por medio de la cual el Juez de Familia le denegó la admisión del recurso de apelación (art. 164 Pr.F.).
- c. Con vista de la solicitud escrita formulada por el interesado, la Cámara de Familia abre su propio expediente al que corrientemente se le denomina “incidente de apelación” interpuesta de hecho.
- d. Dentro del plazo de *CINCO* días de presentada la solicitud, el expresado Tribunal Superior, mediante decreto de sustanciación, ordena librar oficio al Juez que denegó la alzada, a fin de que le remita el expediente del proceso o sea la “pieza principal” (art. 165 Pr.F.).
- e. Al recibir tal oficio, el juzgador de primera instancia ordena remitir y envía el expediente del proceso (pieza principal) a la Cámara de Familia dentro de los *TRES DÍAS* siguientes a la fecha en que recibió el oficio (art. 166 Pr.F.).
- f. En el plazo de *CINCO DÍAS* después de recibidas las actuaciones de primera instancia, ese Tribunal Superior “*LO TOMARÁ EN CONSIDERACIÓN*”, es decir que hará una calificación sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de apelación que denegó el Juez de Familia (art. 167 Pr.F.).
- g. Si el recurso fue denegado indebidamente, la Cámara de Familia lo admite y ordena notificar la admisión de tal impugnación al apelado a fin de que dentro del plazo de *CINCO* días se manifieste sobre los argumentos del apelante o sean los contenidos en el escrito de apelación presentado ante el Juez de Familia que denegó el recurso y que se encuentra agregado a la pieza principal (arts. 167 y 160 inc. 1º Pr.F.).

Si del análisis de la solicitud se llega a la conclusión de que efectivamente no era procedente admitir el recurso de apelación o sea que con justa razón lo denegó el juzgador de primera instancia, la expresada Cámara declara sin lugar la solicitud de admisión del recurso por improcedente y devuelve la pieza principal al tribunal de origen con certificación de lo resuelto por ella.

- h. Concluidos esos cinco días, con manifestación del recurrido o sin ella, la Cámara de Familia resuelve el fondo del asunto dentro del término de

CINCO DÍAS o sea que entra al conocimiento y decisión del recurso de apelación que denegó el Juez de primera instancia (art. 160 inc. 2º Pr.F.).

El procedimiento que se acaba de exponer no es el que textual o literalmente indica la Ley Procesal de Familia, sino que es consecuencia de una “adecuación” que ha hecho el Tribunal familiar de segunda instancia en virtud de la aplicación del principio de economía procesal, ya que el art. 167 Pr.F. dispone que *“Introducido el proceso en el Tribunal Superior, lo tomará en consideración dentro de cinco días y si juzgare haber sido denegada indebidamente la apelación, la admitirá, ordenando que el proceso pase a la secretaría, que se EMPLACE AL APELADO, para que concurra dentro del TÉRMINO DE LEY a estar a derecho, y que el apelante EXPRESE AGRAVIOS”* (mayúsculas fuera del texto legal).

En materia procesal de familia, específicamente en el trámite del recurso de “APELACIÓN CORRIENTE”, no está previsto un “EMPLAZAMIENTO” para que las partes ocurran a usar de sus derechos ante la Cámara de Segunda Instancia como lo establecía el derogado art. 995 del Código de Procedimientos Civiles; por consiguiente, tampoco existe ese “TÉRMINO DE LEY” para apersonarse en segunda instancia; ni hay “EXPRESIÓN DE AGRAVIOS”, ni “CONTESTACIÓN DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS” en segunda instancia, que responden a terminologías y trámites del procedimiento que correspondían a una normativa derogada y que no se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, pues éste ya no contiene regulaciones sobre el recurso de apelación interpuesto de hecho o sea que no tiene existencia en tal normativa.

Lo que se dispone en la legislación adjetiva familiar en lo que respecta a la “APELACIÓN CORRIENTE” es que después de planteado el recurso de apelación con todos los requisitos (que podría ser el equivalente a la “EXPRESIÓN DE AGRAVIOS”), el Juez de Familia ordena que se oiga a la contraparte por cinco días a fin de que se manifieste sobre los argumentos del apelante (que talvez sería el símil de la “CONTESTACIÓN DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS”) y con el escrito de manifestación o sin él, ese Juez de primera instancia debe remitir el expediente del proceso a la respectiva Cámara de Familia para determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso en su caso y para su conocimiento y decisión (art. 160 inc. 1º Pr.F.).- Además, las partes que no se apersonan en segunda instancia ante dicha Cámara, pues el recurso de apelación ya se planteó y fundamentó ante el Juez inferior y éste ya ordenó que se oyera al apelado y lo único que faltaría sería la resolución del mismo.

De modo que cuando el funcionario judicial de primera instancia deniega el recurso de apelación, el recurrente ya indicó el (los) punto(s) impugnado(s), ya fundamentó su impugnación, ya formuló la petición en concreto y la resolución

que pretende y lo único que faltaría sería mandar a oír al apelado para que se manifieste sobre los argumentos del apelante.- Por estas razones, al conocer del recurso de apelación interpuesto de hecho, la Cámara de Familia no ordena el “EMPLAZAMIENTO” del apelado sino que lo manda a oír sobre los argumentos que el apelante expuso en primera instancia; tampoco le corre “TRASLADO” al apelante para que “EXPRESE AGRAVIOS”, pues éste ya planteó sus pretensiones en su escrito de interposición de la alzada que le denegó el Juez de Familia.

Decíamos que el trámite que en la práctica se ha dado a esta clase de impugnación no es el que el texto de la norma establece, sino que también obedece a una obligación que el legislador ha impuesto a los juzgadores del área familiar, la cual se encuentra contenida en la Ley Procesal de Familia y que dice: “Art. 7.- El Juez está obligado a:” (f) *Resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal*”.

El recurso de apelación interpuesto de hecho, mal llamado “recurso de hecho” por la comunidad jurídica, dejó de existir en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que conforme al inciso primero del art. 512 Pr.C.M., “*Presentada la apelación, el juez notificará a la parte contraria y SE LIMITARÁ A REMITIR EL ESCRITO DE APELACIÓN AL TRIBUNAL SUPERIOR dentro de los tres días siguientes, junto con el expediente.*” (mayúsculas fuera del texto legal), lo cual significa que el juzgador de primera instancia no está autorizado para calificar la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, sino que el competente para hacer esa calificación es el Tribunal que deba conocer en segunda instancia (art. 513 Pr.C.M.).

3.5. LA APELACIÓN CORRIENTE

Lo que hemos dado en denominar la “APELACIÓN CORRIENTE”, es el recurso de apelación que se interpone contra las sentencias definitivas (153 Pr.F.) o contra las siguientes sentencias interlocutorias: [a] las que decidan sobre medidas cautelares (arts. 153 lit. “f” y 155 inc. 2º lit. “a” Pr.F. y 453 inc. 4º Pr.C.M.), [b] las que declaren la inadmisibilidad de modificaciones de demandas o de sus ampliaciones (art. 155 inc. 2º lit. “b” Pr.F.), [c] las que producen el efecto de poner fin al proceso imposibilitando su continuación (arts. 153 lit. “a” Pr.F. y 508 Pr.C.M.), [f] las que decidan sobre la acumulación de procesos (arts. 58 inc. 1º y 153 lit. “d” Pr.F.) y [g] las que declaren la conclusión extraordinaria del proceso (153 lit. “j” Pr.F.).- Se plantea y fundamenta ante el Juez de Familia que pronunció la providencia, quien manda a oír por cinco días al apelado con el objeto de que se pronuncie sobre los argumentos del apelante y transcurrido ese plazo, con escrito de manifestación o sin él, remite el expediente del proceso (pieza principal) a la Cámara de Familia competente para la admisión, conocimiento y deci-

sión de tal impugnación o para la declaratoria de su inadmisibilidad, en su caso (art. 160 Pr.F.).

Los Jueces y los Magistrados de las Cámaras de Familia usualmente resuelven a lo que hemos denominado recurso de apelación corriente, el procedimiento que a continuación se expone.

- a. El recurso lo interpone el agraviado dentro del plazo y en la forma que establecen los dos primeros incisos del art. 156 Pr.F., según se trate de sentencias definitivas o de interlocutorias.
- b. Lo plantea o lo presenta ante el Juez de Familia que conoce del proceso y que dictó la providencia que se impugna (arts. 160 inc. 1º Pr.F. y 511 inc. 1º Pr.C.M.).
- c. Ese funcionario judicial, mediante decreto de sustanciación, manda a oír a la parte contraria en el plazo de cinco días con el objeto de que se manifieste sobre los argumentos expuestos por el apelante en su escrito de interposición y fundamentación del recurso (art. 160 inc. 1º Pr.F.).
- d. Concluido ese término, con contestación del apelado o sin ella, sin más trámite y mediante oficio, el Juez remite a la Cámara de Familia competente en razón del territorio el expediente del proceso (actuaciones o pieza principal) y los estudios psicosociales elaborados por el equipo multidisciplinario del Juzgado de Familia, si los hubiere (art. 160 inc. 1º Pr.F.).

Los escritos de interposición del recurso de apelación y de manifestación del apelado forman parte integrante de la pieza principal o sea que se encuentran materialmente agregados al expediente mediante el cual se han documentado las actuaciones en primera instancia del Juez de Familia, de los representantes judiciales de las partes y del Procurador de Familia.

Si la apelación se interpuso en forma oral en una audiencia o diligencia y es de las que interrumpen el desarrollo del proceso (con excepción de las sentencias definitivas), el Juez manda a oír en el acto al apelado sobre los argumentos del apelante y después de la manifestación de aquél deberá ordenar la suspensión de la audiencia o de la diligencias y la remisión de las actuaciones a la respectiva Cámara de Familia.

- e. Al recibir el Tribunal Superior el referido expediente, dentro del plazo de cinco días, simultáneamente deberá resolver sobre la admisión del recurso y sobre el asunto planteado, lo cual significa: [a] que si no llena los requi-

sitos de admisibilidad el recurso de apelación, la Cámara lo declarará inadmisibile, omitirá entrar al conocimiento y decisión del fondo del asunto y ordenará la devolución del expediente del proceso al tribunal de origen; y [b] si cumple tales requisitos, deberá ordenar la admisión del recurso e inmediatamente entrará a su conocimiento y decisión o sea que procede a motivar y pronunciar la respectiva sentencia mediante la cual podría confirmar la providencia apelada o modificarla o revocarla y pronunciar la que corresponda, o declarar su nulidad, según el caso (arts. 160 inc. 2º y 161 inc. 1º Pr.F.).

- f. Transcurridos *QUINCE* días hábiles después de la última notificación de la decisión de la Cámara mediante la cual declaró la inadmisibilidad del recurso o pronunció la providencia resolviendo la alzada, si no se ha interpuesto recurso de casación de esas decisiones, tal Tribunal Superior deberá devolver la pieza principal al Juzgado de Familia de origen con certificación de su pronunciamiento (arts. 24 Pr.F. y 145 inc. 2º y 526 Pr.C.M.).
- g. Pero si en el transcurso de esos *QUINCE* días hábiles uno de los representantes judiciales de las partes (o ambos) o el Procurador de Familia del Juzgado de Familia que pronunció la decisión impugnada, ha(n) interpuesto el recurso de casación contra la sentencia proveída por la Cámara de Familia, ésta ordenará que, previa notificación a tales representantes y a dicho Procurador y dentro de los *TRES* días siguientes al vencimiento de los *QUINCE* hábiles citados, se remitan los siguientes atestados a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia: [a] el expediente del proceso tramitado por el Juez de Familia o pieza principal, [b] el expediente del incidente de apelación diligenciado por la Cámara de Familia o incidente de apelación, [c] el escrito de interposición del recurso de casación y sus copias y [d] los estudios psicosociales elaborados del personal del equipo multidisciplinario del Juzgado de Familia, si los hubiere (arts. 24 Pr.F. y 145 inc. 2º, 526 y 529 Pr.C.M.).

OTROS ASPECTOS DE LA CLASIFICACIÓN

Existen resoluciones que en materia procesal de familia procede el recurso de apelación contra ellas y hay otras en las que no procede.- Examinemos cuáles son las providencias impugnables y cuáles son inimpugnables mediante el recurso de apelación en relación a la manera de cómo hemos clasificado este tipo de recurso.

A. Providencias apelables

En términos generales, de conformidad con la Ley Procesal de Familia y el Código Procesal Civil y Mercantil, podíamos decir que son apelables las decisiones judiciales que de manera expresa indica la ley.- Al respecto, ésta otorga tal recurso contra las siguientes providencias:

- A.1 Las sentencias definitivas;
- A.2 Las sentencias interlocutorias que resuelvan sobre medidas cautelares y de protección;
- A.3 Las sentencias interlocutorias simples, con excepción de las que se pronuncian en los incidentes que resuelvan sobre recusaciones de los Secretarios Judiciales y de los integrantes de los equipos multidisciplinarios de los Juzgados de Familia;
- A.4 Las sentencias las interlocutorias que decidan sobre el incidente de acumulación de procesos;
- A.5 Las sentencias interlocutorias que en forma anormal pongan fin al proceso, haciendo imposible su continuación, entre las cuales se comprenden las que rechazan la demanda por ser [a] inadmisible o [b] improponible o [c] improcedente o [d] inepta, [e] las que declaran la conclusión extraordinaria del proceso y [f] las que produzcan el efecto de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda;
- A.6 Las que declaran la inadmisibilidad de la modificación o ampliación de la demanda;
- A.7 Las que deniegan providencias complementarias;
- A.8 Las que resuelvan sobre la intervención de terceros;
- A.9 Las que resuelvan sobre la intervención de sucesores procesales;
- A.10 Las que rechazan la representación de alguna de las partes;
- A.11 Las que deniegan el aplazamiento de una audiencia;
- A.12 Las que resuelvan sobre las excepciones dilatorias;

A.13 Las que deniegan la suspensión del proceso; y

A.14 Las que rechazan la práctica de medios probatorios solicitados en su oportunidad.

El fundamento legal de la anterior enumeración de providencias apelables lo encontramos en los arts. 58, 69 y 153 Pr.F. y 508, 277 inc. 2º y 453 inc. 4º Pr.C.M.

B. Resoluciones inapelables

La ley niega el recurso de apelación a los decretos de sustanciación y a las sentencias interlocutorias simples que se pronuncian sobre recusaciones de los Secretarios Judiciales y de los integrantes de los equipos multidisciplinarios de los Juzgados de Familia.

En lo que respecta a los decretos de sustanciación, la Ley Procesal de Familia y el Código Procesal Civil y Mercantil no les conceden ni les niegan en forma expresa el recurso de apelación, pero tampoco hacen mención de ellos en la enumeración de decisiones judiciales alzables contempladas en los arts. 153 Pr.F. y 508 Pr.C.M.

Y en lo que respecta a las sentencias interlocutorias que se proveen sobre recusaciones de los Secretarios Judiciales y de los integrantes de los equipos multidisciplinarios de los Juzgados de Familia, el segundo inciso del art. 58 Pr.F. dispone expresamente que no admitan recurso alguno.

C. Apelación subsidiaria

No puede interponerse recurso de apelación simultáneamente con el de revocatoria, en forma subsidiaria, contra las sentencias interlocutorias que decidan sobre los incidentes de recusaciones de Secretarios Judiciales e integrantes de los equipos multidisciplinarios de los Juzgados de Familia, ya que el segundo inciso del art. 58 Pr.F. dispone que tales interlocutorias no admiten recurso alguno, como serían los de revocatoria y de apelación.

D. Apelación diferida

El recurso de apelación interpuesto en el curso del proceso, cuyo conocimiento y decisión se difiere y acumula a la alza de la sentencia definitiva o de las sentencias interlocutorias que pongan fin al proceso, haciendo imposible su continuación, procede contra las siguientes sentencias interlocutorias:

- D.1 Las que resuelvan sobre la intervención de terceros;
- D.2 Las que resuelvan sobre la intervención de sucesores procesales;
- D.3 Las que rechazan la representación de alguna de las partes;
- D.4 Las que deniegan el aplazamiento de una audiencia;
- D.5 Las que resuelvan sobre las excepciones dilatorias;
- D.6 Las que deniegan la suspensión del proceso;
- D.7 Las que rechazan la práctica de una prueba solicitada oportunamente; y
- D.8 Las sentencias interlocutorias simples (153 lit. “i” Pr.F.), excepto las que resuelvan los incidentes de recusaciones de los Secretarios Judiciales y de los integrantes de los equipos multidisciplinarios de los Juzgados de Familia (art. 58 inc. 2º Pr.F.).

En estos ocho casos no se suspende el desarrollo del proceso por la interposición del recurso de apelación, sino que el juzgador de primera instancia lo tiene por interpuesto y continúa con el trámite del mismo y si el recurrente en apelación diferida se alza de la sentencia definitiva o de una interlocutoria que ponga fin al proceso haciendo imposible su continuación, deberá fundamentar la diferida que interpuso, pues si no lo hace la respectiva Cámara de Familia la tendrá por no interpuesta, según se dispone en la parte final del segundo inciso del art. 156 Pr.F.

En cuanto al resto de resoluciones alzables (que se citarán en el apartado relativo a la “*APELACIÓN CORRIENTE*”), si se recurre de ellas en apelación, el Juez de Familia suspenderá el curso del proceso en primera instancia con el objeto de dar trámite a la alzada, en cuyo caso mandará a oír al recurrido para que se manifieste sobre los argumentos del apelante y ordenará la remisión del expediente del proceso a la competente Cámara de Familia para que entre al conocimiento y decisión del recurso de apelación.

E. Apelación adhesiva

El apelado sólo podría adherirse al recurso de apelación interpuesto por el apelante principal en los casos de la “*APELACIÓN CORRIENTE*” que adelante se desarrollan, pues no procedería hacerlo en lo que respecta a la apelación diferida, ya que ésta no se fundamenta en el instante de su interposición, sino que ello ocurrirá si el agraviado se alza de la sentencia definitiva o de una interlocutoria que ponga fin al proceso y haga imposible su continuación.- Al respecto debemos recordar que el apelado se puede adherir a la alzada del apelante principal dentro del término que la ley concede al último para que presente y fundamente su recurso y esto ocurrirá sólo en los casos en que tal medio de impugnación suspenda el curso del proceso en primera instancia.

F. Apelación de hecho

Cuando un Juez de Familia le ha denegado el recurso de apelación al representante judicial de una de las partes, puede apersonarse ante la competente Cámara de Familia para solicitar su admisión.- La apelación interpuesta de hecho ante un Tribunal de Segunda Instancia sólo procedería contra las resoluciones que adelante enumeraremos en el punto relativo a la “*APELACIÓN CORRIENTE*” y no contra las decisiones judiciales en las que procede la apelación diferida.- A continuación la explicación de tales afirmaciones.

Si se interpone el recurso de apelación contra una resolución que suspende el curso del proceso en primera instancia para que una Cámara de Familia resuelva tal medio de impugnación, pero lo deniega el Juez de Familia, el recurrente debe presentarse ante aquélla solicitando la admisión del recurso y al efecto, tal Tribunal Superior, ordenará al inferior la remisión de las actuaciones con el objetivo de entrar al conocimiento y decisión sobre la admisión del recurso denegado.

Pero si la alzada es de una decisión contra la que no procede la apelación corriente sino la diferida, si el Juez deniega el recurso no sería necesario reclamarlo de hecho ante el Tribunal de Segunda Instancia, pues al pronunciarse la sentencia definitiva (o una interlocutoria que ponga fin al proceso) el representante judicial de la parte agraviada podrá apelar de tal providencia y fundamentar la diferida que le denegó el Juez de Familia, pues en último caso quien tiene la atribución de decidir si se admite o no se admite un recurso de apelación es la competente Cámara de Familia, tal como en forma expresa lo dispone el art. 160 Pr.F. en su segundo inciso al establecer que “*El Tribunal de Segunda Instancia, dentro de los cinco días de recibidas las actuaciones, deberá resolver sobre la ADMISIÓN del recurso y el asunto planteado, salvo si se ofrecieren pruebas en cuyo caso, se fijará una audiencia para recibirlos dentro de los diez días siguientes de ADMITIDO el recurso.*” (mayúsculas fuera del texto legal).

G. Apelación corriente

Como se anunció antes, hay decisiones de los Jueces de Familia que admiten apelación y que por su interposición se suspende el curso del proceso en primera instancia a fin de que una Cámara de Familia entre al conocimiento de tal impugnación.- Tales resoluciones son las siguientes:

G.1 Las sentencias definitivas (art. 153 Pr.F.);

G.2 Las sentencias interlocutorias que decidan sobre el incidente de la acumulación de procesos (arts. 58 inc. 1º y 153 lit. “d” Pr.F.);

- G.3 Las sentencias interlocutorias que pongan fin al proceso, haciendo imposible su continuación y para el caso citamos: [a] las que declaran inadmisibile la demanda o [b] su improcedencia o [c] su ineptitud o [d] su improponibilidad (arts. 153 lit. “a” Pr.F. y 508 inc. 1º Pr.C.M.), [e] las que declaran la conclusión extraordinaria del proceso (153 lit. “j” Pr.F.) y [f] las que ordenan que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda (art. 111 inc. 1º Pr.F.);
- G.4 Las que resuelvan solicitudes relativas a medidas cautelares y de protección (arts. 153 lit. “f” y 155 inc. 2º Pr.F. y 453 inc. 4º Pr.C.M.);
- G.5 Las que declaran la inadmisibilidad de la modificación o ampliación de la demanda (arts. 153 lit. “a” y 155 inc. 2º Pr.F.); y
- G.6 Las que deniegan providencias complementarias o sean las que declaran sin lugar las solicitudes de ampliación o modificación de la sentencia definitiva en lo accesorio (arts. 123 y 153 lit. “k” Pr.F.).

Cuando el Juez de Familia pronuncia cualesquiera de las providencias relacionadas en los seis numerales del párrafo precedente y el representante judicial de una de las partes interpone el recurso de apelación, el funcionario judicial se limitará a las siguientes actuaciones procesales: a) debe tener por interpuesto el recurso; b) debe mandar a oír a la parte contraria por el término de cinco días a fin de que se manifieste sobre los argumentos del apelante, c) concluido ese plazo, con escrito de manifestación o sin él, debe remitir el expediente del proceso y los estudios psicosociales, si lo hubiere, a la competente Cámara de Familia.- Con ello queda desembarazado del conocimiento del proceso, a menos que el recurso de apelación lo haya tenido por interpuesto sin el efecto suspensivo tratándose de sentencias condenatorias (art. 509 Pr.C.M.), en cuyo caso se quedará con certificación de lo pertinente del expediente del proceso (pieza principal) para la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

4.- PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el art. 159 Pr.F., en segunda instancia habrá recepción de medios probatorios en los siguientes casos: [a] cuando hubieren sido ofrecidos y determinados en el escrito de demanda o en el de su contestación, pero en la etapa de la “*ORDENACIÓN DE LA PRUEBA*” de la “*FASE SANEADORA*” en el desarrollo de la audiencia preliminar, el Juez los rechazó y no los admitió (art. 109 Pr.F.) y [b] cuando no se pudieron producir por motivos ajenos a la voluntad de la parte apelante.- En estos casos el trámite del recurso de apelación, después de pronunciada la sentencia definitiva, es el siguiente:

- 4.1 El recurso lo interpone el representante judicial de la parte agraviada ante el Juez que pronunció tal sentencia dentro del plazo de cinco días, pero en el escrito de planteamiento y fundamentación del recurso deberá ofrecer los medios probatorios rechazados o no producidos por causas ajenas a su voluntad (art. 159 inc. 2º Pr.F.);
- 4.2 Dicho funcionario judicial ordena que se oiga a la parte contraria en el plazo de cinco días con la finalidad de que se manifieste sobre los argumentos del apelante (art. 160 inc. 1º Pr.F.);
- 4.3 Al concluir ese término, con contestación del apelado o sin ella y sin más trámite, el Juez remite el expediente del proceso (pieza principal) a la respectiva Cámara de Familia (art. 160 inc. 1º Pr.F.);
- 4.4 Ésta, al recibirlo, mediante decreto de sustanciación admite el recurso si llena los requisitos legales y al mismo tiempo señala lugar, día y hora para celebrar una “*AUDIENCIA PROBATORIA*” dentro de los diez días siguientes, (art. 160 inc. 2º, parte final, Pr.F.);
- 4.5 Llegado el momento señalado para la celebración de tal audiencia, en ésta se reciben los medios probatorios ofrecidos por el recurrente y si fuere el caso se oirán los alegatos de los representantes judiciales de las partes y del Procurador de Familia adscrito al respectivo Juzgado de Familia y por último, el Magistrado Presidente de la Cámara anuncia que se pronunciará la sentencia definitiva dentro de los *CINCO* días siguientes a la conclusión de la audiencia (art. 160 inc. 3º Pr.F.), sin que ese tribunal colegiado pronuncie el fallo respectivo en la audiencia (art. 122 Pr.F.);
- 4.6 En el transcurso de ese plazo de cinco días los Magistrados de ella pronuncian la sentencia definitiva, mediante la cual, según el caso y el mérito de las pruebas recibidas, confirman la providencia recurrida o la modifican o la revocan, pronunciado la correspondiente o declaran su nulidad (art. 161 inc. 1º Pr.F.);
- 4.7 Transcurridos *QUINCE* días después de la notificación de la sentencia definitiva, sin que los representantes judiciales de las partes o el mencionado Procurador de Familia hayan interpuesto recurso de casación de ella, la Cámara ordena la devolución de la pieza principal y de los estudios psicosociales del equipo multidisciplinario al juzgado de origen, con certificación de su sentencia (art. 526 Pr.C.M.);

- 4.8 Si en el transcurso de esos QUINCE DÍAS se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Cámara, previa notificación a los representantes judiciales de las partes y al citado Procurador de Familia, tal Tribunal de Segunda Instancia remite a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los tres días siguientes al vencimiento de los expresados quince días, el expediente del proceso o pieza principal, el expediente del incidente de apelación tramitado por la Cámara, el escrito de interposición de tal recurso y sus copias y los estudios del expresado equipo multidisciplinario, si los hubiere (arts. 526 y 529 Pr.C.M.).

5.- CONSIDERACIONES FINALES

- 5.1 En el párrafo CUATRO del precedente apartado identificado como número “IV.- PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA”, a la audiencia que se menciona en el mismo se le ha denominado “*AUDIENCIA PROBATORIA*”.- El compilador de estas líneas ha asignado tal denominación a este tipo de audiencias, en vista de que el objetivo de ella es la recepción de los medios probatorios ofrecidos por el recurrente en su escrito de interposición del recurso de apelación y que, por otra parte, la Ley Procesal de Familia no le asigna denominación alguna.

En el epígrafe de Capítulo Quinto del Título Segundo del Libro Segundo del Código Procesal Civil y Mercantil (arts. 402 y siguientes), en el proceso común y en primera instancia, se contempla esa denominación para la audiencia que se celebra con posterioridad a la “*AUDIENCIA PREPARATORIA*” y en ella precisamente se producen las pruebas ofrecidas y determinadas por las partes.

- 5.2 En el párrafo número CINCO del anterior apartado número “IV.- PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA”, se ha consignado que después de recibirse los medios probatorios y de los alegatos si fuere el caso, el Presidente de la Cámara de Familia indica o anuncia que se pronunciará la sentencia definitiva dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia probatoria, pero no se dicta el fallo en ella como ocurre en primera instancia (arts. 110 y 122 Pr.F.) y tal afirmación obedece a que la decisión del recurso de apelación no es *UNIPERSONAL* como está previsto para la primera instancia, sino que es *COLEGIADA*, en la que los dos Magistrados deberán estar de acuerdo en qué es lo que decidirán y no sería conveniente ni saludable que ante la presencia de las partes, de sus representantes judiciales y del mencionado Procurador de Familia ocurra discrepancia o disconformidad o discordia de los Magis-

trados y manifestaciones de cada uno de ellos en relación al fallo que deberá pronunciarse sobre el particular (arts. 197 y 220 Pr.C.M.).

Se ha comentado que la “audiencia probatoria” podría suspenderse durante un tiempo prudencial, a fin de que los Magistrados discutan su decisión, a fin de anunciar su fallo, pero ocurre que en ciertos casos o no llegan a un acuerdo inmediato, pues necesitan de una mayor discusión o tiempo para el estudio y cita de doctrinas de los expositores del derecho o, en el peor de los casos, podría suscitarse una disconformidad o sea la falta de unanimidad de votos para formar sentencia y deban llamar a un Magistrado suplente para ver de nuevo la causa con el objeto de que dirima la discordia, adhiriéndose a uno de los votos discordantes o razonados (art. 197 incs. 1º y 2º Pr.C.M.), en cuyo caso no se podría anunciar el fallo en la audiencia.

Por ello se sostiene que no podrían aplicarse por analogía las disposiciones contenidas en los arts. 110 y 122 Pr.F. relativas a las audiencias preliminar y de sentencia que se celebran en primera instancia en el proceso de familia, por lo que es preferible que no se dicte o anuncie el fallo en la audiencia probatoria, sino que debe de esperarse a que los Magistrados hagan Cámara con el objetivo de analizar las pruebas vertidas en segunda instancia y de esta manera puedan pronunciar su sentencia con mayor acierto.

- 5.3 Personalmente, el compilador de estas líneas es de la opinión de que no debería de proceder el recurso de “*APELACIÓN DIFERIDA*” en lo que respecta a las sentencias interlocutorias que resuelvan sobre [a] la intervención de terceros y [b] la intervención de sucesores procesales y [c] las que rechazan la representación de alguna de las partes, contempladas en el literal “b” del Art. 153 Pr.F. como apelables, sino que debería de suspenderse el trámite del proceso para que en segunda instancia se decida lo correspondiente, pues tales decisiones son de suma trascendencia.

Al ser rechazada la intervención de terceros o de sucesores procesales o de representantes judiciales de alguna de las partes, no obstante que hayan apelado de tales decisiones, ya no podrán intervenir en el proceso y, en consecuencia, no tendrán la oportunidad de interponer el recurso de apelación de la sentencia definitiva o de una interlocutoria que ponga fin al proceso haciendo imposible su continuación, con la finalidad de fundamentar la diferida interpuesta y su derecho podría considerarse vulnerado si le asistiese la razón y/o la ley, lo cual podría evitarse si esas tres decisiones judiciales se agregasen en otros literales en el inciso

segundo del art. 155 Pr.F., que podrían ser los literales “c)” y “d)”, con el objeto de que la interposición del recurso de apelación de ellas suspenda en primera instancia el trámite del proceso y se tramite inmediatamente tal impugnación.- En este caso, el segundo inciso del Art. 155 Pr.F. podría tener otra redacción, se le agregaría un inciso más y quedaría de la siguiente manera:

“Se tramitará inmediatamente a su interposición, el recurso de apelación interpuesto contra las siguientes resoluciones:

- a. La que resuelva sobre medidas cautelares o de protección;
- b. La que declare inadmisibile la modificación de la demanda o su modificación;
- c. La que resuelva sobre la intervención de terceros o de sucesores procesales; y
- d. La que rechace la representación de alguna de las partes.

En estos casos se suspende proceso hasta que se resuelva el recurso”.

- 5.4 En la enumeración de resoluciones apelables del art. 153 Pr.F., deberían de incluirse en forma general las “*SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CON FUERZA DE DEFINITIVAS*” y que el legislador las definiera como las decisiones judiciales que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, pues en el Código Procesal Civil y Mercantil tales decisiones no tienen regulación alguna, contrario a lo que acontecía con el derogado Código de Procedimientos Civiles en los dos primeros incisos de su Art. 984, con lo cual se podría evitar que decisiones importantes y de mucha trascendencia queden sin la protección de un recurso de apelación, pues son impugnables mediante el recurso de revocatoria, ya que el art. 150 inc. 1º Pr.F. menciona que tal impugnación procede contra los decretos de sustanciación, contra las sentencias definitivas en lo accesorio y contra las SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS, sin especificarse en qué consisten éstas; de modo que si en la legislación adjetiva supletoria sólo existen los autos simples y los definitivos, correspondientes respectivamente a las sentencias interlocutorias simples y a las que ponen fin al proceso, no hay regulación alguna sobre las interlocutorias con fuerza de definitivas, que subsistirán en la legislación procesal de familia sin el amparo de una legislación supletoria que cubra sus vacíos .
- 5.5 La redacción del literal “a)” del art. 153 Pr.F. ha quedado muy diminuta y para que incluya como apelables decisiones que rechacen una demanda

o una reconvencción, por ser consideradas por el juzgador como inadmisibles, improponibles, improcedentes, ineptas o por cualquier otra causa, tal disposición se podría modificar en el sentido de que serían apelables las sentencias interlocutorias que pongan fin al proceso, imposibilitando su continuación.- Con ello se evitaría tanta aplicación supletoria de la legislación común y facilitaría la labor del juzgador familiar.

- 5.6 Por la misma razón expuesta en el párrafo precedente, se podría modificar también el literal “f)” del art. 153 Pr.F. y redactarlo de una manera sencilla, de modo que comprenda todas las situaciones posibles (su redacción podría ser así: *“f) La que resuelva sobre medidas cautelares y de protección”*).
- 5.7 Cuando en el desarrollo del subtema de la clasificación del recurso de apelación relativa a la alzada interpuesta de hecho, se expresó que el procedimiento que se expuso no era el que textualmente establecía la Ley Procesal de Familia, sino que respondía a una “adecuación” hecha por las Cámaras de Familia, por no existir en materia procesal de familia el “EMPLAZAMIENTO” del apelado, ni la “CONCURRENCIA” de los representantes judiciales de las partes a la Cámara de Familia “*PARA ESTAR A DERECHO*”, ni la “*EXPRESIÓN DE AGRAVIOS*” ni la “*CONTESTACIÓN DE LA EXPRESIÓN DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS*” en segunda instancia, el compilador de esta líneas opina y sugiere que el art. 167 Pr.F. podría de redactarse de otra manera para que armonice con la adecuación que han hecho las Cámaras de Familia, ya que el trámite previsto para el recurso de apelación interpuesto de hecho en la legislación adjetiva familiar fue tomado o adoptado (por favor lea “mal copiado”) del que estaba contemplado en el derogado Código de Procedimientos Civiles y que, por otra parte, en el Código Procesal Civil y Mercantil ya no se contempla el recurso de apelación interpuesto de hecho y al desaparecer completamente ya no habrán preceptos supletorios que llenen los vacíos de los que adolece la Ley Procesal de Familia.

Al no tener dicho medio de impugnación regulación alguna en la legislación Procesal Civil y Mercantil, se hace impostergable la modificación de la Ley Procesal de Familia a fin de darle el trámite que corresponda y no dejar en la orfandad supletoria a la normativa adjetiva familiar.- En particular nos referimos al art. 167 Pr.F., en el que en vez de que la Cámara ordene “*que el proceso pase a la secretaría, que se emplace al apelado, para que concurra dentro del término de Ley a estar a derecho, y que el apelante exprese agravios*”, tal Tribunal Superior debería de ordenar que el apelado se manifieste sobre los argumentos del apelante expuestos en primera instancia, que lo haga dentro del plazo de cinco días y que concluido éste, con su

contestación o sin ella, deberá resolver sobre el asunto planteado en el término de cinco días, salvo que se ofrecieren pruebas, en cuyo caso deberá proceder conforme a lo dispuesto en la parte final del segundo inciso del art. 160 Pr.F.

CAPITULO II

El desarrollo del Proceso de Familia

Octavio Humberto Parada Cerna².

SUMARIO

1.- Introducción.- 2.- Generalidades: 2.1 Tribunales competentes.- 2.2 Principales principios rectores.- 2.3 Procuración obligatoria.- 2.4 Cómputo de los plazos: 2.4.1 Cómputo de los días, 2.4.2 Desde cuándo se cuentan y 2.4.3 Hasta cuándo se cuentan.- 2.5 Errores materiales.- 2.6) Revocabilidad de las providencias, 2.7 Providencias ejecutoriadas.- 2.8 Oposición de excepciones.- 2.9 Reglas inaplicables: 2.9.1 Curadores ad litem, 2.9.2 Término de la distancia, 2.9.3 Incapacidades y tachas de testigos, 2.9.4 Declaratoria de rebeldía, 2.9.5 Acuse de rebeldía y 2.9.6 Fuero especial.- 2.10 Procuraduría General de la República.- 2.11 Equipo multidisciplinario.- 2.12 Supletoriedad de la legislación común.- 3.- Etapas del proceso: 3.1 Demanda: 3.1.1 Presentación, 3.1.2 Admisión, 3.1.3 Omisión de requisitos y 3.1.4 Defectos de la pretensión.- 3.2 Emplazamiento: 3.2.1 Emplazamiento personal, 3.2.2 Emplazamiento por medio de comisión procesal, 3.2.3 Emplazamiento por medio de suplicatorio, 3.2.4 Emplazamiento de demandado de paradero ignorado, 3.2.5 Emplazamiento por medio de curador del ausente, 3.2.6 Emplazamiento por medio del curador de la herencia yacente, 3.2.7 Emplazamiento por medio de apoderado, 3.2.8 Emplazamiento de demandado esquivo, 3.2.9 Emplazamiento de menores, 3.2.10 Emplazamiento de otros incapaces, 3.2.11 Emplazamiento de persona jurídica Y 3.2.12 Emplazamiento del Estado.- 3.3 Contestación de la demanda: 3.3.1 Forma y plazo y 3.3.2 Contenido.- 3.4 Examen previo: 3.4.1 Estudio de los documentos y 3.4.2 Citación a la audiencia preliminar.- 3.5 Audiencia preliminar: 3.5.1 Fase conciliatoria y 3.5.2 Fase saneadora: 3.5.2.1 Excepciones dilatorias, 3.5.2.2 Medidas saneadoras, 3.5.2.3 Fijación de hechos y 3.5.2.4 Ordenación de la prueba; 3.5.3 Citación a la audiencia sentencia.- 3.6 Audiencia de sentencia: 3.6.1 Apertura, 3.6.2 Lectura de peticiones, 3.6.3 Asuntos pendientes, 3.6.4. Recepción de pruebas e informes, 3.6.5. Alegatos y 3.6.6 Fallo.- 3.7 Sentencia definitiva: 3.7.1 Providencias complementarias, 3.7.2 Aclaraciones de conceptos oscuros y 3.7.3 Omisiones de pronunciamientos.- 3.8 Impugnación de la sentencia: 3.8.1 Recurso de revocatoria, 3.8.2 Recurso de apelación, 3.8.3 Recurso de casación y 3.8.4 Recurso de revisión de sentencias firmes.- 3.9 Ejecución de la sentencia: 3.9.1 Tribunal competente, 3.9.2 Trámite, 3.9.3 Despacho de ejecución, 3.9.4 Embargo, 3.9.5 Inembargabilidad del salario, 3.9.6 Notificación del despacho de ejecución, 3.9.7 Realización y subasta de los bienes embargados, 3.9.8 Audiencia de subasta, 3.3.9 Reglas sobre inmuebles subastados y 3.9.10 Ejecución provisional.

2. El Dr. Octavio Humberto Parada Cerna es Magistrado de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, con sede en la Ciudad de Santa Ana - El Salvador - Centro América.

1.- INTRODUCCIÓN

En el Séptimo Congreso Mundial sobre Derecho de Familia celebrado en la ciudad San Salvador, República de El Salvador los días 20 y 26 de septiembre de 1992, en lo que respecta al tema del “Derecho Procesal Familiar”, entre las recomendaciones que se hicieron se cita el “establecimiento de un proceso ágil y eficaz y sin excesiva pluralidad de procedimientos”.

La Ley Procesal de Familia, en lo sucesivo identificada sólo como “Pr.F.”, vigente desde el día uno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, establece un ÚNICO trámite o procedimiento para el desarrollo del proceso de familia, sea cual fuere la naturaleza del conflicto familiar a resolver, cumpliéndose de esa manera aquella recomendación.

Para desarrollar este tema, que no es más que un examen de las fases del proceso de familia, en este ensayo se presenta un trámite breve y sencillo, sin complicaciones, sin incidentes, en el que se supone que se han llenado todos los requisitos o exigencias legales en cuanto a la demanda, al emplazamiento, a la contestación de ella, etcétera, es decir que el proceso se desenvuelve con toda normalidad, sin incidentes y sin variantes.

De acuerdo con la normativa familiar adjetiva podríamos decir que en el proceso de familia existen siete etapas procesales principales: [1] la demanda (arts. 42 y 95 Pr.F.), [2] el emplazamiento (arts. 34 y 95 Pr.F.), [3] la contestación de la demanda (arts. 46 y 97 Pr.F.), [4] el examen previo (art. 98 Pr.F.), [5] la audiencia preliminar (arts. 99 y 102 Pr.F.), [6] la audiencia de sentencia (arts. 113 y 114 Pr.F.) y [7] la sentencia definitiva (arts. 82 y 122 Pr.F.).- Pero eventualmente podrían presentarse dos más: [8] la impugnación de la sentencia definitiva por medio de la interposición de recursos (arts. 147, 150 y 153 Pr.F.) y [9] su ejecución (arts. 170 y 172 Pr.F.).

Cada etapa del proceso de familia puede tener uno o varios trámites judiciales; o bien, aún cuando éstos no sean parte de tales etapas, constituyen procedimientos que se presentan o que pueden darse a continuación o después de ellas.

2.- GENERALIDADES

Antes de entrar al examen de las distintas etapas del proceso de familia que se relacionaron anteriormente, se hace necesario e indispensable destacar algunas situaciones importantes que son muy propias y de singular característica para esta clase de procesos, cuya enumeración y desarrollo es el siguiente: [1] Los tribunales competentes, [2] los principales principios rectores, [3] la procuración obligatoria,

[4] el cómputo de los plazos, [5] los errores materiales, [6] la revocabilidad de las providencias, [7] las providencias ejecutoriadas, [8] la oposición de excepciones, [9] las reglas inaplicables, [10] la Procuraduría General de la República, [11] el equipo multidisciplinario y [12] la supletoriedad de la legislación común.

2.1. TRIBUNALES COMPETENTES

Para el conocimiento y decisión de los conflictos familiares surgidos del ejercicio de los derechos o por el incumplimiento de los deberes contemplados en el Código de Familia, en primera instancia sólo tienen competencia los Juzgados de Familia y en segunda, las Cámaras de Familia; y del recurso de casación conoce la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, conforme a las reglas de la casación civil (arts. 4 y 147 Inc. 2º Pr.F.; y 15 inc. 2º, 6 inc. 5º, 7 inc. 1º y 8 incs. 1º y 2º de la Ley Orgánica Judicial).

Vale la pena aclarar que, conforme al art. 59 de la Ley Orgánica Judicial, los Juzgados de Familia son tribunales unipersonales o sea que se encuentran a cargo de un Juez que debe reunir los requisitos exigidos por la Constitución de la República; pero conforme al Decreto Legislativo N° 178 de fecha 19 de octubre del año 2000, publicado en el Diario Oficial del 15 de noviembre de ese mismo año (vigente desde el 24 de noviembre del año 2000), los Juzgados de Primera Instancia pueden estar integrados, en forma temporal o permanente, con dos o más Jueces, que gozarán de independencia entre ellos desde el punto de vista jurisdiccional.- En virtud de tal Decreto, la Corte Suprema de Justicia dispuso que algunos Juzgados de Familia tuviesen dos Jueces cada uno.- En la práctica estos Juzgados son conocidos como “tribunales pluripersonales”.

2.2. PRINCIPALES PRINCIPIOS RECTORES

Generalmente, los procesos de familia se inician a instancia de parte, pero desde que se han promovido son dirigidos por el Juez e impulsados de oficio, quien debe estar presente en todas las actuaciones y las audiencias son orales y públicas, que respectivamente corresponden a los principios dispositivo, de oficiosidad, de inmediación, de oralidad y de publicidad (art. 3 lits. “a”, “b”, “c” y “d” Pr.F.).

2.3. PROCURACIÓN OBLIGATORIA

Toda persona que deba de comparecer al proceso de familia, ya sea como demandante o como demandado, como representante legal de éstos, como tercero o como litisconsorte, debe de hacerlo mediante representación judicial, es decir por medio de apoderado o mandatario judicial constituido conforme a lo prescrito en la ley.- Para el cumplimiento de lo anterior, las personas de escasos recursos econó-

micos pueden solicitar asistencia y representación a la Procuraduría General de la República, a fin de que les provean de un Defensor Público de Familia en calidad de representante del Procurador General de la República (arts. 10 Pr.F.; y 12 N° 1°, 38 y 39 literal “f” de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

El poder o mandato judicial puede ser conferido por cualquiera de los siguientes medios (art. 11 Pr.F.): [a] por escritura otorgada ante notario, a la que el legislador le ha denominado escritura pública; [b] por un escrito firmado por la parte, dirigido al Juez o a la Cámara de Familia correspondiente que conocerá o esté conociendo del proceso y es conferido para intervenir en un proceso específico o especialmente determinado, con indicación de la contraparte, la clase de proceso, la acción o acciones que han de promoverse y otras autorizaciones o facultades que en forma exclusiva correspondan al proceso en que intervendrá; y [c] en forma oral o verbal o de palabra cuando, en primera instancia, se designa al apoderado en la audiencia preliminar o en la de sentencia; o, en segunda instancia, cuando se celebre audiencia para recibir medios probatorios en los casos previstos en el inciso primero del art. 159 Pr.F.

Solamente pueden intervenir como apoderados judiciales los abogados que hayan sido autorizados como tales por la Corte Suprema de Justicia y que por ley no les esté vedado el ejercicio la procuración y de la profesión de abogado (arts. 182 N° 12° de la Constitución de la República, 51 N° 3° de la Ley Orgánica Judicial y 67 del Código Procesal Civil y Mercantil, en adelante identificado sólo como “Pr.C.M.”).

2.4. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

Los plazos o términos para la realización o el cumplimiento de los actos procesales se podrían contar: [A] en días corridos o en días hábiles y [A] desde [a] el instante en que se notifica la providencia o desde [b] el día de su notificación de o desde [c] el día siguiente de efectuado tal acto de comunicación.

2.4.1. CÓMPUTO DE LOS DÍAS.- De conformidad con el art. 24 Pr.F., los plazos para el cumplimiento de los actos procesales se cuentan en días hábiles; es decir que no se cuentan los que se consideran días de “asuetto” o de “vacación” para los empleados y funcionarios públicos, los cuales son establecidos por la “Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos” en los incisos primero y segundo del art. 1° de ella, como son todos los días sábados y domingos de cada año; el uno de mayo, “Día del Trabajo”; el diez de mayo, “Día de la Madre”; el quince de septiembre, “Día de la Independencia Patria”; y el dos de noviembre, “Día de los Difuntos”, que son “días de asuetto”.

Además, los empleados y funcionario públicos gozan de “vacaciones” cada año y la ley les ha dividido tal prestación en tres períodos: [a] uno de ocho días durante la semana santa, que se inicia el lunes santo y concluye el lunes de pascua, ambos días inclusive; [b] otro de seis días, que corre entre los días uno y seis de agosto, ambos inclusive; y [c] un tercero de diez días, comprendido entre el veinticuatro de diciembre de un año y el dos de enero del siguiente, ambas fechas inclusive.

En lo que respecta al período de vacación del mes de agosto, el art 3 de la precitada ley dispone que los empleados y funcionarios públicos que laboran fuera del Departamento de San Salvador gozan de vacaciones durante los principales días de las fiestas patronales de la localidad donde prestan sus servicios, pero la vacación de agosto se recorta para ellos en el número de días concedidos con motivo de tales fiestas patronales.- Al respecto en el “Instructivo de Asuetos, Vacaciones y Licencias del Personal de la Corte Suprema de Justicia e Instituto de Medicina Legal”, vigente desde el día veintiséis de marzo del año dos mil diez, se dispone que los últimos tres días de la vacación de las fiestas patronales y los últimos tres días de la vacación del mes de agosto son los que se cuentan para el personal de la Corte Suprema de Justicia y del Instituto de Medicina Legal que labore fuera del municipio de San Salvador.

Como conclusión general podríamos decir que los días inhábiles son los que la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos cataloga como días de “asuetos” y de “vacaciones” de tales servidores del Estado, pero también habrán otros días que, por alguna razón u ocasión especial, por Decreto Legislativo se conceda licencia con goce de sueldo a los empleados y funcionarios públicos.

2.4.2. DESDE CUÁNDO SE CUENTAN.- Por otra parte, por regla general y conforme a la legislación supletoria, el art. 145 Pr.C.M. dispone que *“Los plazos establecidos para las partes comenzarán, para cada una de ellas, EL DÍA SIGUIENTE al de la correspondiente notificación”*, pero debe tomarse en cuenta que en forma muy especial los arts. 96, 97, 156 inc. 1º y 156 inc. 2º Pr.F., respectivamente establecen: [a] que si la demanda carece de alguno de los requisitos exigidos, el Juez lo puntualizará y ordenará al demandante que los subsane *“dentro de los tres días SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN de la resolución respectiva”*; [b] que emplazado el demandado deberá contestar la demanda *“dentro del plazo de quince días contados A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN respectiva”*; [c] que el recurso de apelación deberá interponerse por escrito *“dentro de los tres días SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN de la SENTENCIA INTERLOCUTORIA”*; y [d] en cuanto a la SENTENCIA DEFINITIVA, la apelación deberá interponerse y fundamentarse por escrito, *“dentro del plazo de cinco días contados DESDE LA NOTIFICACIÓN de la sentencia”*.

Lo anterior nos lleva a concluir que, en materia procesal de familia, en los casos de los plazos [a] para subsanar la carencia de requisitos de una demanda, [b] para que el demandado la conteste, [c] para interponer por escrito el recurso de apelación de una sentencia interlocutoria y [d] para plantearlo de una sentencia definitiva, se cuentan desde el instante o el momento o la hora de su notificación.- Pero tratándose de otra clase de actos procesales, el término se cuenta desde el siguiente día de su notificación por disponerlo en forma supletoria el art. 145 inc. 1º Pr.C.M. o ya sea porque así lo disponga Ley Procesal de Familia en forma expresa.

2.4.3. HASTA CUÁNDO SE CUENTAN.- La situación a analizar se reduce a tres aspectos, [a] uno de ellos se refiere al caso en que el plazo concluya en un día que según la ley sea de “asuetto” o de “vacación” para los empleados públicos, es decir que no sea hábil, [b] el otro es atingente al momento en que finalizaría y [c] el último se refiere a la determinación de la hora en que terminaría.

Al respecto y en su orden: [a] el inciso primero del art. 145 Pr.C.M. prescribe que *“cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá éste prorrogado hasta el siguiente día hábil”*; [b] el inciso segundo de la misma disposición legal establece que *“Los plazos vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo”*; y [c] la primera parte del inciso primero del art. 84 de las Disposiciones Generales de Presupuestos ordena que *“En todas las oficinas públicas el despacho ordinario será de lunes a viernes, en una sola jornada de las ocho horas a las dieciséis horas, con una pausa de cuarenta minutos para tomar los alimentos”*.

De lo expuesto anteriormente se concluye que cuando el término para la práctica de una determinada diligencia finaliza en un día que conforme a la ley sea de “asuetto” o de “vacación” para los empleados públicos o sea un día inhábil, tal diligencia se puede realizar durante el siguiente día hábil y que el último día del término se cuenta hasta las dieciséis horas (04.00 p.m.).

2.5. ERRORES MATERIALES

Los errores puramente materiales en que incurran los Jueces y los Magistrados de las Cámaras de Familia en el pronunciamiento de toda clase de resoluciones, pueden ser corregidos en cualquier momento (art. 38 Pr.F.).

Esta corrección se realiza mediante una providencia de los juzgadores familiares, en la que hacen notar el error en el que se ha incurrido y en qué sentido se corrige.

El Art. 38 Pr.F. se refiere únicamente a *“errores materiales que contengan las resoluciones judiciales”*, pero no comprendió los errores en que se podría incurrir

en algunas DILIGENCIAS, por ejemplo en las actas de las notificaciones o en las que se documenten las audiencias, que podrían corregirse por aplicación analógica de la disposición legal citada o bien mediante la aplicación supletoria del Art. 225 Pr.C.M., según el cual las sentencias y autos definitivos que en materia procesal de familia corresponden a las sentencias definitivas e interlocutorias que ponen fin al proceso imposibilitando su continuación, respectivamente, los Jueces y las Cámaras pueden de oficio corregir errores materiales que se detecten, en los dos días siguientes a la notificación; y también lo pueden hacer a petición de parte, debiendo resolver en los dos días siguientes.- Lo anterior también se aplica a las omisiones y defectos que se detecten en los antecedentes de hecho o fundamentos de derecho y cuya corrección sea imprescindible para proceder a la impugnación o a la ejecución.- Y por último, los errores puramente numéricos se pueden corregir en cualquier momento del proceso y aún en la etapa de la ejecución de la sentencia (la definitiva en la legislación adjetiva de familia).

2.6. REVOCABILIDAD DE PROVIDENCIAS

Los decretos de sustanciación pueden ser revocados de oficio por los Jueces de Familia en cualquier estado de los procesos, pero antes del fallo que dicten en la audiencia de sentencia (arts. 39 y 122 Pr.F.) o en la audiencia preliminar en algunos casos (Art. 110 Pr.F.) o antes del pronunciamiento de las sentencias (interlocutorias o definitivas) que las Cámaras de Familia proveen en segunda instancia.

Las sentencias definitivas no pueden ser revocadas de oficio por los Jueces y las Cámaras de Familia, lo cual tampoco se encuentra regulado en la Ley Procesal de Familia, pero es el resultado de la aplicación supletoria del art. 225 Pr.C.M., según el cual y de acuerdo con la terminología de la legislación procesal de familia, las sentencias definitivas y las sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación, son invariables una vez firmadas.- No obstante, de oficio o a petición de parte, en los dos días siguientes a la notificación, los Jueces y las Cámaras de Familia pueden *“efectuar las aclaraciones de conceptos oscuros que se pongan de manifiesto y corregir los errores materiales que se detecten”*.- Cuando tales aclaraciones o correcciones sean solicitadas por las partes, el tribunal de primera o de segunda instancia, según el caso, *“deberá resolver en los dos días siguientes.”* ordenando lo que corresponda o que en derecho procediere.

2.7. PROVIDENCIAS EJECUTORIADAS

Todas las providencias judiciales dictadas en los procesos de familia quedan ejecutoriadas de pleno derecho por el transcurso del tiempo o del plazo para su impugnación mediante los correspondientes recursos.- En consecuencia, no es

necesaria petición alguna sobre el particular, ni declaración judicial expresa al efecto (art. 40 Pr.F.).

2.8. OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

Todas las excepciones, sean dilatorias o perentorias, deben ser opuestas por el representante judicial de la parte demandada con la contestación de la demanda; es decir que simultáneamente con tal contestación, en el mismo escrito, deberá alegar TODAS las excepciones dilatorias y perentorias que obren a favor de la parte demandada, salvo las excepciones PERENTORIAS que sean SOBREVINIENTES que pueden ser alegadas en cualquier estado del proceso, pero antes de la sentencia definitiva (art. 50 Pr.F.).- Las excepciones perentorias sobrevinientes son las que nacen o llegan al conocimiento del demandado con posterioridad a la contestación de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, las excepciones que se opongan después de la contestación de la demanda deberán ser rechazadas de oficio por el Juez de Familia o hará caso omiso de ellas en el momento de pronunciar una resolución sobre el asunto sometido a su conocimiento y decisión.

2.9. REGLAS INAPLICABLES

En el proceso de familia no tienen aplicación alguna las siguientes reglas contempladas hoy o anteriormente por la legislación común: [1] curadores ad litem, [2] término de la distancia, [3] incapacidades y tachas de testigos, [4] declaratoria de rebeldía, [5] acuse de rebeldía y [6] fuero especial.

2.9.1. CURADORES AD LITEM.- En el proceso de familia no se aplican las normas relativas al nombramiento de CURADORES AD LITEM o especiales a personas demandadas cuyo paradero se ignora o que no puedan ser localizadas después de realizar las diligencias pertinentes y que por tal motivo son emplazadas por medio de edicto publicado en el tablero del tribunal, en el Diario Oficial y en un periódico impreso de circulación diaria y nacional, como lo dispone el art. 186 inc. 4º Pr.C.M., regulación a la que en la normativa familiar adjetiva el legislador, en forma inapropiada, se ha referido como “REGLAS DE LA DECLARATORIA DE AUSENCIA”, como consta en el último inciso del art. 34 Pr.F., al disponer que *“En el proceso de familia no se aplicarán las reglas de la declaratoria de ausencia,...”*, cuya denominación apropiada es “DILIGENCIAS DE NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD-LITEM A AUSENTES NO DECLARADOS”, la cual se menciona correctamente en el epígrafe del art. 25 de la Ley del Ejercicio Notarial de Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias, en cuyo caso la disposición trans-

crita parcialmente debió de ser redactada así: *“En el proceso de familia no se aplicarán las reglas del nombramiento de curadores ad litem a ausentes no declarados...”*.

2.9.2. TÉRMINO DE LA DISTANCIA.- Tampoco se aplican en el proceso de familia las reglas del “Término de la Distancia”, que eran una especie de prórroga de los plazos concedidos a las partes en razón de la distancia de su domicilio o residencia para comparecer a los tribunales, las cuales no se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, pero que antes se contemplaban en el art. 211 del derogado Código de Procedimientos Civiles.- El art. 34 inc. ult. Pr.F., en lo pertinente establece que *“En el proceso de familia no se aplicarán las reglas de la declaratoria de ausencia, ni las del término de la distancia”*.

2.9.3. INCAPACIDADES Y TACHAS DE TESTIGOS.- El art. 52 Pr.F. dispone que *“En el proceso de familia no se aplicarán las normas sobre incapacidades y tachas reguladas para la prueba testimonial en la legislación común.”*- Las incapacidades y las tachas de los testigos, no se encuentran contempladas expresamente en el Código Procesal Civil y Mercantil, salvo lo dispuesto en los arts. 355, 356 y 357 Pr.C.M., pero que anteriormente eran reguladas en los arts. 291 y 332 del derogado Código de Procedimientos Civiles.

2.9.4. DECLARATORIA DE REBELDÍA.- La declaratoria de rebeldía regulada por el Art. 287 Pr.C.M. por la incomparecencia a la contestación de la demanda por parte del demandado, que antes tenía regulación para los juicios ordinarios, ejecutivos y sumarios respectivamente en los arts. 528, 611 y 975 del derogado Código de Procedimientos Civiles, no tiene aplicación en la normativa adjetiva de familia, pues conforme al art. 92 Pr.F. *“En el proceso de familia no habrá declaratoria ni acuse de rebeldía...”*.

2.9.5. ACUSE DE REBELDÍA.- El acuse de rebeldía aplicable a ambas partes por dejar transcurrir los plazos sin hacer lo establecido por la ley o por una orden judicial, a fin de evitar la paralización del proceso o su demora, se mencionaba en el art. 1262 del derogado Código de Procedimientos Civiles, pero actualmente no puede tener aplicación en la Ley Procesal de Familia y en el Código Procesal Civil y Mercantil, en virtud de que el impulso del proceso corresponde de oficio a los juzgadores, tal como lo disponen los arts. 3 literal “b)” Pr.F. y 14 inc. 2º y 194 Pr.C.M.- Al respecto, el art. 92 Pr.F. establece que *“En el proceso de familia no habrá declaratoria ni acuse de rebeldía...”*.

2.9.6. FUERO ESPECIAL.- El fuero especial en razón del cargo se refiere a los funcionarios mencionados en el art. 236 de la Constitución de la República a fin de que su juzgamiento en primera o en segunda instancia lo sea por Tribunales jerárquicamente Superiores.- Por ejemplo que de las demandas contra los

funcionarios públicos designados por la disposición constitucional precitada, en primera instancia conocieran las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital; que en segunda instancia del recurso de apelación, conociera la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; y que del recurso de casación conociera el pleno de la Corte Suprema de Justicia, con exclusión de los Magistrados que integran la Sala de lo Civil.- Tal regla no tiene aplicación en materia procesal de familia, pues el art. 211 Pr.F. dispone que *“En materia de familia ninguna persona gozará de fuero especial en razón de su cargo”*.

2.10. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Generalmente, en cada Juzgado de Familia se encuentra adscrito un delegado del Procurador General de la República, a quien la Ley Procesal de Familia le ha denominado “Procurador de Familia”, persona que debe intervenir en todos los procesos y diligencias de jurisdicción voluntaria regulados por el Código de Familia, tramitados ante los Jueces de Familia, en cumplimiento de las siguientes funciones que le atribuye la ley: [a] velar por el interés de la familia; [b] velar por el interés de las niñas, los niños y los adolescentes; [c] velar por el interés de los demás incapaces; [d] velar por el interés de las personas adultos mayores; y [e] actuar en representación de la parte demandada en los casos expresamente previstos por la ley (arts. 19, 21, 18 inc. 2º, 34 inc. 5º y 112 inc. 1º Pr.F.).

En virtud de tales funciones, el Procurador de Familia también tiene legitimidad procesal para interponer el recurso de apelación, aún cuando no represente a la parte demandada (art. 154 Pr.F.) y cualesquiera otros recursos, así como promover incidentes (art. 57 Pr.F.).

En cuanto a la interposición de otros recursos, el Procurador de Familia no se encuentra autorizado en forma expresa por la ley adjetiva familiar, pero el Art. 218 Pr.F. establece que todo lo que no se encuentre regulado en dicha ley se le aplican supletoriamente las disposiciones de otras leyes referentes a la familia, siempre que no se opongan a la naturaleza y finalidad de ella y que, por otra parte, el art. 19 Pr.C.M. permite la integración, al establecer que *“En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas...”*. De modo que si el legislador lo ha facultado para interponer el recurso de apelación, se interpreta que también se encuentra facultado para interponer otra clase de recursos por tratarse de situaciones análogas.

Es de hacer notar que en las Cámaras de Familia no cuentan con un Procurador de Familia adscrito a ellas, pues el art. 11 Pr.F. sólo lo considera en los Juzgados de Familia; y, por otra parte, la práctica ha exigido que en los tribunales pluripersonales hayan dos Procuradores de Familia, uno por cada juzgador.

2.11. EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

Los Juzgados de Familia cuentan con un grupo de especialistas, profesionales en la conducta humana, conocido en el ambiente judicial familiar como “equipo multidisciplinario” y se encuentra integrado con Trabajadores Sociales, Psicólogos y Educadores, a quienes corresponde realizar los estudios e investigaciones y dar los dictámenes de trabajo social, psicológicos y educativos que les ordene el Juez (estudios psico-sociales-educativos), con el objeto de procurar la estabilidad del grupo familiar, la protección de las niñas, de los niños, de los adolescentes y de las personas adultos mayores (Arts. 4 inc. 1º, 9 y 93 inc. 1º Pr.F.).

Tales estudios no son medios de prueba, sino que son elementos fundamentales y valiosos que tienen la utilidad de servir de apoyo a los juzgadores familiares, en el momento de dictar las medidas cautelares o de protección para garantizar el resultado de los procesos o para garantizar la integridad personal o la vida de los integrantes de la familia o para que adopten las decisiones correspondientes, pero esencialmente apoyados en las pruebas permitidas por la legislación familiar, aportadas por las partes o que hayan sido ordenadas de oficio por los Jueces de Familia.

Las Cámaras de Familia no cuentan con equipo multidisciplinario, pues en la parte final del inciso primero del art. 4 Pr.F. se dispone que sólo en los Juzgados de Familia se debe contar con tales equipos de especialistas.

2.12. SUPLETORIEDAD DE LA LEGISLACIÓN COMÚN

Y por último, para resolver todas aquellas situaciones que no estén expresamente reguladas en la legislación adjetiva familiar, se aplican en forma supletoria las disposiciones especiales referentes a la familia y las de la normativa procesal común, que sería el Código Procesal Civil y Mercantil, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza y a la finalidad de la Ley Procesal de Familia (art. 218 Pr.F.).

Por otra parte, de una manera general, el Código Procesal Civil y Mercantil contempla la supletoriedad de la legislación común como aplicable a todos los campos del derecho procesal, pues el art 20 Pr.C.M. prescribe que *“En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente”*.

3.- ETAPAS DEL PROCESO

Como se afirmó al inicio de este ensayo, precisamente en la parte final del apartado número “1) INTRODUCCIÓN”, en el proceso de familia podemos considerar siete etapas principales: [1] la demanda, [2] el emplazamiento, [3] la contestación

de la demanda, [4] el examen previo, [5] la audiencia preliminar, [6] la audiencia de sentencia, [7] la sentencia definitiva; más dos eventuales: [8] la impugnación de la sentencia por medio de recursos y [9] la ejecución de la sentencia, o sea que las dos últimas podrían o no presentarse en el desarrollo de todo proceso de familia.- A continuación se analizan todas y cada una de ellas, así como los trámites y procedimientos que dentro de las mismas se han establecido.

3.1. DEMANDA

En la demanda se expresan los nombres (propios y apellidos) y las generales (edad o calidad de mayor o menor edad, profesión u ocupación y domicilio y/o residencia) del demandante y del demandado, así como los de sus representantes judiciales y los de sus representantes legales en su caso, se narran con precisión los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la parte actora, se ofrecen y determinan los medios de prueba que se quieren hacer valer, se expresa el derecho invocado, se formulan con precisión las peticiones y se acompañan las copias de la demanda y de los documentos anexos a ella (prueba documental) que requieren las leyes (arts. 3 y 6 de la Ley del Nombre de la Persona Natural; 42 y 44 Pr.F.; y 276 Pr.C.M.).

La demanda y sus copias deberán ser legibles, suscritas y selladas por el representante judicial de la parte actora en un número igual al de las personas que hayan de ser emplazadas, más dos.- De éstas, una se devuelve a la persona que presentó la demanda, con una constancia indicativa de la fecha y hora de su recepción; y la otra la conserva el tribunal, con la misma razón indicativa de su recepción, que servirá de respaldo para la reposición del expediente del proceso en los casos de pérdida o extravío y destrucción total o parcial del original (arts. 42 inc. ult. Pr.F. y 160 a 163 Pr.C.M.).

3.1.1. PRESENTACIÓN.- Por regla general, el proceso de familia se inicia a INSTANCIA DE PARTE (art. 3 lit. “a” Pr.F.), mediante la presentación de una demanda POR ESCRITO en el Juzgado de Familia competente o sea el correspondiente al domicilio del demandado, la cual debe reunir los requisitos contemplados en los Arts. 42 Pr.F. y 276 Pr.C.M.

No debemos de perder de vista que la demanda debe ser legible, evitando cualquier expresión ofensiva, en cuyo encabezamiento se deberán consignar los datos de la identificación del expediente del proceso; se deberá expresar la pretensión con la debida claridad, la cual deberá ser suscrita por el representante judicial de la parte demandante y debajo de su firma deberá estampar su sello de abogado (arts. 10 y 42 inc. 1° lit. “j” Pr.F.; 160 Pr.C.M.; y 144 inc. 3° de la Ley Orgánica Judicial).

3.1.2. ADMISIÓN.- Dentro de los cinco días siguientes a la presentación o recepción de la demanda, el Juez de Familia debe de examinarla, así como los documentos que se acompañan a ella, con la finalidad de resolver sobre su admisibilidad o inadmisibilidad.

Si tal escrito reúne los requisitos y exigencias legales, provee un decreto de sustanciación, por medio del cual la admite y ordena el emplazamiento de la parte demandada (Art. 95 Pr.F.).

3.1.3. OMISIÓN DE REQUISITOS.- Si la demanda carece de alguna(s) de las formalidades contempladas en las leyes (arts. 42 Pr.F.; 160 y 276 Pr.C.M.), el Juez de Familia debe puntualizarla(s), es decir que debe indicarla(s) o señalarla(s) con claridad y precisión, por lo que ordena al representante judicial de la parte demandante que la(s) subsane dentro del término de tres días y le previene que de no hacerlo en ese plazo la declarará inadmisibile.

Si las omisiones puntualizadas fueron subsanadas en el término legal, el juzgador familiar provee un decreto de sustanciación mediante el cual admite la demanda y ordena el emplazamiento del demandado en las formas determinadas por la legislación (art. 96 Pr.F.); pero si no lo fueron, mediante sentencia interlocutoria, el Juez rechaza la demanda y la declara inadmisibile.

3.1.4. DEFECTOS DE LA PRETENSIÓN.- Si al presentarse la demanda el juzgador advierte algún defecto en la pretensión, deberá rechazarla sin necesidad de formularle prevenciones, por ser improponible, motivando su decisión, la cual admite el recurso de apelación.

Tal rechazo liminar no se encuentra contemplado en la Ley Procesal de Familia, sino que lo regula el Art. 277 Pr.C.M. y entre los defectos que éste cita se encuentran los siguientes: que el objeto de la demanda sea ilícito, imposible o absurdo; que el juzgador carezca de competencia objetiva (incompetencia por razón de la materia) o atinente al objeto procesal (que exista litispendencia, cosa juzgada, compromiso o arbitraje pendiente); que la demanda evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes.- Para completar la idea se podría contemplar también el caso de la caducidad del plazo para el ejercicio de la acción o planteamiento de la pretensión, que el Art. 45 Pr.F. lo cataloga como uno de los casos de “improcedencia” de la demanda.

3.2. EMPLAZAMIENTO

El emplazamiento es el acto de hacer saber a la parte demandada sobre la existencia y admisión de una demanda planteada en su contra, con la finalidad de que

pueda preparar la defensa de sus derechos y, según la situación en que se encuentre el demandado, se debe realizar en las formas o de la manera que establecen tanto la Ley Procesal de Familia como el Código Procesal Civil y Mercantil.

En el mismo decreto de sustanciación por medio del cual se admite la demanda, se ordena el emplazamiento de la parte demandada, el cual se efectúa por medio de una esquila de emplazamiento que debe contener lo siguiente: la identificación del tribunal, del demandado y del proceso; la indicación del nombre y dirección del demandante y de su representante judicial y del número del expediente; la indicación del plazo para contestar la demanda, apercibiendo al demandado que de no hacerlo el proceso continuará sin su presencia y el Procurador de Familia podría asumir su representación; la relación de los documentos anexos; la fecha de expedición de la esquila; y el nombre y firma del notificador, quien es encargado de expedirla.- La esquila de emplazamiento será acompañada de copia de la demanda, de los documentos anexos a ella y del decreto de su admisión (art. 182 Pr.C.M. y 112 Pr.F).

Las formas o maneras de realizar el emplazamiento de la parte demandada en materia procesal de familia, las hemos clasificado en doce y nos hemos tomado la libertad de denominarlas e identificarlas de la siguiente manera: emplazamiento [1] personal, [2] por medio de comisión procesal, [3] por medio de suplicatorio, [4] de demandado de paradero ignorado, [5] por medio del curador del ausente, [6] por medio del curador de la herencia yacente, [7] por medio de apoderado, [8] de demandado esquivo, [9] de menores, [10] de otros incapaces, [11] de personas jurídicas y [12] del Estado.- A continuación se hace una presentación de cada una de ellas, en donde se consignan algunas impropiedades que hemos observado en la práctica judicial al aplicar la legislación adjetiva familiar.

3.2.1. EMPLAZAMIENTO PERSONAL.- Cuando la parte demandada está presente, es decir que se encuentra residiendo dentro del territorio nacional y que además está domiciliada en la ciudad donde tiene su sede el Juzgado de Familia en el que se presentó la demanda, el emplazamiento lo realiza generalmente el notificador de éste, en la propia persona del demandado si lo encuentra en el lugar indicado que se hubiere indicado en la demanda, entregándole la esquila de emplazamiento y las respectivas copias que anteriormente se indicaron (arts. 34 inc. 1º Pr.F. y 183 inc. 1º Pr.C.M.).

Si el demandado no fuere encontrado, pero el notificador constata que efectivamente se trata del lugar de su residencia o de su trabajo, la esquila de emplazamiento y sus anexos los entrega a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar y que tuviere algún vínculo o relación con aquél (art. 183 inc. 2º Pr.C.M.).

Tal diligencia es documentada mediante acta que levanta al respecto el notificador, en la que indica el lugar, el día y la hora de la diligencia, el nombre de la persona a quien entrega la esquila, el vínculo o relación de ésta con el emplazado y es firmada por el emplazado o por la persona que recibe el emplazamiento, salvo que no sepa o no pueda o se negara a firmar, haciéndose constar esa circunstancia en el acta, la cual también es suscrita por el notificador (art. 183 inc. 3° Pr.C.M.).

3.2.2. EMPLAZAMIENTO POR MEDIO DE COMISIÓN PROCESAL.- Si la parte demandada está presente (reside en nuestro país, dentro del territorio nacional) pero se encuentra domiciliada fuera de la ciudad donde tiene su sede el tribunal, el Juez de Familia ordena que su emplazamiento se realice por medio de comisión procesal, por lo que, mediante oficio, deberá pedir la cooperación y auxilio a un Juez de Paz o de Primera Instancia de la localidad correspondiente a la residencia o domicilio de la persona demandada (arts. 34 inc. 2° y 206 lit. “d” Pr.F.; y 141 y 192 Pr.C.M.).

Cuando dichos funcionarios judiciales reciben el oficio y sus anexos, ordenan que se dé cumplimiento a tal comisión procesal y, según el caso, cuando el secretario o el notificador o el citador del tribunal realiza el emplazamiento como se indicó en el apartado “3.2.1)” que antecede, el funcionario judicial cometido devuelve las diligencias al Juez de Familia comitente.

3.2.3. EMPLAZAMIENTO POR MEDIO DE SUPLICATORIO.- En el caso de que la parte demandada tenga su domicilio o residencia en alguna ciudad de otro Estado o en un país extranjero y en la demanda se expresa con exactitud cuál es su paradero o la dirección de su localización, el Juez de Familia ordena que su emplazamiento se realice de acuerdo con las normas contenidas en los tratados internacionales que El Salvador haya suscrito y ratificado (arts. 34 inc. 3° Pr.F.; 191 Pr.C.M.; y 388 a 393 del Código de Bustamante).

Pero si el demandado reside en un Estado, República o país que no haya suscrito o autorizado o ratificado el tratado, el Juez de Familia ordena que el emplazamiento se realice mediante suplicatorio internacional, el cual deberá ser tramitado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país.- Éste comisiona a un representante diplomático o Cónsul que El Salvador tenga en el Estado o país extranjero donde resida la parte demandada, quien es el encargado de realizar el emplazamiento (arts. 34 inc. 3° Pr.F.; y 191 inc. 1° Pr.C.M.).- Efectuada tal diligencia, devuelve al Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador las diligencias efectuadas, el que a su vez lo remite a la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal Superior lo envía al Juez de Familia comitente para la continuación del proceso.

A solicitud de la parte demandante y a su costo, sin perjuicio de lo previsto en convenios o en tratados internacionales, se podrá encargar la realización del emplazamiento a persona que se encuentre autorizada para practicar esa diligencia en el Estado o país extranjero donde resida el demandado (art. 191 inc. 2º Pr.C.M.).

3.2.4. EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADO DE PARADERO IGNORADO.- Cuando en la demanda se manifiesta que se desconoce o que se ignora el paradero de la parte demandada, el Juez de Familia ordena su emplazamiento por medio de un edicto, consistente en un aviso librado por dicho funcionario y que la parte demandante deberá publicar en un diario de circulación nacional, por tres veces alternas, con intervalos de cinco días entre cada publicación (art. 34 incs. 4º y 5º y parte final del literal “c” del art. 42 Pr.F.).

El edicto deberá contener los nombres de ambas partes, sus generales, la naturaleza o clase de proceso que se ha promovido y una prevención a la parte demandada en el sentido de que se presente al tribunal por medio de un representante judicial dentro de los quince días hábiles siguientes a la última publicación, con el objeto de que ejerza sus derechos (arts. 10 y 34 inc. 5º Pr.F.).

Si después de transcurrido ese plazo no se hace presente o no se apersona el demandado por medio de representante judicial, el Juez de Familia deberá designar al Procurador de Familia adscrito al Juzgado para que asuma la representación de la parte demandada y el proceso tendrá que continuar contra tal Procurador, en calidad de representante judicial de aquélla (parte final del inc. 5º del art. 34 Pr.F.).

En la práctica continuamente se presenta una impropiedad de parte de algunos litigantes y de aplicadores de la ley al referirse a este caso como demandado de “DOMICILIO ignorado”, cuando debería de manifestarse que se trata de una persona de “PARADERO ignorado”, porque (a juicio del compilador de estas líneas) si fuera de domicilio ignorado el Juez de Familia no podría calificar su competencia (art. 6 lit. “a” Pr.F.), puesto que el juzgador competente para conocer del proceso sería el correspondiente al domicilio del demandado y si no tuviere domicilio en territorio salvadoreño, es competente el de su residencia (art. 33 inc. 1º Pr.C.M.) y, en este caso específico, el que corresponda a su último domicilio conocido, lo cual tiene la ventaja de facilitar la labor de los integrantes del equipo multidisciplinario del Juzgado de Familia para realizar las investigaciones que el juzgador les ordene; y, por otra parte, se persigue evitar que personas inescrupulosas planteen sus demandas en tribunales que no correspondan al domicilio de un demandado residente en el lugar donde tenga su sede el tribunal, expresando que es de paradero ignorado y se le niegue la oportunidad de defenderse, pues no se daría cuenta de que ha sido demandado, con la consiguiente violación de sus derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna.

Si después de practicado el emplazamiento conforme a las reglas del “Emplazamiento de Demandado de Paradero Ignorado” (art. 34 inc. 4º Pr.F.), se demostrare que era falsa la afirmación del demandante en el sentido de que ignoraba la dirección o el paradero del demandado, o que pudo conocer tal situación empleando la debida diligencia, el proceso podrá ser declarado nulo, con condena al demandante a pagar una multa, cuya cantidad oscila entre dos y diez salarios mínimos urbanos más altos vigentes, según las circunstancias del caso (arts. 186 inc. ult. y 232 Pr.C.M.).- En este caso, el demandado deberá denunciar la nulidad en el plazo de cinco días hábiles luego del conocimiento del acto viciado, de lo contrario éste se tendrá por convalidado en forma tácita (art. 236 Pr.C.M.).

Este incidente de nulidad lo deberá tramitar y resolver el Juez de acuerdo con las disposiciones de la Ley Procesal de Familia (arts. 57 y siguientes Pr.F.) y no conforme a lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil (arts. 235 a 238 Pr.C.M.), pues éste se aplica en forma supletoria, es decir que si la normativa familiar adjetiva regula determinadas situaciones no debe acudir a la legislación procesal común como supletoria.

3.2.5. EMPLAZAMIENTO POR MEDIO DE CURADOR DEL AUSENTE.- En relación a la forma de realizar el emplazamiento por medio de edicto cuando se ignora el paradero del demandado, es de hacer notar que la Ley Procesal de Familia en el último inciso de su Art. 34 dispone que en el proceso de familia no tienen aplicación las “REGLAS DE LA DECLARATORIA DE AUSENCIA”, norma que contiene una grandísima impropiedad, por lo que debemos interpretarla en el sentido de que no se aplican al proceso de familia las “REGLAS DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES AD LITEM O ESPECIALES A AUSENTES NO DECLARADOS” que antes estaban contenidas en el art. 141 del derogado Código de Procedimientos Civiles, pero que todavía tiene regulación en el art. 25 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias, ya que las “REGLAS DE LA DECLARATORIA DE AUSENCIA” propiamente se refieren a las “REGLAS DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES DE LOS BIENES DE UNA PERSONA AUSENTE”, contempladas en los Arts. 473 a 479 y 486 a 490 del Código Civil (en lo sucesivo identificado sólo como “C.”), que en un determinado momento PODRÍAN TENER APLICACIÓN, tal es el caso de un proceso familiar que deba promoverse contra una persona que se ha ausentado del país o cuyo paradero se ignora, pero que previamente un Juez de la competencia civil la haya declarado ausente y, consecuentemente, conforme a las disposiciones del Código Civil le ha nombrado un CURADOR DE SUS BIENES, por lo que la demanda se debe plantear en el Juzgado de Familia contra esa persona ausente, o cuyo paradero se ignora, y se solicita que se le emplace por medio del curador (de bienes), pues éste es quien la representa legalmente según lo dispone el Art. 489 C., en cuyo caso no debe de pedirse su emplazamiento por medio de edicto a publicar

en un diario de circulación nacional como persona demandada de paradero ignorado o sea que en este caso no tendría aplicación lo dispuesto en los arts. 42 lit. “c” in fine y 34 inc. 4° Pr.F.

En otras palabras, cuando un Juez de la competencia civil le ha nombrado un curador de sus bienes a una persona ausente, que sea de paradero ignorado y se pretenda demandarla en un proceso de familia, para emplazarla no tienen aplicación las “REGLAS DEL EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADO DE PARADERO IGNORADO”, sino que las aplicables serán las “REGLAS DE LA DECLARATORIA DE AUSENCIA” o, propiamente dicho, las “REGLAS DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES DE LOS BIENES DE UNA PERSONA AUSENTE”.

Es decir que en este caso que acabamos de plantear no tendrían aplicación alguna las disposiciones de la legislación procesal familiar, específicamente los Arts. 42 lit. “c” in fine y 34 incs. 4° y 5° Pr.F., sino las reglas del emplazamiento de carácter sustantivo desarrolladas por los Arts. 473 a 479 y 486 a 490 C.

3.2.6. EMPLAZAMIENTO POR MEDIO DE CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE.- En los casos en que haya fallecido una persona y deba ser demandada en un proceso de familia, pero nadie ha aceptado su herencia, la parte demandante o **interesada** deberá promover ante el Juez de la competencia civil del lugar donde se abrió la sucesión las “Diligencias de Declaratoria de Yacencia de la Herencia” a fin de nombrarle un curador que la represente en el proceso que promoverá (arts. 480, 489 y 1164 C.).

Cuando el juzgador del ramo civil haya declarado yacente la herencia y ya se encuentre nombrado el curador, se le haya juramentado y se le haya discernido el cargo, se inicia el proceso contra el curador de la herencia yacente, quien deberá ser demandado y emplazado conforme a las reglas del emplazamiento personal u otras que fueren aplicables, como serían las del emplazamiento por medio de comisión procesal o de demandado esquivo.

Tanto en los procesos que se siguen contra el “curador de los bienes de una persona ausente” y contra el “curador de la herencia yacente”, la parte demandante tendrá la carga de la prueba para demostrar la personería del curador, si éste no la demuestra (arts. 74 y 321 Pr.C.M.) y como hay casos en que al demandante no le es posible solicitar directamente la correspondiente certificación del nombramiento del curador de bienes, tendría que pedir al Juez de Familia que la solicite al Juez de la competencia civil que lo nombró y de esa manera legitimará la personería del mismo.

3.2.7. EMPLAZAMIENTO POR MEDIO DE APODERADO.- Cuando la persona demandada no pueda ser emplazada directamente o sea que no se pueda realizar su emplazamiento en forma personal, el demandante deberá expresar las razones de ello y que aquél cuenta con “apoderado” o “mandatario”, se le podría emplazar por medio de éste, siempre y cuando le haya conferido mandato judicial especial para tal fin, tal como lo dispone el art. 184 Pr.C.M.

En los casos en que las personas confieren poderes o mandatos generales judiciales, en el respectivo instrumento notarial generalmente se consigna que el compareciente confiere a su apoderado la facultades generales del mandato y las especiales que enumera el art. 69 inc. 2º Pr.C.M., el cual, en la parte final del tal inciso, dispone que “...*En particular, se precisa poder especial para recibir emplazamientos,...*”.

En estos casos las escrituras públicas de mandatos judiciales deben ser analizadas minuciosamente para tener la seguridad de que el apoderado ha sido facultado para recibir emplazamientos y así hacer saber al demandado (poderdante) que se encuentre fuera del país, o cuyo paradero se ignora, el planteamiento de una demanda en su contra o sea con el objeto de emplazarlo y que comparezca al proceso a manifestar su defensa.

Probablemente no sea necesario expresarlo, pero puede darse el caso, o ya se ha dado, en el que el representante judicial de la parte demandante o reconviente solicite que el emplazamiento se realice por medio del mandatario judicial del demandado o reconvenido, aún cuando éste se encuentre presente, es decir dentro del territorio nacional y se conozca su paradero, en cuyo caso no es procedente realizar el emplazamiento por medio del apoderado y tal acto de comunicación deberá de ser hecho en forma personal o por comisión procesal, según el caso.

En conclusión, el emplazamiento por medio de apoderado únicamente puede hacerse cuando se justifique que al demandado no puede hacerse tal comunicación judicial directamente o en forma personal o por medio de comisión procesal y que, por otra parte, el mandatario tenga poder especial para tal efecto o sea para recibir emplazamientos.- Sobre el particular, la parte demandante tendrá la obligación de legitimar la personería del apoderado del demandado en el momento que solicite el emplazamiento, presentando el atestado correspondiente o mencionando su contenido y el lugar en que se encuentre a fin de solicitar su incorporación al proceso (art. 44 inc. 1º Pr.F.).

3.2.8. EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADO ESQUIVO.- Cuando el demandado fuese encontrado en el lugar indicado por el demandante para su emplazamiento, pero esquivase la realización de tal diligencia y no hubiese persona mayor de edad que

accepte recibir la esquila de emplazamiento y sus anexos, el notificador hará constar esta circunstancia en acta que agregará al expediente del proceso y, según la parte final del art. 187 Pr.C.M. *“hará el emplazamiento conforme a lo dispuesto en este código”*, lo cual significa que esa comunicación judicial se tendría que hacer por edictos (demandado de paradero ignorado), pero no debe aplicarse total y únicamente lo dispuesto por el art. 186 Pr.C.M., sino que también debe observarse lo establecido en los incisos 4º y 5º del art. 34 Pr.F., disposiciones que al ser integradas podríamos interpretarlas de la siguiente manera: si la persona que deba ser emplazada no hubiere podido ser localizada después de realizar las diligencias pertinentes para tal fin, mediante resolución motivada, el Juez de Familia ordenará que su emplazamiento se practique por edicto, es decir mediante un aviso que se publicará por tres veces en un diario de circulación nacional, con intervalos de cinco días entre cada publicación, el cual deberá contener los nombres del demandante y del demandado, la clase de proceso y la prevención al demandado para que se presente dentro de los quince días siguientes a su última publicación a fin de ejercer sus derechos y que si no lo hace se designará al Procurador de Familia adscrito al tribunal para que lo represente.- Tal interpretación obedece a una integración de las tres normas que se han citado en este párrafo.

3.2.9. EMPLAZAMIENTO DE MENORES.- El art. 188 Pr.C.M. prescribe que *“Cuando se demandare a un menor de edad, la entrega de la esquila y sus anexos se hará a sus representantes.”*, es decir que el emplazamiento de niñas, niños y adolescentes, se debe hacer por medio de las personas que ejerzan su representación legal.- En este caso se podrían presentar varias situaciones cuando una persona menor de edad sea demandado en un proceso de familia, por lo que el emplazamiento tendría que practicarse [1] por medio de sus padres o [2] por medio su tutor o guardador o [3] por medio del Procurador General de la República.

3.2.9.1. POR MEDIO DE LOS PADRES.- Un ejemplo podría ser el de una demanda por medio de la cual se promueva un proceso de impugnación de paternidad establecida por reconocimiento voluntario, de conformidad a lo dispuesto en el art. 156 del Código de Familia, planteada contra un menor de edad por uno de los ascendientes del padre o por terceros que pudieren tener interés actual, en cuyo caso el emplazamiento del menor demandado tendría que hacerse por medio de su padre y de su madre, pues ambos lo representan en forma conjunta (art. 223 inc. 1º del Código de Familia).

Otro ejemplo sería el de una demanda de modificación de sentencia de alimentos de acuerdo a lo establecido en los arts. 259 del Código de Familia y 83 Pr.F., planteado por el padre obligado a proporcionarlos, contra su hijo menor de edad, caso en el cual su emplazamiento se haría por medio de su madre en virtud

de que el padre demandante no podría ejercer la representación legal de su hijo, tal como se encuentra reglamentado en el N° 3° del inc. 2° del art. 223 del Código de Familia.

3.2.9.2. POR MEDIO DE TUTOR.- En los casos en que por cualquier causa los menores han salido de la autoridad parental, son representados legalmente por el tutor o guardador que les haya nombrado un Juez de Familia (art. 272 inc. 1° del Código de Familia), por lo que si únicamente vive uno de sus padres pero que ha perdido la autoridad parental de su hijo y se le ha impuesto una cuota alimenticia, pero por falta de capacidad económica ya no puede hacerla efectiva en su totalidad, conforme a lo dispuesto en los arts. 259 del Código de Familia y 83 Pr.F., podría demandar a su hijo menor de edad en un proceso de modificación de sentencia y el emplazamiento del hijo menor de edad demandado se tendría que hacer por medio de su tutor o guardador.

3.2.9.3. POR MEDIO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA.- Las personas menores de edad huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida o abandonados, los mayores incapaces, los hijos que por cualquier causa hubieren salido de la autoridad parental o que por cualquier motivo carecieren de representante legal, mientras no se les provea de tutor; y los hijos menores de edad en los casos en que existieren intereses contrapuestos con uno o ambos de los padres, son representados por el Procurador General de la República.- El caso sería cuando se plantea una demanda en un proceso de cesación de cuota alimenticia por parte del padre contra su hijo menor de edad (arts. 259 del Código de Familia y 83 Pr.F.), pero la madre de éste ya falleció, el emplazamiento tendría que efectuarse por medio del Procurador General de la República, conforme a las reglas establecidas en la parte final del art. 224 del Código de Familia.

3.2.10. EMPLAZAMIENTO DE OTROS INCAPACES.- En los casos en que la persona demandada haya sido declarada incapaz, deberá ser emplazada por medio: [1] de su tutor o guardador o [2] de los padres que hayan recuperado la autoridad parental o [3] del padre o la madre o ambos en relación a un hijo incapaz cuya autoridad parental haya sido prorrogada o [4] cuando se haya restablecido la autoridad parental en relación a un hijo incapaz.

3.2.10.1. POR MEDIO DE TUTOR.- Cuando deba ser demandada una persona mayor de edad o sea que no se encuentre sometida a autoridad parental y ya ha sido declarada incapaz, deberá ser emplazada por medio de su tutor o guardador.- El caso podría presentarse si uno de los abuelos tiene la obligación de proporcionar una cuota alimentaria a su nieto incapaz, impuesta judicial o administrativamente, pero su situación económica ya no le permite cumplirla, podría demandarlo en un proceso de modificación de sentencia solicitando la cesación del pago de la cuota

alimenticia y el emplazamiento del incapaz demandado se tendría que hacer por medio de su tutor o guardador (arts. 272 inc. 1º y 259 del Código de Familia y 83 Pr.F.).

3.2.10.2. POR MEDIO DE LOS PADRES QUE HAN RECUPERADO LA AUTORIDAD PARENTAL.- Cuando una persona menor de edad deba ser demandado, pero que la autoridad parental fue recuperada por la madre en virtud de que cesaron las causas que dieron lugar a la suspensión o se demostrare su regeneración o su curación, la madre deberá ser emplazada en representación de su hijo menor.- El caso podría presentarse si se demanda en un proceso de modificación de sentencia de alimentos de acuerdo a lo establecido en los arts. 259 del Código de Familia y 83 Pr.F., planteado por el padre obligado a proporcionarlos, contra su hijo menor de edad, caso en el cual su emplazamiento se haría por medio de su madre (que recuperó la autoridad parental que le fue suspendida) en virtud de lo reglamentado en los arts. 244 y 223 N° 3º del inc. 2º del Código de Familia.

3.2.10.3. POR MEDIO DE LOS PADRES CUYA AUTORIDAD PARENTAL SE HAYA PRORROGADO.- Si un hijo cumple dieciocho años de edad y por motivo de enfermedad hubiese sido declarado incapaz antes de que llegara a esa edad, su autoridad parental queda prorrogada por ministerio de ley (art. 245 inc. 1º del Código de Familia).- Si este hijo mayor declarado incapaz fuese demandado por su padre obligado a proporcionarle alimentos, a fin de que se modifique la sentencia que los impuso, el emplazamiento se haría por medio de la madre, ya que se restableció la autoridad parental y el padre no podría ejercerla en virtud de haber intereses contrapuestos (art. 223 inc. 2º N° 3º del Código de Familia).

3.2.10.4. POR MEDIO DE LOS PADRES CUYA AUTORIDAD PARENTAL HAYA SIDO RESTABLECIDA.- Este caso es semejante al anterior; la diferencia estriba en que el hijo, siendo mayor es declarado incapaz, pero si no ha fundado una familia se restablece la autoridad parental que ejercían sus padres y, como en el ejemplo que antecede, si el padre lo demanda en el proceso de familia relacionado, su emplazamiento se haría por medio de la madre cuya autoridad parental se ha restablecido, puesto que el padre no puede ejercerla por la contraposición de intereses (arts. 245 inc. 2º y 223 inc. 2º N° 3º del Código de Familia).

3.2.11. EMPLAZAMIENTO DE PERSONAS JURÍDICAS.- Si el proceso de familia se plantea contra una persona jurídica, sea ésta pública o privada, su emplazamiento se hará por medio de la persona natural que, conforme a la ley o a sus estatutos o normas internas, ejerza su representación legal.- Se llega a tal conclusión en virtud de lo que establece el art. 189 Pr.C.M. al disponer que *“Cuando se demandare a una persona jurídica, pública o privada, la entrega se hará al representante, a un gerente*

o director, o cualquier otra persona autorizada por la ley o por convenio para recibir emplazamientos.”.

Un proceso de familia podría promoverse contra una persona jurídica cuando una persona natural la instituye como su heredera universal y es declarada como tal en las respectivas diligencias de aceptación de herencia por competente juzgador de lo civil y el demandante es una niña o un niño o un adolescente o una persona mayor de edad que pretende que en sentencia definitiva se declare que es hijo del testador y que se le imponga a la persona jurídica una cuota alimenticia.- Es decir que el supuesto hijo demanda en un proceso de declaración judicial de paternidad y alimentos a la persona jurídica por ser la representante del causante o sea del pretendido padre de conformidad a lo establecido en el art. 1166 del Código Civil, en cuyo caso esa persona jurídica deberá ser emplazada por medio de quien ejerza su representación legal según las normas contenidas en su instrumento de constitución, que podría ser una ley, una escritura pública o un acta de constitución, según el caso.

La persona jurídica podría ser pública, por ejemplo la Universidad de El Salvador o el Instituto Salvadoreño del Seguro Social o la Alcaldía Municipal de un determinado municipio u otros entes descentralizados; o podría ser privada, como serían los casos de algunas instituciones de beneficencia, clubes sociales o de servicio, asociaciones deportivas, iglesias, asociaciones cooperativas, etcétera, que tengan personalidad jurídica.

3.2.12. EMPLAZAMIENTO DEL ESTADO.- El art 190 Pr.C.M. prescribe que *“Cuando se demandare al Estado de El Salvador, el emplazamiento se diligenciará entregando la eskuela de emplazamiento y sus anexos al Fiscal General de la República o a un agente designado por éste”.*

Podría promoverse un proceso de familia contra el Estado de El Salvador en el caso que una persona natural instituya como su heredero universal a una determinada institución estatal que no sea descentralizada, como es el caso de los hospitales nacionales que, en sí mismos, no son personas jurídicas y en consecuencia no tienen personalidad jurídica, sino que forman parte integrante del Ministerio de Salud Pública que tampoco es persona jurídica, por lo que una niña o un niño o un adolescente o una persona mayor de edad que pretende que en sentencia definitiva pronunciada en un proceso de declaración judicial de paternidad se declare que el testador era su padre, el emplazamiento del demandado que en este caso sería el Estado, se hace al Fiscal General de la República.- En la misma situación estaría el caso en que el testador instituyera como heredera universal a una determinada escuela pública, que tampoco es persona jurídica, sino que forma parte del Ministerio de Educación.

3.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda debe hacerse en la forma y dentro del término o plazo con las formalidades y los requisitos que la ley señala y que enseguida se comentan.

3.3.1. FORMA Y PLAZO.- *La demanda debe ser contestada en FORMA ESCRITA y dentro del término o PLAZO DE QUINCE DÍAS HÁBILES*, los cuales deberán ser **CONTADOS A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN RESPECTIVA** o sea desde el instante o la hora en que se realizó emplazamiento del demandado (arts. 46 inc. 1°, 24 y 97 Pr.F.) y **CONCLUYE A LAS 16.00 HORAS (04.00 P.M.) DEL ÚLTIMO DÍA DEL PLAZO**.

La explicación del cómputo del plazo de la manera recién expuesta, en síntesis, se expone así: PRIMERO, los plazos para el cumplimiento de los actos procesales se cuentan en días hábiles (Art. 24 Pr.F.); SEGUNDO, los días que no son hábiles son los de asueto, de licencias y de vacaciones de los empleados públicos que indican los incisos primero y segundo del art. 1 y el art. 3 de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos; TERCERO, los plazos se cuentan conforme al art. 46 del Código Civil, el cual establece que los plazos de días, meses o años corren hasta la medianoche del último día del término; CUARTO, no obstante lo anterior, el último inciso del art. 145 Pr.C.M. dispone que los plazos vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo; y QUINTO, de acuerdo con el inciso primero del art. 84 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, el despacho ordinario de las oficinas públicas es de lunes a viernes, en una sola jornada de las ocho a las dieciséis horas.- Por estas razones, que vienen a ser de estricto orden legal, se afirma que el plazo de quince días para contestar una demanda, corre entre el instante (la hora) en que se realiza la notificación de ella al demandado (emplazamiento) y las dieciséis horas (04.00 P.M.) del último día del término.

Debe de tomarse muy en cuenta que la contestación de la demanda debe hacerla la parte demandada por medio de representante judicial o sea por medio de un apoderado o de un Defensor Público de Familia, debida y respectivamente acreditados con la escritura pública o el escrito dirigido al Juez firmado por el mandante o la credencial única expedida por el Procurador General de la República (arts. 10 y 11 Pr.F. y 39 literal “f” y 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

3.3.2. CONTENIDO.- Al escrito de contestación de la demanda no le deben de faltar los siguientes puntos:

A. EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VERDAD DE LOS HECHOS alegados en la demanda [Art. 46 inc. 1° Pr.F.).

B. EL OFRECIMIENTO y DETERMINACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA que se pretendan hacer valer en defensa de los intereses de la parte demandada (Art. 46 inc. 2° Pr.F.).

Los medios probatorios que podrían ofrecerse son los que menciona el art. 51 Pr.F. o sean la prueba documental y los medios científicos, así como los que ha reconocido el derecho común o sean los comprendidos en el art. 330 y siguientes Pr.C.M., como serían los documentos (instrumentos públicos y privados, arts. 331 y 332 Pr.C.M.); la declaración de parte (personal de la propia parte y de la contraria, arts. 344 y 345 Pr.C.M.); el interrogatorio de testigos (art. 354 Pr.C.M.); la prueba pericial (perito de parte perito judicial, arts. 375, 377 y 380 Pr.C.M.); el reconocimiento judicial (art. 390 Pr.C.M.); los medios de reproducción del sonido, de la voz y de la imagen (art. 396 Pr.C.M.); el almacenamiento de información (art. 397 Pr.C.M.); las presunciones (legales y judiciales, arts. 414 y 415 Pr.C.M.); y los medios de prueba no previstos por la ley (art. 330 inc. 2° Pr.C.M.).

Los medios probatorios se determinan especificando en qué consisten o de quiénes se trata, por ejemplo si se ofrece prueba instrumental se determina aclarando que se trata de una certificación de una partida de nacimiento de determinada persona o una escritura pública relativa a un acto o a un contrato que se especifica; y si el medio probatorio ofrecido es la declaración de testigos se determina expresando el nombre de los éstos, sus generales y el lugar donde puedan ser citados.

C. EL PLANTEAMIENTO DE UNA RECONVENCIÓN cuando fuere el caso y siempre que haya conexidad por razón del objeto o causa de las pretensiones del demandado con las de la parte demandante (Art. 49 Pr.F.).

D. EL ALEGATO DE TODAS LAS EXCEPCIONES que obren a favor de la parte demandada, sean perentorias o dilatorias (Art. 50 Pr.F.).

E. EL ALLANAMIENTO A LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE, lo cual queda a opción de la parte demandada de dar instrucciones precisas y expresas a su representante judicial y autorizarlo en el poder o mandato que le otorgó, para allanarse en el escrito de contestación de la demanda.

Se aclara que el allanamiento puede plantearse en cualquier estado del proceso, no necesariamente con la contestación de la demanda, pero debe formularse antes de que se provea la sentencia definitiva en primera instancia (arts. 47, 48, 110 y 122 Pr.F.).

3.4. EXAMEN PREVIO

Esta fase procesal se encuentra contemplada en la ley con la finalidad de que el Juez tenga un conocimiento completo del contenido del expediente del proceso, especialmente de los hechos y pretensiones que ha planteado el demandante y de los argumentos o excepciones opuestas por el demandado, en virtud de los principios de inmediación y de oralidad que informan al proceso de familia.

3.4.1. ESTUDIO DE LOS DOCUMENTOS.- Dentro de los tres días siguientes a la expiración del plazo para la contestación de la demanda, aún cuando no se haya apersonado el demandado, el Juez de Familia hace un examen o estudio de ésta, del contenido de su contestación si la hubiere y de los documentos que se acompañen a ellas, de lo cual deja constancia en el expediente del proceso (art. 98 Pr.F.).

Esta diligencia es realizada por el Juez de Familia, asistido del Secretario de Actuaciones, sin cita ni comparecencia de las partes, de sus representantes judiciales, de sus representantes legales en su caso, ni del Procurador de Familia.

En la práctica, los distintos tribunales familiares del país realizan el examen previo de dos maneras: [a] mediante un acta que levantan haciendo constar el resultado del estudio de los documentos o [b] dejan constancia de tal examen por medio de una resolución.- En ambos casos la diligencia es autorizada por el Juez de Familia y por el Secretario del tribunal.

3.4.2. CITACIÓN A LA AUDIENCIA PRELIMINAR.- Inmediatamente después que el Juez de Familia concluye el examen previo, mediante decreto de sustanciación proveído por escrito dentro del proceso, señala el lugar, la hora y el día en que realizará la audiencia preliminar, a la cual deberán ser citados el demandante, el demandado, sus representantes judiciales, sus representantes legales en su caso y el Procurador de Familia (art. 99 Pr.F.).

3.5. AUDIENCIA PRELIMINAR

Llegados el día y la hora señalados para la celebración de la audiencia preliminar, ésta se desarrolla en dos fases que se llevan a cabo una a continuación de otra, la fase conciliatoria y la fase saneadora, ante la presencia del Juez de Familia y el Secretario del tribunal y la asistencia de las partes, de sus representantes judiciales, de sus representantes legales en su caso y del Procurador de Familia.-

A veces no asisten las partes o sólo concurre una de ellas y en su lugar están presentes sus representantes judiciales, lo cual no perjudica la diligencia pero se

pierde la oportunidad de que las partes concluyan el conflicto familiar por medio de acuerdos conciliatorios homologados o aprobados por el Juez.

La audiencia preliminar se realiza en forma oral y todo lo acontecido en ella se documenta mediante un acta que se levanta al efecto, la cual es suscrita por los asistentes o se consigna que alguno(s) de ellos no la firmó (firmaron) ya sea por no poder o por no saber o por no querer hacerlo o por haberse retirado antes de la finalización de la audiencia o de la redacción del acta o por cualquier otra causa, de lo cual se deja constancia en ella (art. 3 lit. “d” y 31 Pr.F.).

3.5.1. FASE CONCILIATORIA.- La audiencia preliminar se inicia con la fase conciliatoria, la cual se desarrolla de la siguiente manera (art. 103 Pr.F.):

- e. El juez de familia hace un resumen de los hechos y de las pretensiones de las partes planteadas en la demanda y en su contestación si la hubiere;
- f. Les indica la conveniencia de resolver en forma amigable el conflicto familiar o el asunto que las ha llevado al tribunal;
- g. Las invita para que propongan fórmulas de arreglo a su problema;
- h. Si no las proponen, el mismo juzgador les debe proponer tales fórmulas;
- i. Acto seguido, el juez oye a cada una de las partes directamente o por medio de sus representantes judiciales;
- j. A continuación, el juzgador da por concluido el debate; y
- k. Si las partes llegaren a arreglo(s) de la problemática familiar planteada y que no vulnere(n) derechos ni leyes, el juez lo(s) homologa o aprueba.

Si las partes concilian en todos los puntos, el Juez homologa (aprueba) los acuerdos a que hubieren llegado, da por concluido el proceso, ordena librarles certificación del acta en que conste lo anterior y por último ordena el archivo del expediente en forma definitiva.

En los casos en que no haya conciliación o que ésta sea parcial o que una de las partes no concurrió a la audiencia o que ambas no lo hicieron y si sus representantes judiciales no estaban facultados en forma expresa para llegar a arreglos conciliatorios, el juzgador continúa inmediatamente con el desarrollo del proceso, pasando a la siguiente etapa procesal, que es la fase saneadora.

Cuando injustificadamente la parte demandante y su representante judicial no concurrieren a la audiencia preliminar (no asisten los dos), tal actitud produce los siguientes efectos que se materializan en una decisión judicial constitutiva de una sentencia interlocutoria que en forma anormal pone fin al proceso, haciendo imposible su continuación (art. 111 Pr.F.): [a] las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda; [b] se dejan sin efecto las medidas cautelares o de protección que hubiesen sido decretadas; [c] se archiva definitivamente el expediente del proceso; y [d] además se impone una multa a los inasistentes, equivalente al valor de uno a diez días de salario neto que devengaren y si no se lograre establecer dicho salario se tomará como base el salario mínimo vigente.

No se producirán los primeros tres efectos cuando en una demanda se exigiere el cumplimiento de derechos indisponibles o sea de derechos de los cuales los titulares o los representantes legales de éstos no pueden renunciar o no pueden disponer arbitrariamente de ellos, como sería el caso de los procesos en los que una de las partes es menor de edad o se trate de mayores que tengan cualquier otra clase de incapacidad.- Por ejemplo, si se plantea una demanda de alimentos a nombre de un menor de edad u otro incapaz y no concurren a la audiencia preliminar su representante legal ni su representante judicial, el Juez no puede declarar que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, ni ordenar que se dejen sin efecto las medidas cautelares o de protección dictadas, ni archivar el expediente, por tratarse de derechos de los cuales los representantes legales o judiciales no pueden disponer por no pertenecerles a ellos, pero si podría imponerles la multa que relacionamos en el último literal del párrafo precedente.

3.5.2. FASE SANEADORA.- Concluida la fase conciliatoria, dentro de la misma audiencia preliminar, de inmediato continúa el Juez de Familia con la siguiente fase o sea la saneadora, la cual comprende las siguientes etapas procesales: [1] decisión sobre excepciones dilatorias opuestas, [2] adopción de medidas saneadoras, [3] fijación de los hechos alegados por las partes y [4] ordenación de los medios probatorios ofrecidos.

3.5.2.1. EXCEPCIONES DILATORIAS.- Si con la contestación de la demanda se hubiesen opuesto alguna(s) excepción (excepciones) dilatoria(s), el Juez de Familia procede de la siguiente manera (arts. 50 inc. 1° y 106 inc. 1° Pr.F.): [a] interroga a las partes sobre los hechos que tengan relación con tal(es) excepción (excepciones); [b] recibe al demandado los medios probatorios ofrecidos y determinados para demostrarla(s); y [c] procede a resolverla(s) mediante una sentencia interlocutoria simple, declarándola(s) sin lugar o bien, que ha lugar a ellas según el mérito de los medios de prueba aportados.

Si además se hubiesen opuesto alguna(s) excepción (excepciones) perentoria(s), el Juez hace caso omiso de ella(s), pues tendrá(n) que ser objeto de medios probatorios para demostrarla(s) en la audiencia de sentencia a fin de ser resuelta(s) en el fallo que se dicte en ésta (art. 106 inc. 2º Pr.F.).

3.5.2.2. MEDIDAS SANEADORAS.- A continuación, el Juez de Familia decreta las medidas necesarias (art. 107 Pr.F.): [a] para sanear cualquier vicio del proceso; [b] para precaver tales vicios; [c] para corregir errores y omisiones de derecho; [d] para integrar el litisconsorcio necesario; [e] para adecuar el trámite procesal con la finalidad de evitar que el proceso pueda concluir con una sentencia inhibitoria; o [f] para prevenir el fraude procesal.

3.5.2.3. FIJACIÓN DE HECHOS.- Después de decretar las medidas saneadoras, el Juez de Familia (art. 108 Pr.F.): [a] procede a fijar o establecer los hechos alegados tanto en la demanda como en su contestación; [b] oye sobre el particular a cada una de las partes (personalmente o por medio de sus representantes judiciales) con el objeto de establecer los hechos en los que no estuvieren de acuerdo; y [c] requiere a las partes o a sus representantes judiciales con el objeto de que puntualicen o aclaren o rectifiquen lo que sea preciso con la finalidad de delimitar los puntos controvertidos, pero sin alterar lo esencial de la demanda o de su contestación.

3.5.2.4. ORDENACIÓN DE LA PRUEBA.- Para concluir la fase saneadora, el Juez de Familia debe proveer una resolución sobre los medios probatorios propuestos y determinados por las partes, especificando cuáles admite por ser pertinentes al problema familiar que se trata de resolver y cuáles rechaza por considerar que no son útiles o que no son admisibles o que no son pertinentes al caso en cuestión.

Al mismo tiempo puede ordenar de oficio la recepción de los medios de prueba que estime necesarios para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes (arts. 7 lit. “c” y 109 Pr.F.).

En la práctica, dependiendo de cada caso, pero especialmente cuando en el conflicto familiar se ven envueltos intereses de niñas, niños o adolescentes, el Juez de Familia, por medio de resolución, también ordena que los integrantes del equipo multidisciplinario del tribunal a su cargo practiquen un estudio psicosocial, debiendo indicarles sobre qué puntos deberán realizar las investigaciones y los dictámenes y rendir los informes al respecto (arts. 9 y 93 Pr.F.).

3.5.3. CITACIÓN A LA AUDIENCIA DE SENTENCIA.- Inmediatamente que concluye la fase saneadora, con la cual termina la audiencia preliminar, el Juez de Familia dicta una providencia mediante la cual (Art. 113 Pr.F.): [A] señala el lugar, la hora

y el día para la realización de la audiencia de sentencia; y [B] ordena citar para que asistan a ella: [a] a los testigos propuestos por las partes y a los que decidió llamar de oficio, [b] a los peritos en caso que se hubiese ordenado prueba pericial, [c] a los integrantes del equipo multidisciplinario del tribunal responsables de la elaboración del informe del estudio psicosocial efectuado, [d] a las partes, [e] a los representantes legales de éstas si fuere el caso, [f] a los representantes judiciales de ellas, [g] al Procurador de Familia y [h] a cualesquiera otras personas o profesionales que puedan ilustrar sobre determinados medios probatorios aportados al proceso, como es el caso de los médicos genetistas responsables del informe sobre la práctica de determinadas pruebas científicas, por ejemplo la prueba de A.D.N., indispensable en determinados procesos, tales como los de declaratoria judicial de paternidad, los de impugnación de maternidad, los de impugnación de paternidad establecida por ley o por reconocimiento voluntario.

Debe tomarse en cuenta que la citación para concurrir a la audiencia de sentencia no forma parte de la audiencia preliminar, pero es una resolución del Juez adoptada inmediatamente que ésta finaliza y lo hace en forma oral, de la cual deja constancia en la misma acta que se levanta para documentar lo acontecido en la audiencia preliminar.

3.6. LA AUDIENCIA DE SENTENCIA

En la audiencia de sentencia no hay fases como legal y expresamente han quedado establecidas para la audiencia preliminar, pero con el objetivo de ordenar su desarrollo se indicarán las situaciones o etapas procesales que ocurren dentro de ella, como son: [1] la apertura de la audiencia, [2] la lectura de las peticiones de las partes, [3] la resolución de los asuntos que quedaron pendientes, [4] la recepción de los medios de prueba y de los informes del equipo multidisciplinario del tribunal, [5] los alegatos de los representantes judiciales de las partes y [6] el fallo que dicta el Juez al finalizar la audiencia.

3.6.1. APERTURA.- Previa verificación de la citación de las partes, de sus representantes judiciales o legales en su caso, del Procurador de Familia, de los testigos ofrecidos por aquéllas o de los que de oficio ordenó citar el juzgador, de los peritos si se hubiese ordenado este medio probatorio y de los integrantes del equipo multidisciplinario, se realiza la audiencia de sentencia a la hora y en la fecha señaladas al efecto y se inicia cuando el Juez de Familia la declara abierta (art. 114 Pr.F.).

3.6.2. LECTURA DE PETICIONES.- A continuación se procede a la lectura de las peticiones formuladas en la demanda y en la contestación de ella en lo que respecta únicamente a los hechos controvertidos (art. 114 Pr.F.).

3.6.3. ASUNTOS PENDIENTES.- Acto seguido, el Juez de Familia procede a resolver todo lo que pudo quedar pendiente de decidir en la audiencia preliminar, tales como excepciones dilatorias, incidentes, etcétera (1ª parte del inc. 1º del art. 115 Pr.F.).

3.6.4. RECEPCIÓN DE PRUEBAS E INFORMES.- Después procede el Juez de Familia a recibir todos los medios probatorios ofrecidos y determinados por cada una de las partes, cuya recepción haya ordenado en la audiencia preliminar, así como los ordenados de oficio, tanto para lo principal como para demostrar las excepciones perentorias opuestas (art. 115 Pr.F.).

En este momento también son leídos los informes de los estudios psicosociales efectuados por los especialistas o integrantes del equipo multidisciplinario del tribunal, agregándose las conclusiones de tales informes al expediente del proceso.- No debe quedar desapercibido y se hace la aclaración en el sentido de que tales informes no son medios probatorios, por ello aquí se ha hecho la debida separación, aunque la disposición legal pertinente (art. 115 Pr.F.) los incluya cual si fuesen medios de prueba que han de recibirse en la audiencia.

En lo que respecta a la prueba testimonial, el Juez pregunta a los testigos sobre su identidad, les concede la palabra a fin de que informen lo que saben sobre los hechos planteados por las partes en la demanda y en su contestación y autoriza para que sean interrogados directamente por las partes o por sus representantes judiciales y por el Procurador de Familia.- El Juez de Familia también puede interrogar directamente a los testigos (art. 117 Pr.F.).

En cuanto a la prueba documental (instrumentos públicos y privados), se exhibe a los presentes indicándose su origen y, en su caso, también es leída (art. 118 Pr.F.), con lo cual queda incorporada formalmente al expediente del proceso.

Y en lo referente a los informes del equipo multidisciplinario, a solicitud de parte o de oficio, pueden ser ampliados o explicados verbalmente en la audiencia por los responsables de su elaboración y dada su confidencialidad (art. 93 inc. 2º Pr.F.), son leídos en la audiencia pero, contrario a la práctica, no deberían de ser agregados al expediente del proceso y el Juez tendría que conservarlos bajo su responsabilidad, en legajos separados de tal expediente, aclarándose que lo que se anexaría a las actuaciones serían las hojas o folios que contienen sus conclusiones.

Los informes psicosociales de los equipos multidisciplinarios de los tribunales de familia no son medios de prueba admisibles en los procesos de familia, pues no están contemplados en los indicados en los arts. 51 Pr.F. y 330 Pr.C.M. y se utilizan para ilustrar al juzgador con la finalidad de adoptar decisiones o le sirven de apoyo

para que, aunados a determinadas pruebas, pueda obtener indicios o inferir hechos que lo puedan llevar a una presunción judicial.

3.6.5. ALEGATOS.- Después de la recepción de los medios probatorios propuestos por las partes u ordenados de oficio por el Juez y de los informes de los integrantes del equipo multidisciplinario, el Juez de Familia escucha los alegatos presentados en forma oral por los representantes judiciales de las partes y por el Procurador de Familia en su caso, durante un período máximo de treinta minutos cada uno (art. 121 Pr.F.).

3.6.6. FALLO.- Concluidos los alegatos, en la misma audiencia de sentencia, el Juez procede a dictar su fallo, resolviendo en primer lugar las excepciones perentorias, caso que se hubiesen opuesto.- Si no se hubieren planteado esta clase de excepciones o fueren declaradas sin lugar, el juzgador familiar resuelve en su fallo el asunto sometido a su conocimiento y decisión, pudiendo acceder en su totalidad a las pretensiones del demandante o podría acceder solamente en una parte de ellas o podría declarar que no ha lugar a las mismas, con lo cual concluye la audiencia de sentencia.

La regla general en la práctica es que los Jueces de Familia no pronuncian la sentencia definitiva en la audiencia de sentencia y se limitan a dar el fallo.- Excepcionalmente dictan la sentencia definitiva en la audiencia de sentencia (art. 122 Pr.F.).

Todo lo que ocurre en esta audiencia es en forma oral y se documenta mediante acta levantada al efecto, la cual debe ser firmada por el Juez, por el Secretario del tribunal y por todas las personas que concurren a ella (las partes, sus representantes judiciales, sus representantes legales en su caso, el Procurador de Familia, los testigos, los integrantes del equipo multidisciplinario, los peritos, etcétera), dejándose constancia de quienes no la firmaron por no querer o por no poder o por no saber hacerlo o por haberse retirado antes de la conclusión o lectura del acta, es decir que el Juez de Familia debe justificar la causa por la cual no fue suscrita por alguno(s) de los concurrentes.

3.7. LA SENTENCIA DEFINITIVA

El Juez de Familia pronuncia la sentencia definitiva dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de la audiencia de sentencia, la cual contiene: [a] una relación de los hechos planteados en la demanda y en su contestación, [b] el análisis de la prueba aportada, [c] los motivos o razones por los cuales ha llegado a una decisión (motivación), [d] así como la transcripción del fallo dictado en la audiencia de sentencia (arts. 82 y 122 in fine Pr.F.).

Después de pronunciada y notificada la sentencia definitiva se podrían presentar tres situaciones: [1] las solicitudes de providencias complementarias, [2] las aclaraciones de conceptos oscuros y [3] las subsanaciones de omisiones de pronunciamientos.

3.7.1. PROVIDENCIAS COMPLEMENTARIAS.- Los representantes judiciales de las partes o el Procurador de Familia pueden solicitar modificaciones o ampliaciones de la sentencia definitiva pero “en lo accesorio” y deberán formular esta petición dentro de veinticuatro horas de notificada tal providencia y el Juez de Familia la deberá resolver dentro de los tres días siguientes, modificando o ampliando lo accesorio de ella o declarando sin lugar la solicitud, según lo que fuere procedente (art. 123 Pr.F.).

Es de hacer notar que si se solicita una providencia complementaria, el recurso de apelación de la sentencia definitiva se deberá plantear dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la complementaria o de la resolución que la deniegue (art. 156 inc. 3º Pr.F.).

3.7.2. ACLARACIONES DE CONCEPTOS OSCUROS.- La Ley Procesal de Familia no contempla el caso de oscuridad de algunos conceptos de la sentencia definitiva, ello se resuelve por medio de la legislación supletoria, pues el art. 225 Pr.C.M. en lo pertinente dispone en sus tres primeros incisos, que las sentencias (definitivas) los Jueces y los Tribunales de Segunda Instancia de oficio pueden efectuar aclaraciones de los conceptos oscuros que contengan y que se pongan de manifiesto, en los dos días siguientes a su notificación.

Las partes también pueden solicitar las mismas aclaraciones en ese mismo plazo y el Juez o el Tribunal deben resolver la cuestión en los dos días siguientes.

3.7.3. OMISIONES DE PRONUNCIAMIENTOS.- Semejante al caso anterior, de acuerdo con el art. 226 Pr.C.M., si el tribunal de primera o de segunda instancia omitiere pronunciarse sobre una o más de las pretensiones o peticiones respectivamente planteadas o formuladas en su debida oportunidad por las partes, para subsanar tales omisiones, el juzgador tiene la obligación de emitir de oficio un pronunciamiento sobre lo que haya omitido, pero sin alterar el fondo de la sentencia definitiva, dentro de los tres días siguientes a aquel en que se pronunció ésta.

También las partes podrán manifestarse por escrito sobre la omisión del pronunciamiento en el término de los tres días siguientes a la fecha de su notificación y deberá resolverse en los tres días siguientes.

3.8. LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

El art. 147 Pr.F. dispone que contra las resoluciones dictadas en los procesos de familia proceden los recursos de revocatoria y apelación de acuerdo a lo previsto en la Ley Procesal de Familia; y que también procede el de casación que se interpone y tramita conforme a las reglas de la casación civil.

Contra las sentencias definitivas proveídas en primera instancia por los Jueces de Familia proceden los siguientes recursos: [1] el de revocatoria en lo accesorio (art. 150 inc. 1º Pr.F.) y [2] el de apelación (art. 153 Pr.F.).

Contra esa misma clase de providencias pronunciadas en segunda instancia por las Cámaras de Familia proceden los recursos: [1] de revocatoria en lo accesorio (arts. 147 inc. 1º y 150 inc. 1º Pr.F.) y [2] de Casación (arts. 147 inc. 2º Pr.F. y 519 N° 1º y 2º Pr.C.M.).

Contra las sentencias definitivas que hayan adquirido firmeza conforme al art. 229 Pr.C.M., procede el recurso de Revisión de Sentencias Firmes (art. 540 Pr.C.M.).

3.8.1. EL RECURSO DE REVOCATORIA.- Si la sentencia definitiva no ha sido pronunciada en la audiencia de sentencia, como es la regla general, el recurso de revocatoria en lo accesorio de aquélla debe interponerse ante el Juez o Cámara de Familia que la pronunció, por escrito y dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación respectiva, caso en el cual tales juzgadores deben mandar a oír por veinticuatro horas a la otra parte y una vez transcurrido este plazo, con manifestación o sin manifestación de ella, procederán a resolver la revocatoria planteada, dentro de los tres días siguientes (art. 151 incs. 1º y 2º Pr.F.).

Si la sentencia definitiva es pronunciada por un Juez de Familia en alguna de las dos audiencias que se celebran en los procesos de familia, el recurso deberá de interponerse en forma oral e inmediatamente a su pronunciamiento y el juzgador mandará a oír a las partes por un plazo máximo de quince minutos a cada una y resolverá de inmediato, aún cuando la contraparte no estuviere presente (art. 151 inc. 3º Pr.F.).

En la interposición oral del recurso de revocatoria no hemos mencionado a las Cámaras de Familia porque sus sentencias definitivas no son proveídas en audiencia, por las razones que se mencionan en el siguiente apartado relativo al recurso de apelación.

3.8.2. RECURSO DE APELACIÓN.- Si la sentencia ha sido desfavorable en todo o en algunos puntos a una de las partes, su representante judicial podrá interponer el recurso de apelación ante el Juez de Familia que la pronunció, por escrito y dentro del plazo de cinco días contados desde (el instante o la hora de) la notificación de la sentencia definitiva (art. 156 inc. 2° Pr.F.).- Dicho juzgador tiene por interpuesto el recurso y manda a oír a la parte contraria en el plazo de cinco días a fin de que se manifieste sobre los argumentos del apelante y concluido este término y, se haya manifestado o no la parte apelada, el expresado funcionario judicial remite sin más trámite el expediente del proceso a la Cámara de Familia respectiva (art. 160 inc. 1° Pr.F.).

Al recibir las actuaciones (pieza principal), la Cámara abre otro expediente (incidente de apelación) en el que dentro de los cinco días de tal recibo *“deberá resolver sobre la admisión del recurso y el asunto planteado”* (art. 160 inc. 2° Pr.F.), lo que significa que este Tribunal de Segunda Instancia lo primero que hace es analizar el recurso de apelación planteado que tuvo por interpuesto el Juez de Familia, a fin de establecer si reúne los requisitos exigidos por la ley para poder admitirlo, de modo que si llena tales requisitos lo admite, pero al mismo tiempo pronuncia su sentencia definitiva; y si no lo admite por haberse omitido exigencias legales, ordena la devolución de la pieza principal al Juzgado de Familia de origen.

Si se hubiesen ofrecido medios de prueba, cuando ello procediere (art. 159 Pr.F.), la Cámara de Familia señala la hora, la fecha y el lugar para celebrar una audiencia dentro de los diez días siguientes de admitido el recurso de apelación con la finalidad de recibirlos (art. 160 inc. 2° in fine Pr.F.), en cuyo caso la sentencia definitiva deberá ser pronunciada dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de esa audiencia probatoria (art. 160 inc. 3° Pr.F.).

En los casos de los dos párrafos precedentes (inadmisibilidad o resolución del recurso), la Cámara de Familia de Familia no devuelve de inmediato el expediente del proceso (pieza principal) al tribunal de origen, sino que lo conserva durante quince días hábiles en vista de que su decisión podría ser impugnada mediante la interposición del recurso de casación (art. 526 Pr.C.M.).- En la práctica, al concluir este plazo sin que se interponga el recurso de casación, la Cámara, dentro de los tres días siguientes, devuelve el expediente del proceso al tribunal de origen con certificación de lo proveído (aplicación analógica del art. 529 Pr.C.M.).

3.8.3. RECURSO DE CASACIÓN.- Contra las sentencias definitivas proveídas en segunda instancia por las Cámaras de Familia, procede el recurso de casación (Art. 147 inc. 2° Pr.F.), el cual debe interponerse por escrito ante la Cámara que la pronunció, dentro del plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente al de la notificación respectiva (arts. 525, 526 y 528 Pr.C.M.).

Interpuesto el recurso y concluidos los quince días relacionados, la Cámara de Familia, previa notificación a las partes, remite a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de tercero día, el escrito de interposición del recurso de casación, al cual acompaña (art. 529 Pr.C.M.): [a] el expediente del proceso o pieza principal tramitado por el Juzgado de Familia, [b] los estudios psicosociales de los integrantes del equipo multidisciplinario de dicho Juzgado si los hubiere, [c] el expediente del incidente de apelación diligenciado por la Cámara de Familia y [d] las copias del escrito de interposición del recurso (arts. 162, 163 y 168 inc. 1º Pr.C.M.).

Al recibir el escrito y sus anexos, la expresada Sala lo analiza y si reúne los requisitos legales admite el recurso y en la misma resolución manda a oír a la parte contraria para que, en el plazo de ocho días contados a partir del siguiente de la notificación respectiva, alegue lo que considere conveniente (art. 530 inc. 1º Pr.C.M.) y pronunciará su sentencia dentro de los sesenta días posteriores a la conclusión de los alegatos si hubieren tenido lugar (art. 533 inc. 1º Pr.C.M.).

Y si la referida Sala considera que el recurso de casación es inadmisibile lo rechazará con los razonamientos del caso (art. 530 inc. 2º Pr.C.M.).

Si el recurso de casación es rechazado o desestimado por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia impugnada queda firme y aquélla ordena la devolución de la pieza principal, de los estudios psicosociales si los hubiere y del incidente de apelación al tribunal de origen con certificación de lo proveído, en el plazo de cinco días (art. 532 Pr.C.M.).

3.8.4. RECURSO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.- De conformidad con el art. 540 Pr.C.M., será competencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento y decisión del recurso de revisión de sentencias firmes (art. 229 Pr.C.M.) y procede contra las sentencias firmes que, por disposición legal, no carezcan de efectos de cosa juzgada (art. 230 Pr.C.M.).

En materia procesal de familia hay lugar a tal revisión únicamente en cuatro casos: [1º] cuando después de pronunciada la sentencia firme se recobraren o se obtuvieren documentos decisivos de los que no se pudo disponer, ya sea por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se pronunció la providencia; [2º] cuando ésta se hubiere pronunciado en virtud de documentos cuya falsedad se haya declarado en un proceso penal o si fuere declarada después; [3ª] cuando la sentencia se hubiere pronunciado en virtud de deposiciones de testigos o de informes de peritos y éstos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que dieron fundamento a la decisión judicial, y [4º] cuando se

hubiere ganado injustamente el proceso por cohecho, por violencia o por fraude (art. 541 Pr.C.M.).

Podrá pedir la revisión la persona que hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada dentro del plazo de dos años de notificada la sentencia en el caso del número 3º del párrafo precedente y en el término de tres meses contados desde el día siguiente a aquel en que se hubieren descubierto los documentos decisivos (Nº 1º del párrafo que antecede), el cohecho, la violencia o el fraude (Nº 2º del párrafo anterior) o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad (Nº 4º del párrafo que precede).

En cuanto al trámite (art. 547 Pr.C.M.), el recurso de revisión se interpone: [a] por escrito ante la expresada Sala de lo Civil, con los requisitos y formalidades previstos para la demanda en el proceso común (art. 276 y 160 Pr.C.M.); [b] admitido el recurso, la Sala solicita que se le remita el expediente del proceso que se pretenda rescindir (pieza principal e incidente de apelación si lo hubiere); [c] ordena el emplazamiento a todos lo que hubieren litigado o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de cinco días manifiesten su defensa, sosteniendo lo que a derecho convenga, conforme a los requisitos y formalidades del proceso común; [d] presentadas las alegaciones de defensa o transcurrido el plazo para hacerlo, se le da el trámite establecido para el proceso abreviado; [e] si la Sala declara procedente la revisión, rescinde la sentencia impugnada; [f] ordena expedir certificación del fallo al solicitante y la devolución del expediente al tribunal de donde proceda para que las partes usen de su derecho según les convenga en el proceso correspondiente, en el que habrán de tomarse como base las declaraciones hechas en la sentencia de revisión, sin que puedan ser discutidas.

Si en el literal “[e]” del párrafo que antecede es desestimada la revisión solicitada, se debe condenar en costas al recurrente.

La ley niega cualquier clase de recurso contra la sentencia que dicte la Sala en el conocimiento y decisión de los recursos de revisión de sentencias firmes.

3.9. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La ejecución de la sentencia definitiva no es más que la solicitud de la parte victoriosa formulada al Juez de Familia que se encuentra conociendo del proceso, en el sentido de exigir el cumplimiento forzado de esa providencia que la parte perdedora no ha cumplido voluntariamente a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada o dentro del plazo que el juzgador haya fijado para su cumplimiento (arts. 170 Pr.F. y 561 Pr.C.M.).

3.9.1. TRIBUNAL COMPETENTE.- Conforme al art. 170 Pr.F., las sentencias definitivas son ejecutadas a solicitud de parte por el Juez de Familia que conoció (o debió conocer) en primera instancia del proceso de familia y para dar trámite a las diligencias de ejecución de la sentencia no abre o no forma otro expediente, sino que la petición la tramita en el mismo expediente del proceso cuya sentencia definitiva ejecutará, a continuación de las notificaciones de ésta y sin que sea necesario que el ejecutante presente el “título de ejecución”, arts. 572 inc. 1º y 564 inc. 2º N°1º Pr.C.M.

En cuanto a la expresión que aparece entre paréntesis en el párrafo que antecede, referente a la competencia del Juez que conoció “O DEBIÓ CONOCER” en primera instancia, se aclara que el Art. 170 Pr.F. establece que la sentencia la ejecutará el Juez “que conoció” en primera instancia, haciendo caso omiso de la expresión “que debió conocer” y sostenemos esa afirmación en virtud de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil, en cuyo art. 561 inc. 3º dispone que *“Para la ejecución de los laudos arbitrales será competente el Juez de Primera Instancia QUE DEBIÓ CONOCER de la controversia si no hubiere habido arbitraje.”* (Mayúsculas fuera del texto legal).- Al respecto, el art. 84 Pr.F. establece que los procesos pueden concluir en forma extraordinaria por medio de la conciliación, la transacción y el arbitraje siempre que no se trate de derechos irrenunciables, pues la parte final de primer inciso de esa disposición legal, en cuanto al arbitraje, se prescribe que *“En relación a esos derechos tampoco podrá someterse la controversia a árbitros”*.

3.9.2. TRÁMITE.- En el Art. 172 Pr.F. se dispone que para la ejecución de las sentencias definitivas, el Juez de Familia procede conforme a las normas establecidas para el juicio ejecutivo, pero en vista de que ya fue derogado el Código de Procedimientos Civiles y en el Código Procesal Civil y Mercantil se encuentra regulado totalmente el trámite al respecto, supletoriamente se deben aplicar las reglas relativas a la “EJECUCIÓN FORZOSA” contempladas en los arts. 551 a 674 Pr.C.M.

3.9.3. DESPACHO DE EJECUCIÓN.- Presentada la solicitud, si ésta llena las exigencias legales, el Juez de Familia provee resolución denominada “despacho de ejecución” (art. 574 Pr.C.M.), en el que determina con precisión la persona contra quien se dirige, la cantidad de dinero que se reclama, las actuaciones que ordena y, en su caso, las medidas de localización de elementos patrimoniales del deudor (art. 576 Pr.C.M.). Entre “las actuaciones que se ordenan” se contemplan la orden de embargar bienes propios del ejecutado, el nombramiento del executor de embargos (art. 617 Pr.C.M.), el libramiento de oficio para embargar salarios o bienes inscritos en registros públicos (art. 618 Pr.C.M.) o cuentas abiertas en instituciones financieras, créditos sueldos, salarios u otras remuneraciones o en general bienes que

generen dinero (art. 626 Pr.C.M.), el aviso al ejecutado de que la ampliación de la ejecución operará automáticamente en los casos de vencimiento de nuevos plazos de la obligación solicitada por el ejecutante (art. 605 Pr.C.M.), etcétera.

3.9.4. EMBARGO.- Esta providencia o sea el “despacho de ejecución”, no se hace saber al demandado o ejecutado en cuanto se provee a fin de evitar que enajene o grave sus bienes en perjuicio del demandante o ejecutante, sino que tal acto de comunicación se hace después, cuando ya se haya trabado el embargo en determinados bienes de aquél y se haya anotado preventivamente en el correspondiente Registro según el caso.

Después de que el Ejecutor de Embargos embargue determinados bienes del demandado o ejecutado e inscrito en el Registro respectivo el mandamiento de embargo en su caso, lo devuelve al Juez de Familia comitente.

El Ejecutor de Embargos comisionado deberá nombrar a un depositario de tales bienes en las diligencias de embargo (Art. 630 Pr.C.M.).

A solicitud de parte y tratándose de bienes inmuebles, el embargo puede trabarse mediante oficio que el Juez de Familia tendría que librar a la correspondiente oficina inmobiliaria registral.- Cuando el oficio es anotado preventivamente (inscrito) y devuelto al juzgador, éste deberá nombrar al depositario de los bienes raíces embargados (Art. 630 Pr.C.M.).- Lo anterior es aplicable al embargo de cosas mercantiles o cualesquiera otros bienes o derechos inscritos en el Registro de Comercio o en otros Registros Públicos.

Lo mismo deberá hacer ese funcionario judicial en los casos de embargo que se traba sobre sueldos, salarios, pensiones, retribución o su equivalente, librando oficio al patrono o jefe de la oficina, institución o lugar de trabajo del ejecutado o pagador respectivo, a fin de que le retenga la cantidad que establece la ley (art. 622 Pr.C.M.) o la que considere prudente en el caso del siguiente apartado y remita el producto de lo embargado a la oficina que el mismo juzgador le deberá indicar en el oficio respectivo (Arts. 618 y 622 inc. 1º Pr.C.M.).

3.9.5. INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO.- En cuanto al embargo de sueldos, salarios, pensiones, retribuciones o su equivalente, el primer inciso del Art. 622 Pr.C.M. prescribe que *“es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, en cuanto no exceda de dos salarios mínimos urbanos, más altos vigentes.”* y que de conformidad con el Art. 623 Pr.C.M. *“Son nulos de pleno derecho los embargos de bienes inembargables y aquellos que exceden los límites fijados en este Código, aunque se realicen con el consentimiento del afectado”.*

El compilador de estas líneas, considera que tales disposiciones no son aplicables al caso en que una niña, un niño o un(a) adolescente exija o reclame la ejecución de una sentencia en la que a su favor se haya establecido la obligación de proveerle de alimentos, pues por la naturaleza misma del derecho de familia, seguramente antagónica a la del derecho civil y mercantil, en la que encontramos variada normativa nacional e internacional en torno a la protección que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de brindarles, para el caso: [a] el derecho de todo hijo menor de edad de vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado (Art. 34 de la Constitución de la República); [b] el derecho que tienen las niñas, los niños y los adolescentes a un nivel de vida digno y adecuado, que comprenda alimentación nutritiva y adecuada, vivienda digna, segura e higiénica, con servicios públicos esenciales, vestuario adecuado al clima, limpio y suficiente para sus actividades cotidianas y recreación y sano esparcimiento (Art. 20 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia); [c] el derecho del niño de disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados (Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959); [d] el reconocimiento de los Estados Partes de que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (Art. 6 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada y suscrita por el Gobierno de la República de El Salvador, según Acuerdo N° 237 de fecha 18 de abril de 1990, ratificada en todas sus partes según Decreto Legislativo N° 487 del 27 de abril de 1990, publicado en el Diario Oficial del 9 de mayo de 1990, vigente desde este mismo día).- Para gozar del derecho intrínseco a la vida a fin de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia, es necesario e indispensable proveer de alimentos a las niñas, a los niños y a los (las) adolescentes (los alimentos son prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario, art. 247 del Código de Familia).- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos Internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia y las leyes secundarias no pueden modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para nuestro país y, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.- Según el Diccionario Jurídico Elemental de don Guillermo Cabanellas de Torres, por antonomasia, tratado es una convención internacional suscrita por dos o más príncipes o gobiernos.

De lo expuesto en el párrafo precedente, el compilador de estas líneas interpreta que las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil (arts. 622 y 623) se encuentran en conflicto con las de la Convención Sobre los Derechos del Niño, por lo que éstas prevalecen sobre aquéllas, consecuentemente no son aplicables al caso de reclamaciones alimenticias formuladas por niñas, niños o adolescentes o

sea que, conforme a ese criterio, se podrían embargar salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o su equivalente aunque excedan de dos salarios mínimos, urbanos, más altos vigentes, lo que implica que si un juzgador aplica las disposiciones contempladas en los arts. 622 y 623 Pr.C.M. a este tipo de reclamaciones entraría a una franca violación de derechos humanos de menores alimentarios, puesto que las disposiciones de la Convención Sobre los Derechos del Niño forman parte del conglomerado conocido como Derechos Humanos.

3.9.6. NOTIFICACIÓN DEL DESPACHO DE EJECUCIÓN.- Después de embargados determinados bienes del demandado o ejecutado y que se haya agregado al expediente del proceso o, mejor dicho, a las diligencias de ejecución de sentencia, inscrito en el correspondiente Registro Público en su caso o el oficio librado por el Juez de Familia al Registro inmobiliario o de Comercio anotados preventivamente, dicho funcionario judicial deberá ordenar que se notifique al demandado la providencia por medio de la cual ordenó el embargo de sus bienes y una vez realizada esta diligencia, que es conocida como la “notificación del despacho de ejecución”, que no constituye citación ni emplazamiento alguno, sino que es un acto o aviso o llamamiento para que pueda comparecer en cualquier momento y se entiendan con él las sucesivas actuaciones (art. 577 Pr.C.M.).

La notificación del despacho de ejecución al deudor supone la orden judicial que le impide disponer de sus bienes y derechos, limitarlos o gravarlos sin autorización judicial, lo cual se asegura mediante la anotación preventiva del embargo en los Registros Públicos competentes, si a ello hubiere lugar (art. 578 Pr.C.M.).

3.9.7. REALIZACIÓN Y SUBASTA DE LOS BIENES EMBARGADOS.- Después de la notificación del decreto de embargo, acontecen o pudieran presentarse las siguientes situaciones:

3.9.7.1. REALIZACIÓN INMEDIATA DE BIENES.- Cuando se han embargado dinero, saldos de depósitos, bienes o valores que sean aceptados por el ejecutante en su valor nominal y las divisas convertibles, pueden ser entregados al acreedor (art. 646 Pr.C.M.).

3.9.7.2. VALÚO DE LOS BIENES EMBARGADOS.- Se debe ordenar y proceder al valúo de los bienes embargados por medio de perito nombrado por el Juez que demuestre conocimientos técnicos sobre la materia, el que puede ser recusado por el ejecutante y por el ejecutado que ha comparecido (art. 647 Pr.C.M.).

El perito que ha aceptado el cargo deberá entregar al tribunal la valoración (informe sobre el avalúo realizado) en el plazo de cinco días.- Pero por circunstan-

cias debidamente justificadas el Juez le podrá fijar otro término que no exceda de diez días.

3.9.7.3. ENAJENACIÓN PREVIA DE BIENES.- El deudor o ejecutado puede presentar persona interesada en adquirir total o parcialmente lo embargado por el valor de la tasación hecha por el perito designado por el Juez (art. 648 Pr.C.M.).

3.9.7.4. AUDIENCIA PARA LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES.- Valuados los bienes se deben citar a las partes y a terceros que tengan derechos sobre los bienes a liquidar, a una audiencia para decidir la mejor forma de la realización de tales bienes, en la que podrán proponer el procedimiento de ésta, sus condiciones y a personas interesadas en adquirir los bienes por el justiprecio (art. 649 Pr.C.M.).

3.9.7.5. CONVOCATORIA A SUBASTA.- Cuando no fueren posible los procedimientos disponibles para la realización previa de los bienes embargados, el Juez de oficio acuerda su realización por medio de una subasta judicial, a la cual se le dará publicidad por medio de edictos, uno de ellos se fija en el tablero del tribunal y otro se publica en extracto en un periódico de circulación nacional; tal convocatoria deberá hacerse, por lo menos, con quince días de antelación a la fecha en que se celebrará la subasta y en este anuncio se deberá indicar: el lugar, la hora y la fecha del inicio de la subasta (art.156 Pr.C.M.); que en el tribunal obra certificación registral actualizada sobre la situación jurídica de los bienes raíces que se subastarán (art. 659 y 665 Pr.C.M.); si tiene ocupantes con la orden de desalojo si éstos fueren de hecho o sin título suficiente o hacer la comunicación de que los ocupantes tienen derecho de permanecer en el inmueble tras su enajenación.

3.9.8. AUDIENCIA DE SUBASTA.- Llegadas la hora y la fecha para la celebración de la audiencia de subasta ésta se desarrolla de la siguiente manera:

3.9.8.1. INICIO.- Es presidida por el Juez de Familia, dándose inicio con la lectura de la relación de los bienes a subastarse.- A continuación se irán sucediendo las distintas posturas formuladas por los asistentes, las cuales repite en voz alta el Juez y terminará con el anuncio de la mejor postura y el nombre de quien la formuló.- De lo acontecido en la audiencia de subasta se deja constancia en acta levantada, la cual debe contener los nombres de los participantes y de las posturas formuladas (art. 660 Pr.C.M.).

3.9.8.2. APROBACIÓN DEL REMATE.- Mediante resolución proveída en las diligencias el mismo día de la celebración de la audiencia de subasta o el siguiente, el Juez debe aprobar el remate a favor del mejor postor, quien deberá pagar el total de su postura dentro de un plazo máximo de diez días, pero si fuera el ejecutante

el mejor postor se procederá a la liquidación de lo adeudado y deberá consignar la diferencia, si la hubiere, dentro de los diez días siguientes (art. 661 Pr.C.M.).

Si transcurre ese plazo de diez días y no se hubiere efectuado el pago, el Juez revocará la resolución por medio del cual aprobó el remate, quedando el obligado al pago de los daños y perjuicios ocasionados (art. 661 Pr.C.M.).

3.9.8.3. ADJUDICACIÓN EN PAGO.- Si no hubiere postores en el acto de la subasta, el ejecutante puede pedir que los bienes embargados se le adjudiquen por el valor de tasación (art. 663 Pr.C.M.).

3.9.9. REGLAS SOBRE INMUEBLES SUBASTADOS.- En relación a los inmuebles subastados se dan las siguientes normas específicas.

3.9.9.1. CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.- Cuando los bienes objeto de la subasta se encuentren inscritos en un Registro Público, como es el caso de los inmuebles, el tribunal libra orden a éste a fin de que le remita certificación en que se haga constar la titularidad del dominio sobre ellos, así como de los derechos reales que lo afectan y las cargas que lo graven (art. 665 Pr.C.M.).

3.9.9.2. INMUEBLES CON OCUPANTES.- Si en el inmueble embargado hubieren ocupantes que no fueran el ejecutado o los que convivan con él, se les notificará la existencia de la ejecución para que en el plazo de cinco días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.- Como antes se dijo, en el anuncio de la subasta se da a conocer la situación posesoria del inmueble, que contiene la orden de desalojo (ocupantes de hecho o sin título suficiente) o la comunicación de que los ocupantes tienen derecho de permanecer en el inmueble tras su enajenación.- En todo caso, la declaración judicial sobre los referidos ocupantes deja a salvo los derechos de los interesados, quienes podrán ejercitarlos en el proceso correspondiente (art. 670 Pr.C.M.).

3.9.9.3. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO.- El adquirente de inmuebles embargados, ya sea por convenio, por realización, por delegación o subasta (rematados o adjudicados en pago), para inscribir su derecho el tribunal les expedirá certificación de la transferencia y justificante de que ha efectuado el pago o la consignación de la cantidad de dinero acordada o, en su caso, del comprobante del financiamiento obtenido para realizar la adquisición (art. 672 Pr.C.M.).

3.9.9.4. CANCELACIÓN DE CARGAS.- A solicitud del adquirente de los inmuebles adquiridos, el Juez le expedirá un mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que originó el remate o la adjudicación, así como de todas las inscripciones o anotaciones posteriores, en el que se hará constar que el

valor de lo vendido o adjudicado es igual o inferior a importe total de lo adeudado al ejecutante y, en caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente que se encuentra a disposición de los interesados (art. 673 Pr.C.M.).

3.9.10. EJECUCIÓN PROVISIONAL.- Mientras se encuentre sustanciando un recurso interpuesto contra sentencias condenatorias proveídas en los procesos de familia, éstas pueden ser ejecutados en forma provisional (art. 592 Pr.C.M.) a solicitud de la parte que obtuvo el pronunciamiento favorable, formulada en cualquier momento en que conste la pendencia de un recurso y antes de que se dicte sentencia en él; ejecución que la llevará cabo el Juez que hubiere resuelto en primera instancia, cualquiera que sea la instancia o el grado en que se encuentre el proceso, dándole el trámite de la ejecución de sentencias firmes.

Si el expediente del proceso se encuentra ante otro tribunal, se recabará certificación de lo necesario para llevarla a afecto.- Y si se solicita la ejecución provisional antes de que tal expediente pase a otro tribunal, el juzgado se quedará con certificación de lo necesario para proceder a ella (art. 593 Pr.C.M.).

Si la sentencia decisoria del recurso pendiente confirma la providencia que se está ejecutando provisionalmente, se continúa adelante con la actividad ejecutiva provisional, salvo que la resolución impugnada hubiere adquirido firmeza por ser irrecurrible o se hubiere presentado en forma extemporánea el recurso, continuándose en ambos casos la ejecución como definitiva (art.601 Pr.C.M.).

Si fuera totalmente revocada la sentencia que se encuentra ejecutando en forma provisional, se pone fin a la ejecución, dictándose las medidas para que las cosas vuelvan al estado anterior, ya sea por la devolución del dinero recibido por el ejecutante o del bien que se le hubiere entregado o por la vía de deshacer lo hecho.- Si no es posible devolver el bien que se hubiere entregado al ejecutante, se sustituirá por su equivalente en dinero (art. 602 Pr.C.M.).

Si la sentencia de condena fuera revocada parcialmente, el ejecutante sólo devolverá la diferencia entre lo que percibió y la cantidad a la que fue condenado el ejecutado en la sentencia que decidió el recurso (art. 603 Pr.C.M.).

CAPÍTULO III

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

Las Niñas, Niños y Adolescentes Sujetos de Derechos.

Mario Francisco Mena Méndez³.

SUMARIO

Una oportunidad para las Niñas, Niños y los Adolescentes. - I.- Los derechos de los NNA son derechos humanos. II.- Democracia y políticas públicas. III. Los derechos de los NNA y el Sistema de las garantías. Epílogo.

Una *oportunidad* para las Niñas, Niños y los Adolescentes

En el debate durante el diseño de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA) la comunidad salvadoreña concluyó que el modelo normativo vigente de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA)⁴ previsto en el Código de Familia constituía un modelo anacrónico e ineficaz para desarrollar por sí mismo el modelo de “Niño ciudadano”⁵ eje jurídico-político fundamental de la Convención Sobre los Derechos del Niño (CSDN). Fruto de esta reflexión de varios años, El Salvador promulgó su LEPINA declarando explícitamente su naturaleza jurídica con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a semejanza de la CSDN⁶. El giro radical en la naturaleza jurídica de los derechos de los NNA ha representado un salto de calidad de vastas repercusiones normativas y políticas ya que el aseguramiento de los derechos de

3. El autor es Maestro en Derechos de la Niñez y la Adolescencia por la Universidad Internacional de Andalucía y estoy en el camino del título de Doctor por la Universidad de Sevilla. Tengo el prestigio de capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial en el área del derecho de la Niñez y la Adolescencia y ejerzo también la condición de Padre de Sebastian Alberto, mi Angel, mi Todo, mi Yo.

4. El uso de la abreviatura NNA es para visibilizar a las Niñas, sujeta jurídica que se oculta en la definición Niñez y Adolescencia. Esta postura epistemológica es una herramienta política y simbólica de los Derechos Humanos para contribuir a erradicar la discriminación de las Niñas y las Mujeres explicitando sus intereses más vitales. En este texto si se utiliza el concepto “Niño” se refiere al sujeto legal etario comprensivo de todos y todas los NNA.

5. En el ámbito de los Derechos Humanos de los NNA la *ciudadanía* significa el reconocimiento de su plena capacidad de interlocución para el goce y reclamo de sus derechos. En la tradición jurídica nacional la innovación que aporta este concepto es el reconocimiento que los NNA por regla general ejercen su facultad de gozar y reclamar sus derechos y “*solo si*” el desarrollo de sus facultades lo requiere, las personas adultas tienen legítima intervención en la vida de los NNA. La ciudadanía es una apuesta por construir una sociedad democrática en continuo riesgo de desaparecimiento por el virus pandémico del adultismo.

6. En la LEPINA las referencias explícitas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o a la Convención Sobre los Derechos del Niño son frecuentes: Arts. 1, 15, 54 inc. 2, 56 lit (a), 111 inc. ult, 118 inc. 1, 119 inc. ult y 213 inc. 1. Con esta constatación la expresión del art 214 en el sentido que la LEPINA corresponde a la materia de familia, es motivo de múltiples tropiezos para su aplicación.

los NNA como sujetos de derecho autónomos prescindiendo del contexto estrictamente familiar es inaudito en nuestra cultura jurídica⁷.

La LEPINA sin embargo, no tiene porque ser considerada como la disposición habilitante de la derogatoria de cualquier norma relacionada a los NNA en otras leyes⁸. La LEPINA opera como refuerzo del estatus jurídico de los NNA ya que su finalidad es complementaria al modelo de atención a los derechos de los NNA previsto en el Código de Familia: En la sede jurisdiccional familiar se conocen los conflictos de interés jurídico familiar que afectan a los NNA en sus vínculos jurídicos con los otros miembros de su familia y en el ámbito Especializado de la LEPINA se encauza el ejercicio de las prestaciones sobre la garantía, promoción, protección y restitución del catálogo de los derechos de los NNA en su calidad de sujetos sociales. En otras palabras, la normativa de familia está dirigida al NNA “sujeto jurídico-familiar” y la LEPINA al “sujeto jurídico-ciudadano” legitimado para interactuar con el Estado en lo que toca y afecta sus vidas⁹. Es obvio que en algunas circunstancias la LEPINA será referente interpretativo para la instancia familiar (por ejemplo en situaciones sobre el derecho de la participación de los NNA en sus familias y su derecho a decidir sobre dejarse el cabello largo, la privacidad de sus publicaciones en el facebook, escuchar música que los padres consideran satánica, etc.) En estas situaciones de ejemplo la aparente duplicidad entre las jurisdicciones de familia y de LEPINA no es cierta ya que los casos representan el enfrentamiento de los intereses del hijo con uno o ambos padres y su conocimiento corresponde a la jurisdicción familiar¹⁰.

7. No se merece que el art. 351 del Código de Familia establezca los Derechos Fundamentales de los NNA independientemente de su calidad de miembro de la familia, pero su contexto normativo y cultural al que se hace referencia en este texto, le imprimió alcance precario, meramente simbólico sin impacto efectivo en las vidas de los NNA.
8. Sobre el riesgo de las corrientes de aplicación del derecho que sugieren derogar de facto por vía de interpretación lo “aparentemente” contradictorio, ambiguo y duplicado, han advertido los autores del derecho de la niñez y la adolescencia. El ejercicio de promover los derechos del niño mediante la “*adecuación por la vía de la interpretación normativa*”, es un acto susceptible de afectar el principio de legalidad. Existen suficientes precedentes de enfoques interpretativos que bajo el supuesto de promover el bienestar de sujetos especiales (mujer, pobres, niños, obreros, etc.) terminaron legitimando abusos de poder contra estos mismos sujetos. En el caso de los derechos de los NNA ese fue el fundamento del modelo de la situación irregular: para legitimar el “especial tratamiento” del Estado, el intérprete ejercía extensas competencias de interpretación de la ley. Para nuestra fortuna, frente a la “*adecuación por la vía de la interpretación normativa*” existe la noción del SISTEMA DE PROTECCIÓN que debe prevalecer en las situaciones de ambigüedad, duplicidad y contradicción.
9. El ámbito de las políticas públicas y en especial sus vínculos con los NNA, la familia y la comunidad es una idea ajena para los técnicos operadores de las leyes de la familia y la niñez. Este vacío formativo es consecuencia del enfoque cerrado sobre la aplicación de la ley pero que no explora los vínculos entre las leyes y las políticas del Estado. El ámbito de las políticas públicas ha sido coto de la clase política y de la tecnocracia de la Administración pública. Esta limitante explica en buena medida aquellas interpretaciones que pretenden resolver las carencias y vulneraciones de los derechos de los NNA con medidas unilaterales, inconexas y desvinculadas de la naturaleza y las funciones de las instituciones públicas.
10. Distinto sería el caso si el conflicto enfrenta al NNA con el prestador de un servicio público (su profesor o cuidador en un Centro de programas del ISNA) y allí no se le permite participar y decidir por sí cuando el

Esta breve reseña introductoria adelanta que los paradigmas de la LEPINA son inéditos en nuestra cultura jurídica ya que rebasan la herencia milenaria de la tradición romano canónica prevalecientes en la interpretación y la aplicación del estatuto de los NNA.

Como una modesta contribución a los esfuerzos pedagógicos de promoción de la LEPINA y animar a los NNA, la familia y la comunidad a participar con entusiasmo en el nuevo modelo de los derechos de *ciudadanía* de la niñez y la adolescencia se ofrecen estas ideas que desarrollan los tres pilares principales de la LEPINA. El primero cuenta con mayor extensión ya que es el marco básico que sustenta la ley y todo el proceso de adecuación institucional y los dos restantes se desarrollan en menor extensión ya que constituyen el reflejo del primer eje sobre los ámbitos específicos de la institucionalidad y las garantías.

- 1.- Los Derechos de los NNA son Derechos Humanos.
- 2.- Democracia y Políticas Públicas.
- 3.- Los Derechos de los NNA y el sistema de las garantías.

1.- LOS DERECHOS DE LOS NNA SON DERECHOS HUMANOS

Este pilar constituye la ruptura radical con el modelo de los derechos de la niñez y la adolescencia preceptuado en el Código de Familia en el cual – más por el peso de la tradición político cultural que por la definición normativa en sentido estricto - sobre la institución familiar se descarga la función de garantía de los derechos de los NNA adicionalmente a su propia función de servir de espacio para la realización de los mismos.

El modelo de protección de los derechos del niño antecedente a la LEPINA se asentó sobre las bases del derecho romano canónico que reconoce a la familia como la institución económica, de cuidado y formación con la autonomía y la capacidad suficientes para satisfacer los derechos y atender las necesidades de los NNA¹¹. Esta presunta capacidad como precepto lógico formal se estrella contra la realidad

desarrollo de sus facultades se lo posibilita. Esto es un asunto de naturaleza pública que corresponde conocer a la rama Especializada de Niñez y Adolescencia.

11. Estudios referentes al modelo de atención de derechos del Código de Familia que se sirve de la institución de la autoridad parental como eje organizador son los escritos “*La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.*” Mónica González Contró. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Número veinte, Enero-junio 2009; y otro escrito por este servidor, “*La condición jurídica del niño en el modelo de la autoridad parental. El caso de El Salvador.*” Anuario de Justicia de Menores, Sevilla, España, 2006.

actual de las familias salvadoreñas. El VI Censo de Población y Vivienda 2007, encontró que en el país existen más de 67 mil adolescentes entre los 12 y 19 años que ya han formado un hogar. Entre las adolescentes, 48 mil ya tienen al menos un hijo. El mayor porcentaje de las jóvenes se encuentra en el rango de los 15 a los 19 años, y otras 2,731 niñas entre los 12 y 14 años, también son madres quienes deberían estar en el patio de juego de la escuela y no ejerciendo los compromisos de la crianza, acompañadas o casadas y soportando múltiples obligaciones familiares. La evidencia empírica demuestra sin lugar a dudas el fracaso de este paradigma y no existe lugar a dudas que la familia salvadoreña por sí sola es insuficiente para garantizar a los NNA la realización de sus derechos.

Contrario a este modelo que descarga en la familia la función de la *garantía* de los derechos de los NNA, la Observación General número siete del Comité de los Derechos del Niño, orienta sobre el modelo basado en el Estado Democrático de Derecho en el cual el Estado es depositario de la función de la garantía de los derechos, en complemento de las familias:

“La mejor forma de prestar una asistencia adecuada a los padres puede ser en el marco de políticas globales en favor de la primera infancia... Los Estados Partes deberían velar por que los padres reciban un apoyo adecuado, que les permita incluir plenamente en esos programas a los niños pequeños, especialmente a los grupos más desfavorecidos y vulnerables. En particular, el artículo 18.3 reconoce que muchos padres son activos económicamente, a menudo en ocupaciones escasamente remuneradas, que combinan con sus responsabilidades parentales. El artículo 18.3 exige a los Estados Partes que adopten todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de servicios de atención infantil, de protección de la maternidad y de guarderías cuando reúnan las condiciones requeridas¹².

La sola evidencia histórica que el modelo de protección de los derechos de los NNA se estableció en El Salvador con abuso de la institución familiar imponiéndole el cumplimiento de la garantía formal de los derechos - sin las medidas adecuadas que fortalecieran sus bases materiales - no sugiere el remplazo simplista de la familia como el espacio adhoc para el ejercicio de los derechos de los NNA. La crisis del modelo normativo familiarista no es el de la familia como institución social y jurídica. El fracaso pertenece al modelo de la gestión pública que se deshizo de su función de garantía y la descargó - por activa y por pasiva - sobre la institución jurídico familiar. La alternativa a este modelo está en la CSDN que

12. Ver el Párrafo 21 de la Observación General No. 7. (2006). Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia. CRC/C/GC/7/Rev.1.

organiza el entorno de los NNA en dos sistemas con funciones distintas pero con la misma finalidad de promover el goce de sus derechos: El primero es el sistema de la *realización* de los derechos cuyo eje reside en la familia como la principal responsable (junto al Estado y la comunidad como espacios complementarios) y el segundo es el sistema de la *garantía* de los derechos que altera el orden anterior de responsabilidades ya que sitúa en primer lugar al Estado y después a la familia y a la comunidad solo como los garantes subsidiarios. En los siguientes artículos de la CSDN se denotan las diferencias entre ambos sistemas:

Artículo 5.- *Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.* (Sistema de la realización de derechos).

Artículo 4.- *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.* (Sistema de la garantía de derechos).

La yuxtaposición de ambos sistemas es una estrategia del gobierno en los asuntos sociales reflejo de la agenda perversa de los actores públicos y privados que legitiman la sustracción estatal de sus deberes y en contrapartida promueven el discurso que legitima la sobrecarga de la familia atribuyéndole los deberes de garantizar la realización de los derechos sin contar con el respaldo del Estado. Las nefastas consecuencias de este discurso para la vida de los NNA están a la vista: hospitales y escuelas sin suficientes recursos para ofrecer servicios públicos de calidad a la par que en el imaginario social se martilla la leyenda que los servicios deficientes no son responsabilidad del Estado sino que el fracaso se debe a la incapacidad de los padres de familia de satisfacer en forma eficaz los deberes propios de la autoridad parental.

El marco normativo del Código de Familia adolece de limitaciones intrínsecas para propiciar el desarrollo diferenciado de ambos sistemas: La naturaleza del ámbito jurídico Familiar es servir de instrumento para la solución de los conflictos de intereses jurídicos en las relaciones familiares y en ese enfoque es inexistente la referencia a otras estrategias político sociales que promuevan la realización de los derechos de los NNA en los demás asuntos excedentes al ámbito jurídico familiar. Esta es la riqueza del estatuto basado en la CSDN que asume la realización de los derechos de los NNA no en la dinámica del conflicto entre un niño con una familia en particular, sino para el universo de *todos* los NNA no solo en su dimensión de sujetos de la relación jurídico familiar. Es urgente que estatuto basado en la CSDN

comience a dar frutos para salvar las vidas del 43% de la población del país¹³. Esta tarea solamente es asequible solamente a través del Derecho de los Derechos Humanos cuya naturaleza es el cumplimiento eficaz de los deberes estatales en la realización de la dignidad de la persona humana.

El énfasis en que los derechos de los NNA son Derechos Humanos contribuye a fortalecer la relación *vis a vis* de todos y cada uno de los NNA en su relación con el Estado. Más allá de la insustituible mediación de la familia como espacio para el ejercicio y desarrollo de sus derechos sin el estatuto jurídico de empoderamiento de los NNA frente al Estado, los resultados serán magros, superfluos y reservados a favor de los pudientes. Frente a las suspicacias que despierta en algunos la incorporación de la perspectiva de los Derechos Humanos en la relación entre la familia y los NNA merece insistir que desde la perspectiva de los Derechos Humanos de ninguna forma se deroga la familia como institución y espacio de la realización de los derechos. El objetivo de los Derechos Humanos es visibilizar y recuperar para el Estado la abandonada función de la garantía para que las normas que promulgan los derechos se realicen a pesar del déficit social, cultural o económico de la familia o de cualesquiera otra clase de obstáculos que dificulten el desarrollo de los NNA, sus vidas e intereses. El modelo de los derechos del Niño con un enfoque de Derechos Humanos, lejos de afectar la perennidad de la institución familiar la enriquece porque garantiza la subsidiariedad del Estado en la integralidad del desarrollo de los NNA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, al referirse a la naturaleza de los Derechos de la Niñez consustancial a los Derechos Humanos, expresa¹⁴:

“Los derechos del niño en fin se desprendieron de la patria potestad (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia, - enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional, - el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el <interés superior del niño>, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia.”

Reposicionar los Derechos de los NNA en el ámbito de los Derechos Humanos tiene otras dos implicaciones benéficas para profundizar en nuestra experiencia

13. Según datos del VI censo de población en El Salvador de 2007.

14. Párrafo 38 de la Sentencia de la Opinión Consultiva OC- 17/02 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

democrática como nación: La primera es la inclusión de la familia y la comunidad como otros actores fundamentales de las políticas públicas para los NNA y la segunda consiste en llamar la atención sobre la perentoriedad de la adopción de las garantías jurídicas y administrativas para la eficacia del estatuto de los NNA.

2.- DEMOCRACIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS¹⁵

Los Derechos Humanos solo gozan del reconocimiento y la eficacia en una sociedad basada en fundamentos democráticos. A contrario sensu, sin sociedad democrática (vale decir incluyente y participativa) los Derechos Humanos son una torpe caricatura al servicio del gobierno de turno para la legitimación mediática de los poderes fácticos ocultos detrás de los poderes formalmente establecidos. Esta verdad de Perogrullo se soslaya a lo largo del mundo cuando el Estado organiza la gestión de sus Políticas Públicas a espaldas de la ciudadanía y sin el mínimo respeto a los Principios de los Derechos Humanos. Los NNA de nuestro país han pagado muy cara la fractura entre los Derechos Humanos formalmente proclamados en la CSDN y la dura realidad de las políticas públicas que no han logrado ser permeadas desde aquella visión. El resultado ha sido un modelo antidemocrático de gestión pública que ha suplantado la voz de los NNA y la comunidad con el enfoque adulto centrista - recubierto del manto de la ternura, la filantropía o la caridad, entre otros discursos tramposos – que en forma inconsulta ha asignado sus propias prioridades y definido los recursos en la agenda de los derechos de los NNA. El punto de partida del nuevo sistema que desarrolla la LEPINA es esta fatal dicotomía entre el derecho y la realidad: La LEPINA y la CSDN se erigen sobre la base del reconocimiento de la familia y la comunidad como los protagonistas principales de los programas públicos para los NNA (El Derecho) pero a su vez los agentes operadores de la institucionalidad pública tienen entre ceja y ceja como verdad irrefutable la exclusión de los NNA y de la comunidad (La realidad). Democratizar las políticas públicas para los NNA será un proceso complejo y de largo aliento ya que por décadas este ámbito se constituyó en la parcela de un grupo de sujetos privilegiados que estuvieron bajo la sombra de ciertos personajes

15. En este comentario el modelo referente de políticas públicas es el que propone la Convención Sobre los Derechos del Niño y que está organizado así *Políticas básicas*. Son los programas y las medidas para asegurar a todos los NNA los Derechos Humanos imprescindibles para su desarrollo y supervivencia: la salud y la educación. *Políticas asistenciales*. Se destinan a promover y asegurar los Derechos Humanos de los NNA en desventaja o exclusión social por motivos de pobreza, discapacidad, erradicar la exclusión escolar de las niñas campesinas, etc. *Políticas de protección especial*. Son medidas para atender situaciones de extrema urgencia que sufren los NNA en situación de grave vulneración de sus Derechos Humanos: explotación sexual, trabajo infantil, abandono, adicciones, etc. Ver, "Prototipo Base del Sistema Nacional de Infancia". Instituto Interamericano del Niño, IIN. Montevideo. 2002.

de la política, la tecnocracia y de algunas entidades especializadas de la sociedad civil y de la cooperación internacional¹⁶.

El enfoque de los Derechos Humanos de la LEPINA apuesta por superar la brecha entre el derecho y la realidad y ofrecer a la comunidad y a los NNA el acceso a una amplia y consistente batería de medidas político comunitarias que recuperen el espacio de lo público y vigoricen el ejercicio de los derechos de los NNA, mediante la ligazón del entramado de la comunidad en el sistema de las políticas públicas para los NNA – una relación natural en el modelo del Estado Social de Derecho -. El esfuerzo conjunto de los actores del sistema de protección prescrito en la LEPINA debe encaminarse a una voz y en esta única dirección para alcanzar *in crescendo* la nueva institucionalidad acogida y construida desde y para la comunidad¹⁷. Las actuaciones y posibilidades de los órganos del sistema de protección deben enfocarse con el prisma de la integralidad y la universalidad del sistema para evitar que en el proceso incidan las posturas inmovilizadas como el efectismo, el protagonismo y el gradualismo, que tienen en común la postergación del cambio sistémico y estructural hasta la maduración en las vidas de los NNA de los efectos de las políticas y los programas del sistema de protección. El salto a la plena ciudadanía de los NNA como fenómeno estructural no será el producto de la acumulación casuística de los NNA participantes en los programas de los sistemas de protección. La mayor inversión y atención en las individualidades lejos de beneficiar a los NNA es un riesgo para el desarrollo del sistema de las políticas públicas con enfoque democrático ya que desvía los esfuerzos de los actores – y sus limitados recursos - de la finalidad estratégica de fortalecer el nuevo sistema de los servicios y programas que garanticen la cobertura de *todos* los derechos para *todos* los NNA.

El sistema de las políticas públicas prescrito en la LEPINA constituye un hito importante en la democratización de la sociedad salvadoreña mediante la recuperación de la función de garantía a cargo del Estado. Su implementación finalmente logrará la disolución de la oprobiosa separación de los NNA en los dos grupos característicos de la situación regular: a) Los NNA “normales” con familias de soporte que presuntamente les brindaran los servicios para satisfacer sus derechos.

16. Un documento de capital importancia sobre la relación entre Niñez y Democracia es el texto “Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del Panorama Legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)”. Emilio García Méndez – Mary Beloff/ compiladores, Editorial Depalma, Bogotá, 1999.

17. Incluir a la comunidad puede hacerse por medio de las ONG’s y así lo señaló el Comité de los Derechos del Niño de NU, al Estado salvadoreño: “*Alienta al Estado Parte a cooperar más con las ONG y a incorporarlas más sistemáticamente a ellas y a otros sectores de la sociedad civil que trabajan con niños u obran por ellos en todas las etapas del cumplimiento de la Convención.*” Ver el párrafo de 22 de las Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico presentado por El Salvador el 4 de junio de 2004. (CRC/C/15/Add. 232). En la LEPINA la participación de la comunidad está prevista en las Asociaciones de Promoción y Asistencia reguladas en los arts. 193 y sigs.

Son los NNA que cuentan con sus padres *“para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes”*. (art. 206 CF). Los NNA “normales” gozan del privilegio de acceder a los servicios básicos para su desarrollo; y b) Al otro lado existen los *“menores”* – todavía veinte años después de la vigencia de la CSDN -. Son los NNA de las familias carentes de los recursos materiales y de referentes culturales, que subsisten al borde del conflicto con la ley. Los *menores* son víctimas de la doble exclusión del sistema de las políticas públicas: La primera exclusión se concretó en su marginación de la atención de sus necesidades básica para el desarrollo de su personalidad que le mantiene en un estado de constante convulsión socio familiar. Esta convulsión al romperse ocasionará que muchos NNA más temprano que tarde irruman en el ámbito de las políticas criminales juveniles. Entonces se consumará la segunda y más cruel exclusión del sistema de las políticas públicas, en la omisión de las alternativas para la plena restitución de su ciudadanía.

La LEPINA promueve el sistema de gestión de las políticas públicas que apuesta por romper el ciclo pernicioso de la exclusión social que reproduce la abominable línea discriminatoria entre los NNA *“normales”* y los *“menores”*. Hace más de dos décadas la CSDN promovió que los Estados asumieran esta misma tarea, pero su impacto no trascendió más allá de la reflexión legislativa y jurisdiccional. Ahora el país tiene una nueva oportunidad y cuenta con mejores herramientas jurídico políticas para intentarlo¹⁸.

3.- LOS DERECHOS DE LOS NNA Y EL SISTEMA DE LAS GARANTÍAS

El sistema de las garantías es el segundo ámbito sobre el cual recaen las consecuencias de la impronta de los Derechos Humanos en la LEPINA.

La consecuencia más notoria será que el proceso jurisdiccional deja de ser *“la”* garantía por antonomasia para la realización de los derechos de los NNA. Para la LEPINA el proceso jurisdiccional sigue teniendo prioridad como instrumento para la vigencia de los derechos de los NNA, pero no es más *“la”* sino que es *“otra”* garantía de sus Derechos Humanos¹⁹.

18. Para el caso salvadoreño, el contexto político neoliberal también jugó en contra de la onda expansiva de la CSDN y se impuso la corriente de desmontaje de las funciones estatales prevaleciente después de los Acuerdos de Paz frente al empuje de la CSDN por conseguir que los Estados asumieran la función de garantes de los derechos de los NNA.

19. Según la doctrina constitucional más aceptada la garantía es el medio que establece explícitamente la ley para que un derecho alcance su realización. La necesidad de contar con garantías se resume en la máxima: un derecho sin garantía, no es derecho.

Los Derechos Humanos de los NNA se realizan en sede de LEPINA mediante la adopción de un extenso elenco de garantías de la más variada naturaleza. Esta necesaria amplitud es consecuente con la vocación de integralidad en la realización de los derechos de las personas para promover su dignidad. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada al Derecho de la Niñez y la Adolescencia, precisa el desarrollo del sistema de las garantías como consecuencia implícita de aplicar la CSDN. En la sentencia de la Opinión consultiva OC-17, párrafo 88, se citó:

“En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural”.

El impacto del enfoque de los Derechos Humanos sobre el sistema de las garantías pueden resumirse así:

- a. Se releva el mito de la familia como la institución de garantía preponderante;
- b. Se desplaza el proceso jurisdiccional como el eje para el goce de los derechos;
- c. En el sistema de garantías con enfoque de Derechos Humanos se construye un andamiaje social como sostén para los programas dirigidos a *todos* los NNA; y
- d. El sistema de gestión de las políticas y sus respectivos programas se organiza (por fin) según el modelo proyectado en la Convención Sobre los Derechos del Niño: Los niños y niñas conocerán al Estado como servidor de las políticas universales y las políticas asistenciales y de protección cederán su relevancia para sus vidas presentes y futuras.

EPÍLOGO

El enfoque adulto centrista que determina las relaciones con los NNA prefiere *infantilizar* su presencia en la familia y la comunidad antes que reconocerles como sujetos de derechos. La infantilización es un recurso cultural para manejar a los NNA a discreción mediante diversos amañíos como los regalos y hacer de sus comportamientos graciosos el centro de la atención²⁰. Pero la infantilización cuando se convierte en la pauta de la relación NNA – adulto – Estado, no es edificante de sociedades democráticas y erosiona la calidad de las instituciones. Por eso debemos promover que nuestros niños y niñas y chicas gocen de las oportunidades para ejercer como protagonistas de sus vidas y en las relaciones con la familia y su comunidad. Esta es la potencialidad de la LEPINA que sienta los pilares del modelo participativo, democrático e incluyente de los NNA, la Familia y la Comunidad para realizar los derechos de *todos* los NNA.

Ahora sí, los NNA pueden llegar a convertirse en sujetos de derechos.

Nuestra participación puede hacer posible que la LEPINA funcione y que al fin convirtamos en realidad la esperanza que cada NNA goce del derecho a alimentarse, aprender, reír, correr, soñar...

20. Para muchos NNA carenciados ser objeto de la infantilización ya sería una suave tregua para sus vidas desgastadas y maltrechas.

CAPITULO IV

La adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes desde la doctrina de la protección integral de sus derechos

Licda. Geraldine Alcira Figueroa de Álvarez²¹.

SUMARIO

Introducción.- I.- Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia. II.- El Código de Familia. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El tema de la adopción, como un gran tema de derecho de familia que involucra derechos humanos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, necesita un abordaje teórico con una nueva visión desde la doctrina de la protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, que permita y garantice un verdadero respeto a dichos derechos por parte de las familias, la sociedad y el Estado. No obstante, en la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, -en adelante la LEPINA- se hace referencia al tema únicamente en tres de sus 260 artículos:

Artículo 135.- Competencia

El CONNA es la máxima autoridad del Sistema de Protección Integral y tendrá las siguientes funciones:

13. Vigilar el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes sujetos a adopción;

Artículo 126.- Familia sustituta

La familia sustituta constituye una modalidad de acogimiento familiar y es aquella familia que no siendo la de origen, acoge en su seno a una niña, niño o adolescente asumiendo la responsabilidad de suministrarle protección, afecto, educación y por tanto, obligándose a su cuidado, protección

21. La Licda. Geraldine Alcira Figueroa de Alvarez es Defensora Pública de Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la República, docente universitaria y capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial. Anteriormente ha ostentado diferentes cargos en la Procuraduría General de la República, entre ellos: Jefa de la Oficina para Adopciones (OPA) y Jefa de la Unidad de Defensa de la Familia, Niñez y Adolescencia de San Salvador.

y a prestarle asistencia material y moral. Esta medida deberá ser objeto de revisión cada seis meses, con el objeto de valorar la restitución de la niña, niño o adolescente a su familia de origen o para adoptar la medida más adecuada a su situación.

El juez competente calificará la idoneidad de la familia que desee servir como sustituta.

Las familias sustitutas deberán cumplir, como mínimo, con las condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien la aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

En el caso que la familia sustituta solicite la adopción de la niña, niño o adolescente acogido en el seno de la misma, siempre y cuando se reúnan los requisitos para su adopción, el tiempo que estos hayan convivido con la familia sustituta se tomará en cuenta para la contabilización del plazo establecido en el artículo 176 del Código de Familia.

Las familias sustitutas serán supervisadas por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia. (Resaltado fuera de texto).

Artículo 128.- Opción para adoptar niños acogidos

Las personas que hayan sido responsables de una niña, niño o adolescente en acogimiento familiar, tendrán opción prioritaria para su adopción, siempre que cumplan con los requisitos legales y en respeto del interés superior.

Sin ánimo de referirme al contenido de estas tres disposiciones, las que evidentemente requieren un análisis teleológico, desde un enfoque de derechos, y cuyo resultado sin dudas, sería de un irrespeto a los derechos de la niñez y adolescencia, privilegiando una visión adulto-centrista, quiero abordar un aspecto que está íntimamente vinculado al tema de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes “considerados sujetos de adopción”, es decir, la “adoptabilidad”.

I. LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

En el borrador del anteproyecto de la LEPINA de noviembre de 2007, se establecía en el artículo 128, la adopción como una medida de protección definitiva a la niñez y la adolescencia. Al respecto se señalaba:

*“La adopción es una institución de protección especialmente establecida en consideración al interés superior de los niños, niñas y los adolescentes **aptos para ser adoptados** y que tiene por objeto proveerlos de una familia permanente y adecuada que asegure su bienestar y desarrollo integral”. (Resaltado fuera de texto).*

En los artículos del 129 al 133 de dicho borrador, se regulaban los siguientes aspectos respectivamente: “*Fundamento de la protección*”, “*Prohibición de lucro*”, “*Tipos de adopción*”, “*Adopción conjunta, individual y plena*”, “*Régimen jurídico aplicable a las adopciones*”. De lo que se denota, después de su lectura y análisis, que esta institución no era lo suficientemente regulada para adecuarla armónicamente a la “*Convención de La Haya sobre la Protección de la niñez y la cooperación en materia de adopción internacional*”. No obstante lo anterior, al menos se había considerado como una figura de protección a la niñez y adolescencia.

En el decreto transitorio legislativo de fecha 6 de enero de 2011, mediante el que se le atribuyó al Instituto Salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, -en adelante ISNA-, la facultad de dictar las medidas de protección contenidas en la LEPINA que son competencias de las inexistentes Juntas de Protección, a esa fecha, y mientras éstas no se creen y entren a funcionar, nada se menciona sobre la “**adoptabilidad**” de los niños, niñas y adolescentes. Tampoco se aborda el tema en las propuestas de reformas a la LEPINA presentadas por el Órgano Ejecutivo y que se encuentran actualmente “en estudio” en la Asamblea Legislativa en la respectiva comisión.

En la derogada Ley del ISNA, se contemplaba en su art. 53, que correspondía a ese Instituto la facultad de emitir resolución administrativa declarando, después de las investigaciones realizadas, la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en los supuestos enunciados en la normativa señalada, y que eran puestos a “disposición del señor Procurador General de la República”. Evidentemente esta disposición, desde todo punto de vista, obedecía a un modelo tutelar de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, y en efecto, vulneraba los derechos de la niñez y adolescencia. El tenor literal de dicha disposición era la siguiente:

Art. 53.- Menor Sujeto a Adopción

Si de la investigación realizada se estableciere que el menor es huérfano o hijo de padres desconocidos a quien se hubiere aplicado la medida de institucionalización por más de seis meses, se considerará sujeto de adopción y se informará a la Procuraduría General de la República para que se sigan los trámites correspondientes.

La Convención sobre los derechos del niño concibe la adopción como una medida de protección para la niñez carente de una familia, y establece en su artículo 21 lit a) que los Estados Parte “*velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales...*” (Resaltado fuera de texto).

El Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre la protección de la niñez y la cooperación en materia de adopción internacional, -en adelante el Convenio de La Haya- en su artículo 4. a), requiere como un requisito *sine quo non* para el procedimiento de adopción, “*que las autoridades competentes del Estado de origen se han asegurado después de agotar todas las posibilidades, de que el niño es “adoptable”*” en el pleno respeto a sus derechos fundamentales, lo que evidentemente incluye haber escuchado su opinión de conformidad a sus facultades evolucionadas. Esta disposición se enmarca dentro del capítulo II denominado “*Condiciones de las Adopciones Internacionales*”, del referido convenio, y que recoge las obligaciones de fondo que les corresponden a las autoridades competentes del Estado de origen.

En este punto resulta muy importante señalar y advertir que “*la verificación de las garantías establecidas en el artículo 4 no corresponde necesariamente a la autoridad central prevista en el capítulo II del Convenio si no a las autoridades competentes del Estado de origen*”²². Esta aclaración es útil porque se pudiera argumentar que el ISNA como autoridad central designada por El Salvador, junto con la Procuraduría General de la República, está facultado para seguir resolviendo sobre la condición de adoptabilidad de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, ese argumento no se sostiene por las razones que más adelante señalamos. Además, las obligaciones que el Convenio de La Haya impone a la Autoridad Central – *para nuestro caso, del Estado de origen, y relacionadas con el tema que nos ocupa*-, están

22. Parra-Aranguren, G.: “Informe explicativo del Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre la protección de la niñez y la cooperación en materia de adopción internacional”, p. 32. Disponible en www.hcch.net

definidas en los artículos 7, 8, 9, y 16 a). De una simple lectura de este último artículo, se desprende que la obligación es la preparación de un informe sobre la situación del niño, niña o adolescente, que es muy diferente a la resolución de adoptabilidad, pues incluso en el mismo apartado a) de este artículo se menciona que dicho informe debe referirse a la adoptabilidad.

II. EL CÓDIGO DE FAMILIA

Por su parte, en el Código de Familia, se establece en su art. 182, los niños, niñas y adolescentes que pueden ser sujetos de adopción. Disposición que al ser analizada, se enmarca en una visión de situación irregular al establecer por ejemplo, la categoría de “*menores abandonados*”.

En la Ley Procesal de Familia, en su art. 192.1 se estipula que deberá anexarse a la solicitud de adopción, la certificación de la resolución emitida por el ISNA en la que conste que el niño, la niña o adolescente ha sido considerado sujeto de adopción.

En el momento actual, al haber sido derogada completamente la ley del ISNA, consideramos que este Instituto perdió su competencia para resolver sobre tan delicado aspecto de la “adoptabilidad” que involucra de forma directa los derechos de niñas, niños y adolescentes. Pues si bien es cierto la Ley procesal en el artículo mencionado requiere que se anexe la resolución de adoptabilidad, en virtud del art. 258 lit. d) y e) de la LEPINA debemos entender como una derogación tal atribución al ISNA; siendo que ya no le corresponde a este Instituto la responsabilidad de decretar las medidas de protección de acogimiento institucional ni familiar, mucho menos le corresponde tomar una decisión que afecta directa y vinculantemente los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, como sabemos todo Estado tiene, o debería tener, un sistema de protección y cuidados para la niñez en función del respeto de sus derechos. A ese sistema, hace referencia el preámbulo del Convenio de La Haya en su preámbulo cuando establece una serie de fases en dicha protección hacia la niñez, para asegurarles el respeto a sus derechos fundamentales, y primordialmente al derecho de vivir en el seno de una familia en un clima de felicidad, amor y comprensión²³.

En tal sentido, una primera fase sería el ingreso del niño, niña o adolescente al sistema de protección, (primer párrafo del Preámbulo del Convenio contiene el principio de que: “*para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer*

23. Al respecto, cfr. “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción internacional. Guía de buenas prácticas. Guía No. 1. Disponible en www.hcch.net

en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”) que pasa por la identificación de familias vulnerables que pudieran amenazar o violar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por la niñez abandonada e incluso por las entregas directas que hacen los progenitores de sus hijos e hijas menores de edad; y en consecuencia, el Estado por medio de políticas públicas, planes y programas debería atender a estas familias para su preservación y que sigan en el cumplimiento de su rol primario y fundamental.

En una segunda fase estaríamos frente a la preservación de las familias (segundo párrafo del preámbulo: *“Cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen*) que definitivamente se puede lograr mediante la inclusión de las familias en los programas pertinentes y adecuados a sus necesidades para la consecución de la reunificación familiar; de igual forma el Estado debe crear estrategias de acción mediante políticas públicas que permitan y garanticen que los niños, niñas y adolescentes permanezcan en sus familias. Para este propósito, los Estados deberían disponer del máximo de sus recursos y acudir de ser necesario, a la cooperación internacional.

Las medidas de protección temporales incluida la institucionalización como medida de protección excepcional, constituyen la tercera fase dentro del sistema de protección y cuidados.

Como última fase encontramos la adopción, cuidando de que se respete el principio de la subsidiariedad de la adopción internacional.

Como podemos advertir, dentro del recorrido de estas fases, y de acuerdo a lo establecido en la LEPINA, la autoridad competente para el dictado de estas medidas de protección temporales, es el juez especializado en niñez y adolescencia, y en consecuencia, es a dicha autoridad judicial a la que corresponde dar el debido seguimiento a las medidas de protección que deben propender, en todo caso, al reintegro del niño, niña o adolescente a su familia de origen o ampliada según convenga al interés superior de éstos. Solo cuando esto no sea posible, *-por ejemplo ante un caso de filiación desconocida-* se estará frente a la decisión de considerar al niño, niña o adolescente, sujeto de adopción, es decir, se deberá pronunciar la resolución de su adoptabilidad. Dicha resolución debe dar cuenta de todas las acciones que se ejecutaron en procura de preservar al niño, niña o adolescente en su propia familia de origen o consanguínea, con el debido respeto de sus derechos, y debe aún más enfatizar de qué forma se garantiza el interés superior del niño, niña o adolescente al considerarlo adoptable.

En este sentido consideramos que hay una enorme deficiencia legislativa al haber dejado fuera de la competencia de los jueces especializados de niñez, la insti-

tución de la adopción, o al menos la decisión que establece la adoptabilidad de niñas, niños y adolescentes. Tal función debería ser encomendada al juez especializado de la niñez y adolescencia en virtud de que a este funcionario judicial se le ha dado competencia para el dictado de las medidas judiciales de protección contempladas en el art. 120 de la LEPINA y desarrolladas en los subsiguientes artículos.

En la práctica administrativa anterior a la LEPINA, el ISNA como ente responsable de la resolución de adoptabilidad, teniendo “*el debido seguimiento y supervisión*” de las medidas de protección de colocación en hogar sustituto y colocación institucional, como se les denominada en su Ley, estaba en la mejor posición para definir de manera concluyente y en total respeto a los derechos de niñas, niños y adolescentes, que la adopción se constituía como la mejor opción definitiva para brindar una protección integral a aquella niñez y adolescencia carente de una familia.

Por lo tanto, de igual manera, el juez especializado vigilando rigurosamente el respeto de los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia, estará en la mejor posición para resolver sobre tan importante cuestión.

Por otra parte, los señores jueces de la jurisdicción de familia continúan conociendo de los procesos entre progenitores sobre cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, como elemento de la autoridad parental, denominada desde la perspectiva de la doctrina de protección integral como “*responsabilidad parental*” o bien, como medida de protección provisional; las condiciones del entorno familiar, y el perfil mismo de estos niños, niñas y adolescentes se diferencia marcadamente del de los niños, niñas y adolescentes que entran de manera general, al proceso de adopción. Consecuentemente, no habría duplicidad de competencias, pues los jueces de familia no han estado facultados para resolver sobre la adoptabilidad, aunque siempre han tenido la posibilidad y exigencia de revisar los documentos que se han anexado a las diligencias de adopción, entre éstos, la certificación de la resolución de adoptabilidad emitida por el ISNA.

Por lo antes expuesto, y debido a la formación especializada de los nuevos jueces, es pertinente que a estos funcionarios judiciales se les faculte para resolver sobre la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes. Y uno de sus efectos inmediatos debería estipularse que fuera la extinción de la autoridad parental, consecuencia lógica si se toma en cuenta que frente a los derechos de los progenitores adultos se anteponen los derechos de las personas menores de edad, es decir, los derechos de los hijos e hijas. Y considerando además, que la responsabilidad parental debe ser ejercida en función del respeto de los derechos de los hijos e hijas, es decir, que no basta ser titular de la “*autoridad parental*”, sino más bien ejercer

la responsabilidad parental garantizando de manera integral los derechos de los niños, niñas y adolescentes “hijos e hijas de familia”.

Sobre esta decisión que resuelve la adoptabilidad, en otras legislaciones latinoamericanas, se ha confiado la misma a la autoridad administrativa, tal es el caso, por ejemplo, de Colombia, en su Ley 1098 de diciembre de 2006, el Código de la infancia y adolescencia, que en su art. 82.14 establece que “*corresponde al Defensor de Familia declarar la situación de adoptabilidad en la que se encuentre el niño, la niña o adolescente*”; y lo recalca en su art. 98 inciso segundo cuando expresamente señala que “*la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, corresponde exclusivamente al Defensor de Familia*”.

No obstante, esta disposición, existe la posibilidad del control judicial de la decisión administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 108 del mismo Código que señala:

“Homologación de la declaratoria de adoptabilidad

Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el defensor de familia deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación”.

El efecto de esta resolución es dar por terminada la patria potestad de los progenitores, lo cual tiene lógica jurídica –*como ya se anotó*– si se valora desde la perspectiva de que la responsabilidad parental se ejerce en función de los derechos de los hijos e hijas. Dejando atrás la concepción de que los derechos de los progenitores privan sobre los derechos de sus hijas e hijos.

Creo que este modelo colombiano no encaja en el nuestro, porque las medidas de protección son todas dictadas por la autoridad administrativa (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–) y por lo tanto, tiene el seguimiento y supervisión de las mismas. En tanto que en nuestro país, las Juntas de Protección no tienen la potestad para dictar las medidas de protección de acogimiento familiar o institucional.

CONCLUSIONES

Considero en consecuencia, que el ISNA debe abstenerse de seguir resolviendo sobre la adoptabilidad de los niños, las niñas y adolescentes que han sido puestos a la orden de la jurisdicción especializada en tanto que por esta vía judicial se está

valorando la mejor resolución para reintegrar a los niños, niñas y adolescentes a su familia de origen o a su familia ampliada, cuando fuere el caso; y sólo ante la falta de éstos, se puede decidir por una solución definitiva como la adopción. De lo contrario, estaremos frente a situaciones tales como la praxis judicial ya está demostrando: Jueces de Familia conociendo de diligencias de adopción, con la debida resolución administrativa de autorización de adopción dictada por la Procuraduría General de la República, y la declaratoria de adoptabilidad emanada de un Instituto carente de tal facultad; mientras que Jueces especializados en niñez y adolescencia, conociendo de procesos generales de protección a favor del mismo niño, niña o adolescente en diligencias de adopción, para el dictado de las medidas judiciales de protección, de acogimiento familiar en sus dos modalidades: colocación familiar y familia sustituta y acogimiento institucional con su característica de excepcionalidad, cuya naturaleza de temporalidad ha sido establecida para lograr la restitución de la niña, niño o adolescente a su familia de origen o para adoptar la medida más adecuada a su situación; lo cual obviamente representa un contrasentido que va en detrimento de la garantía de los derechos de la niñez y adolescencia.

En definitiva, cualquier decisión que se tome, y que es necesaria hacerla vía creación legislativa, deberá propender a la garantía del fiel cumplimiento y respeto de los derechos de la niñez y adolescencia; y mientras no haya reforma de ley a este respecto, deberá hacerse una hermenéutica jurídica integradora de toda la normativa que obra en correspondencia al respeto del interés superior de la niñez y adolescencia, que ha dejado de ser un mero ideal en abstracto, para convertirse en un principio orientador y obligatorio en la toma de decisiones de cualquier naturaleza.

Parte II

Contexto Internacional

CAPÍTULO V

“Diversas formas de organización familiar y derechos humanos. Algunos apuntes sobre el derecho de familia contemporáneo”

Marisa Herrera²⁴.

“La realidad es demasiado rica
y sus contornos demasiado complejos
para que una sola lámpara
los pueda iluminar por completo” .
Ilya Prigogine.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La familia de ayer, de hoy y de mañana. 3. La familia en clave internacional-constitucional. 4. Matrimonio y uniones convivenciales ¿Iguales o diferentes?. 5. Otra revisión necesaria en el derecho de familia contemporáneo: La igualdad jurídica y real entre hombre y mujer. Cierre.

1.- INTRODUCCIÓN

La realidad es elocuente y el derecho ya no puede esconder ni silenciar la existencia y coexistencia de diversas formas de vivir en familia. Que además de la familia matrimonial nuclear intacta —*aquella que regula de modo principal las legislaciones civiles o de familia en aquellos países que tienen un código especial dedicado al tema*—, nos encontramos con otros modelos de organización familiar. Todos ellos se fundan en lo más básico, nuclearse en torno a relaciones o lazos de afecto, algunos de ellos, sin pasar por un sistema formal como acontece con el matrimonio. ¿Sólo aquellas parejas de diverso sexo que pasan por el registro civil o por otro ritual con reconocimiento civil deben interesarles al Derecho o ser materia de una regulación particular? ¿Al Derecho no le debería importar lo que acontece en el plano de lo fáctico, de las relaciones humanas, de la realidad? ¿Acaso el Derecho no es el regulador de las relaciones sociales?

24. Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo.

Realidad que ya no puede esconder, por ejemplo, las llamadas “familias ensambladas” es decir, aquellas que nacen se originan en un matrimonio o convivencia, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de un vínculo anterior, con o sin hijos comunes. Sucede que las personas gracias a los avances de la ciencia médica viven una mayor cantidad de años, por ende, es probable que aquella persona que uno elige para formar una pareja en un determinado momento, varios años después no sea la persona con quien quiera o ambos decidan continuar compartiendo una comunidad de vida y que tras la ruptura, vuelvan a formar una pareja matrimonial o no. ¿Qué espacio le brinda la ley a estas figuras que de manera peyorativa se las conoce como “madrastra”/ “padrastro” o “hijastro”? ¿Acaso la pareja de la madre que convive con el hijo de ella y tienen un excelente vínculo afectivo no podría realizar actos cotidianos del día a día (firmar boletines, autorizarlo a ir a un campamento con los compañeros de la escuela, etc), sin que ello afecte la relación parental del niño con sus padres? En esta búsqueda necesaria por acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad, sería interesante analizar si la ley puede darle un espacio a estas personas que tienen un vínculo con los hijos aunque no haya un vínculo parental²⁵. Esta es una de las tantas cuestiones que impactan de manera directa en el campo jurídico a la luz de la existencia de otras formas de organización familiar, tal como se observan en una sociedad compleja, versátil y globalizada como la actual.

¿Los codificadores podrían haber imaginado que una mujer sea madre sin la participación de un hombre, sólo mediante el uso de material genético de donante anónimo en atención al desarrollo de la biotecnología? ¿Y que uno puede conocer y saber al instante lo que está aconteciendo a miles y miles de kilómetros de distancia gracias a la cibernética y el avance de las telecomunicaciones, pudiéndose mantener relaciones afectivas sólidas a la distancia y por ello un juez ordenó a un padre la compra de una computadora con acceso a internet para seguir manteniendo vínculo con sus hijos configurando un supuesto de fijación judicial de un régimen de comunicación “sui generis”²⁶? ¿Y tener la certeza acerca de si una persona es o no su padre con un grado de certeza muy cercano al 100%?, por lo cual, la tradicional

25. Para profundizar sobre este tema recomendamos compulsar, Grosman Cecilia P. y Martínez Alcorta Irene, *Familias ensambladas*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000; Grosman, Cecilia P. y Herrera, Marisa, “Relaciones de hecho en las familias ensambladas” en coautoría con, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Nro. 46, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 73 y ss; Grosman, Cecilia P. y Herrera, Marisa, “Una sentencia sencilla, una cuestión compleja. El reconocimiento de las familias ensambladas en el ámbito jurídico”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2008-II, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 59 y ss; Grosman, Cecilia P. y Herrera, Marisa; “La fuerza de la jurisprudencia constitucional. Hacia el reconocimiento normativo de otras formas de organización familiar: la familia ensamblada”, sección especial de la Revista Peruana “Diálogo con la Jurisprudencia, número sobre “Las familias ensambladas y el Derecho de Familia”, N.º 114, año 13, marzo 2008, p. 26, *Gaceta Jurídica*, entre otros.

26. Nos referimos al fallo dictado por el Tribunal de Familia Nro. 5, Rosario en fecha 30/12/2008 en los autos: “FS C/ CE S/ REGIMEN DE COMUNICACION”, *Revista Jurídica on line El Dial*, 06/02/2009.

máxima del derecho filial como lo es la presunción de paternidad del marido de la madre, ya no sería un elemento de peso –en definitiva– para dar certeza a la relación biológica entre un padre y un hijo.

Todos estos cambios, entre tantos otros, obligan a reactualizar el debate sobre el contenido, extensión y modalidad que debería presentar el derecho de familia para regular las relaciones socioafectivas.

Esta tarea debe tomar como punto de partida obligado, el desarrollo de la doctrina internacional de los Derechos Humanos que, tan elocuente ha sido su impacto en el derecho estatal que en la materia que nos convoca, se habla de la internacionalización, humanización o constitucionalización del derecho de familia²⁷. Algo al respecto debemos decir para poder comprender el por qué de esta ponencia y principalmente, las propuestas que se aquí se esgrimirán.

En otras palabras, aquí se intentará colocar sobre el escenario varios de los nuevos y/o remozados interrogantes y desafíos que involucra el derecho de familia hoy, centrándonos en los avances y sendos silencios que aún continúan en el reconocimiento jurídico de las diversas formas de organización familiar que existen en la sociedad actual.

2.- LA FAMILIA DE AYER, DE HOY Y DE MAÑANA...

La familia fundada en el matrimonio signada por la diversidad de sexo y la idea –*errónea por cierto*– de la procreación o “propagación de la especie”²⁸ como unos elementos fundantes o tipificantes, comparte el escenario con otras configuraciones familiares. De este modo, el concepto de familia desde el punto de vista jurídico habría dejado de estar circunscripto a la unión conyugal y como veremos más adelante, reservado a la heterosexualidad de sus integrantes.

27. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia II*, Nro. 10, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 7 y ss.

28. La fertilidad no es un requisito intrínseco para la existencia y validez del matrimonio. Por lo tanto, las personas infértiles están habilitadas perfectamente a contraer matrimonio y si con el tiempo, uno o ambos miembros de la pareja padece de algún problema de salud que le impide tener hijos de manera natural o biológica, el matrimonio no sufrirá ningún embate. ¿Acaso en algún ordenamiento jurídico se solicita como medida previa, probar la capacidad reproductiva para contraer matrimonio? Si la respuesta negativa se impone, es claro que la procreación y la consecuente “propagación de la especie”, no es un requisito para el matrimonio. ¿Y si ambos contrayentes, de común acuerdo, no desean tener hijos? El matrimonio también sería válido. Por ende, la procreación tampoco sería –en abstracto y de manera general– una finalidad del matrimonio.

¿Un plexo normativo que priorice, prefiera o se interese sólo por el matrimonio heterosexual está en consonancia con el dinamismo, evolución y movimiento constante que lleva ínsito el concepto de familia y la función del Estado como garante último de los derechos humanos de todos, absolutamente todos, los habitantes de un país? ¿Qué formas de familia deberían encontrar un espacio en la ley a los fines de ser un fiel reflejo de las diversas formas de organización familiar que observa la realidad social? ¿Los lazos afectivos entre personas del mismo sexo integran el concepto sociológico y también jurídico de familia? En caso afirmativo, qué tipo de respuesta o regulación debería mostrar un texto normativo infraconstitucional para estar a tono con la doctrina internacional de los derechos humanos, recordando que este es el marco de referencia jurídico ineludible en atención a la fuerza que irradia el ámbito internacional en el estatal.

Más allá del peso normativo que ostenten los instrumentos de derechos humanos en cada uno de los Estados –por arriba de la Constitución Nacional, en el mismo orden de prelación o un escalón más abajo–, lo cierto es que los instrumentos internacionales de derechos humanos moldean las regulaciones estatales, sirviendo de pisos mínimos o principios básicos a ser tenidos en cuenta por las normas infraconstitucionales cuando de satisfacción y protección de derechos humanos se trata. Por citar la experiencia Argentina, la última reforma constitucional acaecida en el año 1994, elevó a rango constitucional sendos instrumentos de derechos humanos, señalándose en la doctrina que éstos cuentan con “jerarquía constitucional originaria” (por voluntad expresa de los constituyentes)²⁹. También la reforma permite que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos gocen de dicha jerarquía si son aprobados por el Congreso con una mayoría especial (voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara), destacándose que estos instrumentos tendrían “jerarquía constitucional derivada”.

¿Por qué tiene tanta relevancia el contenido sociológico de la familia? Porque el derecho regula conductas sociales. De este modo, la familia no sólo es incumbencia del derecho de familia –valga la redundancia– sino también del derecho general al interactuar con varios campos temáticos, algunos desde ya con mayor relevancia como los derechos de infancia y adolescencia, el derecho sucesorio, el derecho penal,

29. Estos son: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño”, afirmándose en el inc. 22 del art. 75 de la Carta Magna que éstos “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Por lo cual, todos estos instrumentos se encuentran por arriba o en un escalón superior a las leyes.

laboral y tributario por citar algunos con quienes la familia teje un puente directo. En este sentido, si bien el concepto de familia impacta o interesa al derecho en general, lo cierto es que en este trabajo nos centraremos en algunos cambios que deberían darse en el propio campo del derecho de familia como así también en el ámbito de los derechos del niño. Ello no es óbice para dejar señalado el efecto “dominó” e incidencia en tantísimos otros ámbitos qué implica pasar de un concepto en singular de familia (matrimonial heterosexual) a una noción en plural de “las familias”.

Es sabido que en países con tradición codificadora como la amplia mayoría en América Latina con una fuerte impronta del Código Civil francés de Napoleón, las leyes que tienen un peso relevante, las cuales suelen ir por detrás de las transformaciones sociales, mostrando cierto “desfasaje” entre las necesidades de los individuos y las respuestas que se les brinda desde el Derecho. Es por ello que la jurisprudencia, muchas de las veces, es la herramienta fundamental para que la distancia entre la ley y la realidad no sea tan significativa o que dificulte respuestas jurídicas concretas a los conflictos vigentes; máxime como bien se ha expresado desde la sociología que *“La familia nunca es una institución aislada, sino que es parte orgánica de procesos sociales más amplios, que incluyen las dimensiones productivas y reproductivas de las sociedades, los patrones culturales y los sistemas políticos”*³⁰.

Desde la perspectiva latinoamericana, cabe destacar que ya desde hace varios años preocupa la cuestión de las parejas que conviven durante un tiempo sin contraer matrimonio. Como veremos más adelante, es muy dispar el tratamiento legislativo y jurisprudencial que se observa en la región, cuestión que en los últimos años ha aumentado en atención la lucha activa de ciertos sectores sociales que enarbolando la bandera de la igualdad pretenden el reconocimiento de derechos de las personas del mismo sexo. ¿Acaso no sería hábil entender que esta realidad se condice con la idea “pluralismo”, ínsita en todo Estado Democrático?

A nuestro entender, el *quid* de la cuestión no gira en quitarle protagonismo a la familia matrimonial, tampoco en enumerar cuáles son las formas de familia que el Derecho debe reconocer sino de manera más desafiante, indagar acerca de cómo regular varias de las formas de vivir en familia que muestra la realidad social, quedando algunas afuera de un análisis exhaustivo por razones de espacio³¹. Qué

30. Jelín, Elizabeth, *“La familia en Argentina: Trayectorias históricas y realidades contemporáneas”* en Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), *La familia en el Nuevo Derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 135 y ss.

31. En esta oportunidad le brindaremos un mayor espacio a las convivencias de pareja del mismo y diverso sexo, como así también y dado lo novedoso de su regulación –al menos desde el derecho argentino– el llamado “matrimonio igualitario” y de manera más secundaria, al transexualismo. Dejamos para otra oportunidad profundizar sobre la mencionada “familia ensamblada”, como así también la familia monoparental, que debería distinguirse como lo hemos hecho en una obra especializada en esta forma de familia, en monoparentalidad originaria como acontece con la adopción unipersonal o la maternidad o paternidad sola por el uso de determinadas técnicas de procreación

derechos y deberes emanan de ellas, si hay diferencias entre ciertos tipos de familias desde el plano normativo y la razón o justificación de ese tratamiento diferencial para no incurrir en un tratamiento discriminatorio.

Algunos de estos desafíos serán abordados en esta oportunidad con el objetivo último de dejar sembradas algunas semillas para un replanteo revisionista necesario si se pretende alcanzar una regulación realista y menos hipócrita sobre las relaciones de familia de hoy.

3.- LA FAMILIA EN CLAVE INTERNACIONAL- CONSTITUCIONAL

3.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

En este apartado se intentará indagar acerca de cómo incide el grado de flexibilidad del concepto de familia en los textos constitucionales como punto de partida básico para comprender el mayor o menor campo de acción en el reconocimiento de formas de familia en un nivel normativo inferior como lo son los códigos civiles o de familia.

En este sentido, entendemos crucial un análisis que abarque la doble perspectiva o dupla internacional- constitucional, destacando una vez más el peso que ostentan los instrumentos internacionales de derechos humanos que en algunos Estados como el argentino, poseen igual jerarquía que la Carta Magna (conf. art. 75 inc. 22). Teniéndose en cuenta además, lo que expresa el inciso 23 del art. 75 de dicho texto normativo, donde se priorizan ciertas personas por su situación o condición de mayor vulnerabilidad, brindándoles una atención especial, aseverándose que el Congreso tiene a su cargo el *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”*.

asistida (heteróloga y maternidad subrogada), de la monoparentalidad derivada, aquella que proviene de una familia biparental pero que por diferentes razones (divorcio, ruptura de la pareja, fallecimiento) se convierte en uniparental (conf. Grosman, Cecilia P –directora- y Herrera, Marisa –coordinadora-, *Familia monoparental*, Editorial Buenos Aires, 2008). Como así también realidades convivenciales más novedosas o actuales aún como lo son las llamadas “parejas LAT” (Living Apart Together) que están emocional y afectivamente juntos pero no conviven bajo el mismo techo (conf. Tros, Jan t y Levin, Irene, “Parejas sin domesticidad común”, http://www.ciesas.edu.mx/descatos/02%20Indexado/Saberes_4.pdf).

Por lo tanto, y en atención a esta manda constitucional, cualquier regulación relativa a la familia no puede dejar de lado esta especial consideración en defensa y protección de derechos de ciertos y determinados integrantes de la familia como lo son los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Consideración que complejiza aún más el desafíos de alcanzar una regulación en materia de familia en consonancia total con los postulados de Derechos Humanos, fundamento normativo básico en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Ahora bien, qué significa un modelo estatal de estas características o bajo estos conceptos. Un Estado edificado sobre los siguientes pilares: pluralismo, tolerancia y participación. Al respecto, conjuntamente con Gil Domínguez y Famá, hemos expresado que *“Los legisladores y los jueces, como representantes de los poderes instituidos, deben ajustarse a las normas supremas al sancionar y aplicar las leyes y, por ende, no pueden decidir siguiendo discrecionalmente su criterio, aunque éste represente al pensamiento o deseo absoluto de las mayorías. Ante cualquier creencia o convicción-insistimos, aún predominante- existe un límite insoslayable: los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que propenden al desarrollo de construcciones que reflejen la pluralidad de una sociedad abierta”*³².

Por lo tanto, se trata de un Estado aconfesional, laico, secular o desacralizado, libre de toda influencia eclesiástica, diferenciándose bien los conceptos de Estado, Derecho y Religión. De este modo, no sería posible diseñar un sistema normativo sobre la base de reglas morales-cristianas, sino sólo sobre reglas jurídicas donde la Constitución –y los tratados internacionales que lo complementan –es la herramienta legal clave, jugando un rol fundamental para todo el ordenamiento jurídico de rango inferior³³.

Esta perspectiva constitucional- internacional en la sociedad actual que adjetivamos de “compleja, versátil y globalizada”, nos conmina a los operadores del derecho a revisar y ampliar el abanico acerca de los contenidos que observa hoy el concepto de familia. Sobre este punto, se ha expresado que *“La pluralidad de formas de constitución de familia representa una gran ruptura con el modelo único de familia, instituido por el casamiento. Aceptar otras formas de relaciones merecen igualmente, protección jurídica reconociendo el principio de pluralismo y de libertad que ve perso-*

32. Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 21 y 22.

33. Para profundizar sobre la secularización del derecho de familia, recomiendo compulsar Welter, Belmiro Pedro, “A secularização do Direito de Família”, del mismo autor y Madaleno, Rolf Hanssen –coordinadores-, *Directos Fundamentais do Direito de Família*, Livraria do Adrogado, Porto Alegre, 2004, ps. 87 y ss y Da Cunha Pereira, Rodrigo, *Directo de Família. Uma abordagem psicanalítica*, 3 era edición actualizada y ampliada, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, capítulos I y II.

nificar la sociedad posmoderna³⁴, siendo uno de principales desafíos del derecho de familia contemporáneo el de, justamente, definir qué se entiende por familia teniéndose en cuenta que ella “*ha dejado de ser, esencialmente, un núcleo económico y de reproducción para ser un espacio de afecto y de amor*”³⁵. Es en este marco donde se comprende la razón por la cual se habla del “Derecho de las familias” como lo hace expresamente la doctrinaria brasileira, María Berenice Dias, destacando que la familia no es una sola –aquella tradicional o nuclear fundada en el matrimonio por personas de distinto sexo– sino que existen varios tipos de estructuras familiares. Y que todas ellas merecen ser protegidas por el Derecho, so pena de incurrirse en un tratamiento discriminatorio hacia sus miembros.

Según Dias, el fundamento constitucional de este reconocimiento jurídico ineludible hacia otras formas de organización familiar gira en torno a la idea de pluralismo, entendiendo que “*Excluir del ámbito juridicidad las entidades familiares que se componen a partir de un halo de afectividad que genera compromiso mutuo y desenvolvimiento personal y patrimonial, simplemente, cancela el enriquecimiento injustificado y cómplice de una injusticia*”³⁶.

Este debate que se ha desatado en el derecho brasileiro lo ha sido –con mayor o menor profundidad y/o “fundamentalismo”– en la gran mayoría de los países del globo.

Tal como lo hemos sintetizado en un artículo³⁷ elaborado en forma conjunta con Aída Kemelmajer de Carlucci, comentando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 24/06/2010, donde se debatió por primera vez en dicho ámbito regional, la concordancia o disonancia de la figura del matrimonio reservada sólo a las parejas de distinto sexo con varios derechos humanos regulados por la Convención Europea de Derechos Humanos: los arts. 8 (derecho a la vida íntima y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio y fundar una familia) y 14

34. Crespo Brauner, María Claudia, “O pluralismo no Directo de Família brasileiro: realidade social e reinvencao da família”, Welter, Belmiro Pedro, y Madaleno, Rolf Hanssen –coordinadores–, op. cit. 259.

35. Da Cunha Pereira, Rodrigo, “Da uniao estável”, Dias, Maria Berenice y Da Cunha Pereira, Rodrigo –coordinadores–, *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 4ta edición, Del Rey- IBDFAM, Belo Horizonte, 2006, p. 220.

36. Dias, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, Livraria do Adrogado, Porto Alegre, 2005, ps. 62 y 63. Esta orientación es seguida por la ley brasileira 11.340/2006 sancionada en fecha 07/10/2006 conocida como la “Ley María da Penha” sobre violencia contra la mujer, en la cual expresa su art. 5 que, para los efectos de esta ley, configura violencia doméstica y familiar contra la mujer cualquier acción u omisión basada en el género que causa la muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psicológico y daño moral o patrimonial, entendiéndose por ámbito de familia la comunidad formada por individuos que se consideran emparentados, unidos por lazos familiares, por afinidad o por voluntad expresa; advirtiéndose que esta afirmación integra o se extiende a “*Las relaciones personales enunciadas en el artículo lo es independientemente de la orientación sexual*”.

37. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *Revista La Ley*, 06/07/2010, p. 3 y ss.

(derecho a la igualdad y no discriminación); el panorama legislativo sobre el mayor o menor reconocimiento de las diversas formas de vivir en familia en lo que se refiere a las personas del mismo sexo, se muestra también bastante dispar la región europea.

En este comentario expusimos la siguiente clasificación cuatripartita que muestra el derecho europeo, hábil como una primera aproximación a la disparidad legislativa que observan los diferentes países en torno a las convivencias de pareja, cuestión que retomaremos para analizar con mayor detalle más adelante focalizando sobre el desarrollo en América Latina. Esta división es la siguiente: 1) países que regulan o permiten el matrimonio a personas del mismo sexo (“marriage”); 2) países que regulan una modalidad formal para la registración de la unión o pareja –ya sea hetero y homosexual o sólo a las parejas del mismo sexo- (“registered partnership”); 3) países que reconocen ciertos derechos cuando se demuestren o cumplan determinados requisitos y/o tiempo de convivencia (“registered cohabitation”) y 4) países que no tiene ningún reconocimiento en particular.

Para la primera categoría se encuentran Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal e Islandia (estos dos últimos recientemente en el año 2010); agregando Canadá, Sudáfrica y algunos estados de Estados Unidos si se extiende la mirada fuera del continente europeo.

La segunda categoría –y sí centrados en la realidad legislativa europea- estaría integrada por los siguientes países: Andorra, Austria, Bélgica, Republica Checa, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Holanda, Eslovenia, Suecia, Suiza y Reino Unido.

La tercera la integran Croacia, Francia (“concubinage”), Hungría, Italia y Reino Unido. La cuarta estaría conformada por los siguientes Estados: Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bosnia & Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Estonia, Georgia, Grecia, Latvia, Lituania, Malta, Moldavia, Mónaco, Polonia, Rumania, Rusia, San Marino, Serbia y Montenegro, Eslovaquia, Turquía, Ucrania y Vaticano.

Un panorama menos desarrollado en lo relativo al reconocimiento sistemático e integral de derechos a las parejas del mismo sexo (principalmente de diverso sexo como veremos en breve), es el que se presenta en América Latina. Varias legislaciones regulan de manera particular las convivencias de pareja heterosexuales como ser El Salvador, Brasil, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Cuba por citar algunas. En particular, el Código de Familia salvadoreño que en su art. 2 expresa que “*La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco*”, por ende, reconoce y regula las parejas no casadas

pero integrada por personas de diverso sexo³⁸. En cambio, en otra cantidad de países el reconocimiento de derechos es parcial (el caso de Colombia o Argentina), con un gran empuje desde el ámbito jurisprudencial (varias sentencias de tribunales constitucionales o salas constitucionales de Cortes Supremas de Justicia debieron extender determinados derechos reconocidos a las parejas casadas a las no casadas y de manera menos elocuente, la extensión de derechos de personas convivientes de diferente sexo a aquellas integradas por dos personas del mismo sexo).

Sucede que, contrariamente a lo que acontece en el continente europeo, escasas legislaciones observan una normativa integral sobre las convivencias o uniones de hecho con independencia de la orientación sexual de sus integrantes. Una excepción es la ley de Unión Concubinaria del Uruguay (ley 18.246) en vigencia desde el año 2008, cuya caracterización se encuentra regulada en los dos primeros artículos donde se afirma en el primero, que *“La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta”* y en el segundo que *“A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual– que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en (...)”*. Salvo esta postura legislativa expresa en lo relativo a las parejas no casadas del mismo sexo y sin entrar a indagar porque se hará más adelante sobre la figura del llamado “matrimonio igualitario”, como se adelantó, el reconocimiento de ciertos derechos a las parejas del mismo sexo habría ingresado en varios países de América Latina de la mano del desarrollo jurisprudencial³⁹.

38. Habría habido algunas iniciativas tendientes a regular derechos de las parejas del mismo sexo (<http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/social/30097-iglesia-rechaza-incluso-uniones-de-hecho-entre-homosexuales.html>, compulsada el 16/11/2010)

39. En el derecho argentino se carece de una legislación integral que regule las convivencias de pareja, sean de igual o de diverso sexo. A pesar de este silencio, se ha conquistado el reconocimiento de ciertos derechos a nivel nacional, básicamente, aquellos relacionados con el núcleo o piso mínimo de protección, como son aquellos relativos a la salud (la inserción de la obra social de la pareja del mismo sexo) y el derecho a pensión. Con relación al primer efecto, uno de los primeros precedentes fue el dictado por el Juzgado Civil y Comercial y Minas N° 10 de Mendoza, que en fecha 20/10/ 1998 entendió que *“no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los homosexuales, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexo de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otorgada a compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que la ley de obras sociales no ha pensado otorgar el beneficio a convivientes por razón de los hijos, sino por la clara abstracción de la existencia de éstos...”* (Juz. Civ. Com. Y Minas, nro 10, 20/10/1998, “A. A. s/información sumaria”, J. A. 1999-II-646 y ED., 180-246). Con relación al derecho a pensión, el reconocimiento ha pasado el ámbito jurisprudencial. Justamente, fue tan elocuente la fuerza de esta fuente del derecho, que el organismo estatal encargado de conceder este tipo de beneficios (el ANSES), dictó una Resolución (la nro 571/2008) donde de manera expresa, se extiende este derecho a las parejas del mismo sexo. El art.

Cabe destacar la particularidad de la legislación argentina. Como bien se ha mencionado, se carece de una normativa integral a nivel nacional, sin embargo algunas pocas iniciativas provinciales/locales han dictado su propia ley de unión civil con independencia de la orientación sexual de sus integrantes. Estas normativas han tenido un efecto más mediático que jurídico en atención a que los derechos más importantes deben emanar del Poder Legislativo Nacional y no provinciales o locales. Un claro ejemplo es la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires sancionada a fines del 2002⁴⁰.

Ahora bien, si de avances jurisprudenciales se trata, no se puede dejar de mencionar la sentencia del 07/02/2007 emanada de la Corte Constitucional Colombiana donde se llega a esa instancia a los fines de expedirse sobre si la ley 54 de 1990 que establece un determinado régimen patrimonial para compañeros permanentes limitado a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, viola los derechos fundamentales a la igual protección, el respeto de la dignidad humana, y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Los demandantes argumentaron que a las parejas del mismo sexo no se les reconocen ciertos derechos o, en otras palabras, que las parejas de diverso sexo se encuentran en una situación de “privilegio”; dando algunos ejemplos en diferentes planos como ser: a) el penal (la regulación de violencia intrafamiliar en la Ley 294 de 1996 y la Ley 599 de 2000 que sólo protege a quien convive con el agresor tratándose de una pareja heterosexual o en materia procedimental penal, la Ley 906 de 2004 donde se establece que ninguna persona está obligada a denunciar, o el imputado a incriminar, a su compañero o compañera permanente, pero tratándose de parejas del mismo sexo se ven obligados a denunciar o a incriminar a su pareja); b) el civil (la obligación alimentaria que por sentencia de la Corte Constitucional se le reconoció a las parejas heterosexuales y la protección de la vivienda familiar a través de su inembargabilidad) y c) el laboral (la exclusión a las parejas del mismo sexo de los beneficios provenientes de la posibilidad de afiliar a la obra social o prepaga a su pareja, o ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional).

1ro de la Resolución expresa: “Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público. A tal efecto, la convivencia mencionada se acreditará según los medios probatorios que establece el Decreto N° 1290/94 para los casos en que el causante se encontrare a su deceso comprendido en dicho régimen”. En los fundamentos de esta normativa se asevera: “Que la reforma constitucional del año 1994, ha incorporado tratados internacionales a sus disposiciones, otorgándole jerarquía constitucional, generando la modificación de muchas normas de orden interno, dado que éstas deben ser compatibles con los principios consagrados en dichos documentos internacionales” y que “Que sobre la base del principio de la no discriminación en razón de la orientación sexual en el reconocimiento de los derechos, lo cual lleva a que se deba prestar particular atención en la aplicación de las normas internas que importen, literalmente, una inadmisble discriminación en razón de dicha orientación sexual”.

40. Se la puede compulsar en <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1004.html>

En este fallo, la misma Corte Constitucional recuerda que *“La jurisprudencia constitucional en Colombia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ha señalado que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto”*. Agregándose que *“En ese contexto jurídico la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas. Esas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social exigen un reconocimiento jurídico, que en el ámbito en el que la presente demanda de inconstitucionalidad ha sido considerada apta, remite a la consideración del régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y de la circunstancia de que el mismo se haya previsto exclusivamente en función de las parejas heterosexuales”*. Por ello, la Corte entendió contrario a la Constitución la previsión de un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente, declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, entendiéndose que el régimen de protección allí previsto también debía extenderse a las parejas homosexuales.

De manera más actual y en un tema harto “sensible” como lo es todo lo relativo a la relación parental cuando se lo cruza con la orientación sexual de los adultos, el Superior Tribunal de Justicia Brasilerio en fecha 27/04/2010, hizo lugar al pedido de adopción solicitado por la pareja del mismo sexo de una mujer que había adoptado dos niñas. Se trataba de una relación afectiva que comenzó en el año 1998, donde una de ellas tenía dos niñas por adopción unipersonal. La otra integrante de la pareja, no sólo ya vivía con las niñas brindándole afecto, asistencia, educación, sino también le otorgaba apoyo económico, por lo cual se consideró que la adopción les *“darían más garantías y beneficios a los niños, en el plano de la salud y pensión en caso de separación o fallecimiento”*. El Tribunal hace lugar a la adopción de integración petitionada afirmándose que *“estudos não indicam qualquer inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas”*.

Si bien excede con creces abordar un tema tan complejo y de debate tan actual como lo es la filiación homoparental y dentro de ella, la filiación adoptiva de este tipo; cabe destacar que del total de los 10 países que permiten el llamado “matrimonio igualitario”, sólo Portugal prohíbe de manera expresa la adopción al disponer en el art. 1 de la Ley 9/2010, de 31 de mayo que *“1. Las modificaciones introducidas por la presente ley no implican la admisibilidad legal de la adopción, en cualquiera de sus modalidades, por personas casadas con un cónyuge del mismo sexo”*. Por su parte, Bélgica al dictar su ley respectiva en el año 2003 excluía la adopción,

pero tal postura restrictiva fue revisada y modificada en el año 2006. Asimismo, el Distrito Federal de México en su reforma del Código Civil y de Procedimiento Civil que habilita el matrimonio a las parejas del mismo sexo del 21/12/2009, ante el planteo concreto de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de México al habilitar la adopción homoparental, en la sentencia del 16/08/2010 por 9 votos contra 2 se puso de resalto: *“No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia”*⁴¹.

En esta misma línea, de manera más actual y teniéndose en cuenta la jerarquía y relevancia del organismo que proviene como lo es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en una resolución de fecha 17/09/2010 en el resonado caso “Karen Atala e hijas c/ Chile”, se expidió acerca de la orientación sexual como variable para excluir derechos, en este caso, el derecho de “tuición”, custodia o tenencia de dos hijas.

Aquí se colocó en tela de juicio la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia chilena en fecha 31/05/2004 que revocó las sentencias dictadas en las instancias anteriores, ordenando modificar la tenencia o tuición de dos hijas que estaban al cuidado de su madre y las propias niñas habían manifestado su deseo de seguir con ella, dada la orientación sexual de aquella. Entre los fundamentos brindados por el máximo tribunal chileno, se sostuvo que *“el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo”*, entendiéndose que la orientación sexual de la madre es un elemento de relevancia para hacer lugar al pedido de cambio de tuición planteado por el padre. De manera recriminatoria, se afirmó que *“no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello repro-*

41. Para profundizar sobre este tema y principalmente, el impacto negativo o no en los niños de ser criados por dos personas del mismo sexo, compulsa Herrera, Marisa, “Adopción y ¿Homo- parentalidad u Homo- fobia? Cuando el principio de igualdad manda”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22/09/2010, ps. 3 y ss.

bación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas". Agregándose también que "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas" y que "por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal".

Esta sentencia es recurrida ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo extenso y enjundioso dictamen merece dedicarle algunos breves párrafos, máxime cuando este sería el primer caso jurisprudencial donde este tribunal regional se expediría de manera precisa sobre la cuestión de la orientación sexual, un evidente debate pendiente en la región en estados que enarbolan la bandera de la democracia. ¿Cambiaría la postura aún restrictiva en materia de reconocimiento de derechos a las personas del mismo sexo si la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitiera una sentencia favorable en el caso en análisis? ¿Un instrumento de este tenor como lo es un fallo emanado del máximo tribunal regional, alentaría o presionaría las diferentes iniciativas que se están llevando adelante en el ámbito legislativo en varios países de América Latina?⁴²

Regresando al dictamen en cuestión, el primer argumento jurídico que se esgrime se refiere al derecho a la igualdad y no discriminación considerándolos el *"eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos"* (párrafo 74). En lo relativo al caso, se tiene en cuenta el planteo esgrimido por la defensa de Karen Atala, quien no sólo habría sido sometida a una diferencia de trato arbitraria como consecuencia de su orientación sexual en un proceso judicial donde se dirimía la custodia de sus hijas, sino también que ello se enmarca en un *"prejuicio*

42. Entre otros, "Presentarán proyecto para que personas del mismo sexo inscriban uniones de hecho", 25/07/2010 en <http://www.peru.com/noticias/lima20100725/109609/Presentaran-proyecto-para-que-personas-del-mismo-sexo-inscriban-uniones-de-hecho>; "Allamand ratifica que presentará proyecto de uniones de hecho", La Nación, Chile en <http://www.lanacion.cl/allamand-ratifica-que-presentara-proyecto-de-uniones-de-hecho/noticias/2010-06-15/181139.html>; "Proyecto de Ley de Unión Civil entre personas del mismo sexo (N°16390)" en Costa Rica en [http://es.wikisource.org/wiki/Proyecto_de_Ley_de_Uni%C3%B3n_Civil_entre_personas_del_mismo_sex_\(N%C2%B016390\)](http://es.wikisource.org/wiki/Proyecto_de_Ley_de_Uni%C3%B3n_Civil_entre_personas_del_mismo_sex_(N%C2%B016390)); "Uniones homosexuales en el país son un hecho aun sin ley", El Universo, Ecuador, 04/05/2008 en <http://www.eluniverso.com/2008/05/04/0001/8/E80C7C9E86154C6BA45C70B078B4FE00.html>;

histórico al cual han estado sometidas las personas con una orientación sexual determinada y los efectos de dichos prejuicios en el proceso judicial” (párrafo 83).

La Comisión recuerda la diferencia entre “distinción” y “discriminación” donde *“las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”* (párrafo 85). Para ello, saber si una distinción es “razonable” y “objetiva”, se sigue un examen, test o escrutinio estricto que consiste en indagar si dicha distinción tiene o persigue un fin legítimo, la idoneidad o relación lógica entre fines y medios, la existencia de otras alternativas y la proporcionalidad entendida como el balance de intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del grado de beneficio del otro (conf. párrafo 86).

En este marco, se destaca que cuando las distinciones se basan en ciertas categorías conocidas de “sospechosas” como la orientación sexual *“existe un consenso en el sentido de que el examen o test que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato, es especialmente estricto”* (párrafo 87). Por ende sólo pueden invocarse como justificación “razones de mucho peso” que deben ser analizadas de manera pormenorizada, carga que recae sobre el Estado (en este caso, el chileno), y entonces, que toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa presumiéndola incompatible con la Convención Americana.

Tomándose en cuenta los argumentos vertidos por la Corte Suprema de Justicia chilena, la Comisión asevera que *“el lenguaje utilizado (...) es evidencia de que el tratamiento otorgado a la señora Karen Atala estuvo sustentado en una expresión de su orientación sexual, aspecto que como fue explicado en las secciones precedentes constituye una categoría sospechosa y, en tal sentido, cualquier actuación y/o diferencia de trato basados en dicha categoría se presume incompatible con la Convención y debe ser sometida a un escrutinio estricto”* (párrafo 100).

Un punto interesante y que cabe destacar, gira en torno al supuesto “riesgo” y por ende, violación al interés superior del niño el ser cuidado o quedar bajo la custodia de una madre lesbiana. Al respecto, la Comisión afirmó que *“La inexistencia de un riesgo para las niñas como consecuencia de la orientación sexual de Karen Atala fue reconocido por el Estado ante la CIDH al explicar que ninguno de los padres fue inhabilitado para ejercer la tuición”* (párrafo 104).

Por estas consideraciones, entre otras tantas, la Comisión solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que el Estado chileno violó, en perjuicio de Atala, el derecho a la igualdad ante la ley previsto en el art. 24 de la Convención Americana en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

Otro de los derechos que alegó la defensa de Atala fue el derecho a la vida privada previsto en el art. 11.2 de la Convención Americana. Al respecto, la Comisión señala que *“La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes”, agregándose que “Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos”* (párrafo 111).

Si bien el Estado chileno se defendió alegando que el sometimiento de parte importante de la vida privada de Atala es una consecuencia necesaria e intrínseca de todo juicio de familia, la Comisión de manera elocuente sostuvo que *“la orientación sexual de una persona, por sí sola, no es un criterio relevante para determinar su capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni ella constituye un riesgo para los mismo”*, por ende, no era necesario ni relevante dicha intromisión en su vida privada por parte de la autoridad judicial para la resolución del caso. Asimismo, se afirmó que el fallo de la Corte Suprema de Justicia chilena *“envió un mensaje equiparando la homosexualidad a una insuficiencia como madre”*, por lo cual la Comisión también entendió que la Corte debe concluir y declarar que el Estado chileno vulneró el derecho de Atala a vivir libre de injerencias arbitrarias y abusivas en su vida privada por su orientación sexual.

Por otra parte, al analizarse el derecho a la vida familiar de Atala y de sus hijas, la Comisión no sólo destaca que se omitió considerar lo expresado por las niñas sobre su deseo de seguir bajo el cuidado de su madre en franca violación a lo previsto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también, enfatizó que la Corte Suprema de Justicia *“en su razonamiento aplica prejuicios y concepciones estereotipadas de lo que una madre responsable debe ser y el tipo de familia que es considerada normal y aceptada socialmente”*. Como sostiene la Comisión, estas nociones y el *“potencial rechazo social de lo distinto y no tradicional, sin duda colocaron a Karen Atala en una situación de desventaja en comparación con su ex cónyuge en el juicio de tuición y en la determinación de su capacidad como madre, con efectos irreparables para el proyecto de vida y el desarrollo de M. V y R.”* (párrafo 133). En esta línea, se agrega que *“el interés superior del niño no puede ser planteado por un Estado como pretexto para discriminar contra un grupo determinado de personas, y que la separación de los niños y niñas de su entorno familiar debe ser excepcional, ya que el daño que acarrea en su proyecto de vida es irreparable”*.

Como última afirmación, merece resaltarse lo expresado en torno al Poder Judicial, autor del hecho que se controvierte y se tilda de discriminatorio: *“la Comisión expresó su preocupación por el hecho de que Poder Judicial de un país se apropie de*

prejuicios discriminatorios presentes en una sociedad, para adoptar decisiones que deben basarse exclusivamente en derecho” (párrafo 148).

En suma, cabe presumir que una posible sentencia emanada del máximo tribunal regional en materia de Derechos Humanos donde se analiza en profundidad la cuestión de la discriminación por la orientación sexual, será una pieza fundamental a ser tenida en cuenta por todos los estados que han ratificado la Convención Americana. ¿Acaso este instrumento, de manera indirecta, no se presenta un elemento más para forzar el debate pendiente en la región sobre el concepto constitucional de familia o dentro de éste, ahondar sobre la idea de “igualdad” en el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo?

Varias voces legislativas y jurisprudenciales estatales que reconocen derechos a las parejas convivenciales de diferente sexo son elocuentes para poder afirmar que el núcleo familiar centrado en las parejas heterosexuales casadas no es la única forma de vivir en familia. Con menor desarrollo legislativo y jurisprudencial, también la región habría empezado a dar signos de amplitud y pluralidad al interesarse por las parejas del mismo sexo, con esta consideración ya expresada sobre lo que podría acontecer si la Corte Interamericana se expidiera al respecto en el mencionado caso Atala. ¿Cómo sería o qué implicaría elaborar una legislación que pueda correrse de la perspectiva “heteronormativa”? ¿Qué incidencia tiene la mayor flexibilidad legislativa que se observa en otros continentes —en especial el europeo— en el reconocimiento de otras formas más de organización familiar en la región? ¿Qué lugar habría que darle en el plano jurídico al ineludible avance en el campo social —imposible de ser detenido— en la lucha por derechos humanos de grupos minoritarios? Para responder todas estas inquietudes debe partirse, de los textos constitucionales. Ver qué lugar o espacio permite un escalón normativo más abajo sobre el contenido y amplitud de la noción de familia, siendo éste un debate ineludible en estados democráticos.

3.2. EL CONCEPTO DE FAMILIA DESDE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

Ahora sí llegamos a la mirada constitucional pura, es decir, a indagar y conocer en qué términos las constituciones regulan o intentan conceptualizar una realidad social como es la familia.

Siguiendo con la mirada latinoamericana que subyace en esta ponencia, se podrían observar tres posturas constitucionales en torno al concepto de familia: 1) amplia, 2) intermedia y 3) restringida o restrictiva. Se trata de una clasificación de elaboración propia a los fines de alcanzar una mejor didáctica en la mirada crítica acerca de las diversas posturas constitucionales a la luz del mencionado pluralismo que campea todo Estado Democrático.

Como paradigma de esta última categoría, la más estricta, nos encontramos con el art. 112 de la Constitución hondureña que según reza su texto actual tras la reforma del 2005: *“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. (...) Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras”*⁴³.

Esta reforma fue aplaudida por un autor argentino –Jorge Scala– al sostener que *“(...) la reforma constitucional descripta, merece un caluroso elogio, y el deseo que sea imitada por nuestro país”*⁴⁴.

¿Es posible desde la doctrina internacional de los derechos humanos cuyo uno de sus ejes centrales es el principio de igualdad y no discriminación que un texto constitucional observe tantas restricciones? La respuesta negativa se impone.

En primer lugar, y en lo relativo a los derechos de los transexuales, ya lo expuso de manera clara y elocuente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el resonado precedente “Goodwin” del 11/07/2002, donde –mostrando un giro de 180 grados en la doctrina defendida hasta ese momento – se le reconoce el derecho a los transexuales a contraer matrimonio tomándose como elemento fundante la identidad sexual que presenta la persona al querer contraer nupcias y no el sexo que ostentó al nacer. Precisamente, reconocerle a los transexuales desde el derecho el respeto por su identidad sexual y sus consecuencias en las distintas esferas de la faz civil, social y políticas implicaría, sin más, un trato discriminatorio si se le negare un acto en particular como el matrimonio. Ya en este punto, el texto constitucional hondureño observa una crítica concreta y contraria a los derechos humanos, por la abierta violación a varios derechos humanos que implica negar o prohibir el derecho a contraer matrimonio cuando, precisamente, varios países reconocen y otorgan efectos jurídicos al cambio de sexo. ¿Acaso no es contradictorio admitir –incluso en algunos países las obras sociales solventan los gastos médicos derivados de la operación quirúrgica de cambio de sexo– dicho cambio en la identidad sexual y después negarle un derecho en particular como lo es el de contraer matrimonio?

Si bien no es este el espacio para abordar una temática con ribetes particulares como lo es el transexualismo, sí cabe destacar el desarrollo legislativo y jurisprudencial que presenta esta cuestión en los últimos años. En Europa, no estaría ya en

43. El destacado me pertenece.

44. Scala, Jorge, “Honduras prohíbe el homomonio”, ED, 217-679.

debate si debe o no ser aceptado y regulado, sino el modo y los efectos que produce el cambio de sexo. Tan es así, que varias legislaciones prevén que el control estatal de dicho cambio no debería estar en cabeza del Poder Judicial ante la inexistencia de “caso judicial”, sino que bastaría con un contralor de carácter administrativo. Como ejemplo, citamos la ley española 3/2007 que regula los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando la inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género.

En esta normativa, tras destacarse en su exposición de motivos que *“Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas”*, se prevé un procedimiento administrativo para la correspondiente rectificación registral siempre que el o la solicitante acrediten los siguientes requisitos: a) diagnóstico de disforia de género mediante informe de médico o psicólogo clínico, el que deberá contener la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia y ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior y b) que ha sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, pero éste no será necesario si el tratamiento médico incluyó cirugía de reasignación sexual. De manera clara, esta normativa dispone en su art. 5 referido a los efectos de la rectificación, que ella *“permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”*, siendo el matrimonio uno de ellos al no encontrarse expresamente prohibido. Prohibición que no podría ser sostenido a la luz del leading case “Goodwin” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¿Qué otra crítica merecería el texto constitucional hondureño y que cabría o sería extensivo a todas las constituciones que siguieran esta línea? Circunscribir el reconocimiento de derechos sólo a las parejas heterosexuales, ya sea matrimoniales o convivenciales. ¿Acaso el elemento afecto que está ínsito en la noción de familia no se encuentra también en las parejas del mismo sexo? Si así fuera —como lo reconoce, por ejemplo la regulación uruguaya citada y tantísimas legislaciones europeas que regulan los derechos de las parejas convivientes o registradas con independencia de la orientación sexual de sus integrantes— una mirada negativa como el que expone el texto constitucional hondureño sería, de por sí, un tratamiento discriminatorio en razón de la orientación sexual. Esta cuestión será retomada cuando analicemos de manera sintética, la postura constitucional amplia

que es aquella que sigue la Carta Magna argentina y que ha sido la que permitió, en definitiva, convertirla en el primer país a nivel federal que extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Regresando a la Constitución de Honduras, allí se apela a la idea de matrimonio como una institución que “*naturalmente*”⁴⁵ exige un hombre y una mujer. Nuevamente, apoyándose en la doctrina internacional de los derechos humanos y, en particular, al principio de igualdad y no discriminación, se observaría un lectura errónea al considerar que ciertos hechos sociales son de índole “natural”, olvidándose que todo cuanto acontece entre los seres humanos tiene una historia, un contexto de aparición y, por lo tanto, una determinada interpretación. En esta línea argumental, cabe recordar que durante siglos, el calificativo “natural” fue usado para “justificar” las diferencias entre hombres y mujeres, incluso, para impedir el voto femenino, cuestión que hoy en día nadie podría defender. ¿No ocurrirá lo mismo con el matrimonio? Esto es lo que se ha debatido en el derecho argentino y se concluyó que, efectivamente, la noción de matrimonio —como el de familia— puede mutar, transformarse y dejar de responder a elementos clásicos auspiciados por tradiciones heredadas del derecho canónico. Siguiéndose las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la orientación sexual es una categoría sospechosa y por ende, amerita un test o examen estricto.

Por lo tanto, es quien se niega a reconocerle derechos a las parejas del mismo sexo en quien recae la carga de brindar fundamentos o razones objetivas para excluirlos de uno o varios derechos (en este caso el matrimonio y/o las uniones convivenciales) que se les reconoce a otros, las parejas de diverso sexo. ¿Hay algún argumento objetivo y que no sea de tinte religioso por tratarse de estados laicos? Si la respuesta negativa se impone, no habría razón para no reconocerle el derecho a contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo, so pena de incurrirse en un trato discriminatorio prohibido por sendos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Pero además, el texto constitucional en análisis se lo coloca en esta categoría extrema ya que incluso, prevé que aquellas formas de organización familiar reconocidas como tal en otro país, no serán consideradas tales por aplicación de la noción de orden público internacional. ¿Qué significa? Que todo matrimonio celebrado por dos personas del mismo sexo en Holanda (2001), Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal, Islandia o Argentina (2010), como así en los estados de México DF (2009/2010) o en Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), Nuevo Hampshire (2010) en los Estados Unidos, no serán válidos o aceptados

45. El destacado me pertenece.

en Honduras en atención al claro rechazo constitucional de las parejas del mismo sexo, sean matrimoniales incluso también, las convivenciales. Esta postura tan cerrada hace que tildemos a la normativa de “restrictiva”.

En la segunda categoría, la intermedia, se encontrarían una gran cantidad de textos constitucionales en América Latina.

Citamos en primer término, la Constitución de El Salvador, cuyo art. 32 reza que *“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”*. Tras esta aseveración, agrega que *“El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”*. Por su parte, el art. 33 establece que *“La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”*.

Si bien se reconoce ya en el texto constitucional las uniones de hecho o convivenciales, lo cierto es que continúa colocando al matrimonio como la forma de organización familiar de mayor jerarquía y valoración social. ¿Acaso desde la noción de pluralismo, el respeto por la diversidad y la autonomía y desarrollo de la personalidad, todas las formas de familia no deberían estar en un pie de igualdad desde su reconocimiento constitucional, más allá de los diversos efectos que puedan emanar? En otras palabras, advertimos que en abstracto ningún modo de vivir en familia es “mejor” a otro, sino que cada uno responde a una elección autónoma de las personas, en este sentido y sabiendo que el lenguaje no es neutro, el matrimonio no debería ser “fomentado” por el Estado, sino que de manera amplia, el Estado debe fomentar el respeto por los derechos humanos, los cuales se pueden ver satisfechos en el marco de diversas formas de organización familiar. ¿Las convivencias no podrían ser tan “satisfactorias” para las personas que el matrimonio? Si la respuesta afirmativa se impone, no se terminaría de comprender el por qué el Estado sólo “fomenta” una de las diferentes formas de vivir en familia. Por otro lado, y en los tiempos que corren, cabe actualizar el interrogante acerca de si el matrimonio, en abstracto y a priori, satisface las bases de la familia. ¿Es el matrimonio, la cuestión jurídica o los afectos los que dan base a la familia?

Asimismo, y en consonancia con el escaso desarrollo legislativo del reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo (tanto matrimoniales como convi-

venciales) en la región, la constitución salvadoreña señala que las uniones estables como expresa el art. 33 citado, están integradas por personas de diverso de sexo.

La Constitución brasilera del año 1988 regula a la familia en su art. 226 en los siguientes términos: *“La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. El matrimonio es civil y su celebración es gratuita. El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley. A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquier de los padres y sus descendientes”*. Si bien esta normativa recepta otros tipos de familia además de la matrimonial, como la nacida de una unión estable y la monoparental, es innegable que la unión matrimonial continúa ocupando el espacio central del escenario familiar. En este sentido, pareciera que el desenlace final y deseable es que las uniones estables se “conviertan” en uniones conyugales. Por otra parte, se hace hincapié en la diferenciación de sexo –hombre y mujer- sobre la cual se debe construir todo vínculo familiar cuando se trata de dos integrantes.

También cabe citar un texto más actual como lo es la Constitución de Ecuador reformada en el 2008. El art. 67 afirma: *“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”*, agregando el art. 68 que *“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”*.

¿Por qué esta regulación constitucional también se encontraría en la categoría intermedia? Porque excluye, en principio⁴⁶, a las parejas del mismo sexo de tres figuras claves del derecho de familia: el matrimonio, las uniones de hecho o convivenciales y la adopción; prohibición que estaría fundada, exclusivamente, en la

46. Si bien el texto constitucional se refiere al regular las uniones de hecho que quedan habilitadas para las personas “libres de vínculo matrimonial” y por matrimonio define expresamente, el integrado por dos personas de diversos sexo, algunos habrían realizado una interpretación amplia de la redacción y por ende, habrían solicitado el reconocimiento de las parejas convivenciales del mismo sexo (conf. “Doce parejas homosexuales legalizaron su unión de hecho en Ecuador” en <http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-su-union-de-hecho-en-ecuador/>)

orientación sexual de sus integrantes sin darse razones de peso y objetivas que eviten caer en un tratamiento discriminatorio.

Desde la perspectiva constitucional- internacional y teniéndose en cuenta la fuerza normativa que observan los tratados internacionales de derechos humanos en la esfera estatal, la noción constitucional de familia más acorde sería aquella que responde a una tipología amplia, sensible y adaptable rápidamente a los cambios sociales y el dinamismo ínsito en la idea de “familia”. Precisamente, se defiende la necesidad de contar con legislaciones permeables ante un concepto sociológico condicionado y definido por la realidad social. En otras palabras, si las costumbres y representaciones sociales de cada tiempo son las que dan el contenido al término “familia”, éste debería verse lo menos “encorsetado” desde el texto constitucional. Máxime cuando, como veremos en breve, la mayor estrictez en la Constitución impacta de manera directa en un nivel legislativo más abajo, cerrando la posibilidad a un debate más democrático como el que propone la sanción de una ley.

¿Cuáles son las costumbres y representaciones vigentes? En el contexto democrático aludido, familia es todo aquel grupo social básico que se funda en el afecto y sobre la base de un proyecto común.

Uno de los argumentos más utilizados para defender la postura restrictiva como la intermedia, reside en que la ley debe regular para la mayoría y que, cuantitativamente, son más las personas que viven o se desarrollan dentro de la institución matrimonial con integrantes de diferentes sexos. En nuestra opinión, este argumento es imposible de ser sostenido en el marco obligado de la doctrina internacional de los derechos humanos que defienden de manera especial, el derecho de las minorías, encontrándose amparadas justamente a la luz del plexo normativo internacional.

Más allá de ello, y si lo que importa es la cuestión numérica o cuantitativa, no se debe perder de vista el aumento paulatino de las uniones convivenciales. En este sentido, un informe proveniente de la CEPAL donde se relevó la cuestión de las uniones de hecho en América Latina y el Caribe, se observaron las siguientes tres categorías: 1) baja incidencia de las “uniones consensuales”, entendido aquellos países que tienen menos del 20% de parejas no casadas en las que se encontrarían: Argentina, Costa Rica, México y Uruguay; 2) media incidencia que serían aquellos países que cuentan con una cantidad entre el 20 al 40% de parejas son no casadas, siendo la gran mayoría de los países de Sudamérica y 3) alta incidencia, más del 40%, en la que se encuentran prácticamente todos los países de Centroamérica y el Caribe.

Por lo tanto, la idea de “mayoría” que se ha defendido hasta ahora acerca de la familia matrimonial, no sólo no sería un argumento de peso o fuerte desde el punto de vista internacional- constitucional, sino además tampoco desde la perspectiva numérica. Máxime, si se tienen en cuenta otros datos de la realidad social como lo es el aumento de la tasa de divorcio y las segundas relaciones que pueden ser matrimoniales o también convivenciales, aumentando el número de este tipo de lazos afectivos no formales.

La segunda observación gira en torno al mencionado reconocimiento de derechos de las minorías. En otras palabras, que justamente un Estado Democrático se caracteriza, entre otras tantas cuestiones, en reconocer, aceptar y regular los derechos humanos de todas las personas, sean mayoría o minoría. ¿Acaso se puede relegar los derechos de la minoría a costa de la mayoría? ¿No es posible que aquello que en un momento fue mayoría con el tiempo se vuelva minoría? Al respecto, nos parece interesante traer a colación el fallo del 10/08/2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, donde se rechazó la convocatoria a referéndum propuesta por el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica apoyado por la iglesia y partidos cristianos y católicos, con el objeto de evitar la aprobación del proyecto de un proyecto que actualmente está en trámite ante la Asamblea Legislativa, siendo uno de los argumentos más sólidos aquél que por el cual no se puede dejar en manos de la mayoría los derechos de la minoría⁴⁷.

¿Cuál sería entonces el texto constitucional referido a la familia más acorde con el desarrollo de los Derechos Humanos? La sintetizada como “amplia”, aquella que no se detiene a definir qué es familia por entender que ello quita libertad y espacio a formas de organización familiar que puedan ir apareciendo en la realidad social, citando como ejemplo más reciente las ya citadas “parejas LAT” (Living Apart Together) o también parejas “sin domesticidad común”, integradas por personas que se encuentran afectiva y emocionalmente juntas pero que viven en hogares separados.

Este dinamismo es el fundamento para defender una postura constitucional amplia como el que adopta la Constitución argentina donde, muy lejos de intentar definir el concepto de familia, se refiere a ella en su art. 14 bis de manera genérica aludiéndose a la “protección integral de la familia”, en total consonancia con varios instrumentos internacionales de derechos humanos que sólo se detienen a señalar que la familia debe ser protegida dado su carácter de núcleo social o célula básica de la sociedad⁴⁸.

47. <http://www.hoy.com.do/el-mundo/2010/8/14/338070/Homosexualidad-divideCosta-Rica>

48. Esta es la idea que se desliza de varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados con rango constitucional en el art. 75 inciso 22. Veamos, la Declaración Americana de los Derechos y

Esta flexibilidad y apertura que muestra la noción de familia desde el vértice normativo y que sirve de guía para todo el ordenamiento jurídico, ha sido el terreno hábil y fecundo que habilitó el debate y la posterior sanción de la ley 26.618 que extiende la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo en toda su dimensión, es decir, permitiéndose también la adopción de niños como lo hacen todos los países que regulan el llamado “matrimonio igualitario”, con excepción de Portugal.

En suma, si se nos conminara a enunciar los diferentes tipos de estructuras familiares que se visualizan en las sociedades actuales, y que por su sola existencia deben ser reconocidas en el ordenamiento normativo, podríamos decir que son todos aquellos núcleos sociales- afectivos integrados por: “a) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio por ley civil con o sin hijos, b) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos, c) dos personas de distinto sexo que conviven con o sin hijos, d) dos personas de igual sexo que conviven con o sin hijos, e) dos o más parientes consanguíneos o afines, convivan o no, f) una persona que vive sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado, g) el progenitor y sus hijos con los que no convive tras haberse separado o divorciado, h) una madre que cría y educa sola a su hijo no reconocido por su padre, i) dos personas divorciadas que conviven con los hijos del matrimonio anterior de uno u ambos”⁴⁹. Enunciación a la cual le deberíamos agregar como apartado j) una persona transexual con su pareja –formalida no dicha unión y como apartado k) una persona transexual con su hijo o persona que esté a su cuidado, que a pesar de normativas como la hondureña, jurisprudencia de tribunales de reconocida trayectoria como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sabido tener en cuenta, al punto de admitir el derecho a contraer matrimonio, tal como lo hemos adelantado al recordar el caso Goodwin del 11/07/2002.

Precisamente, en este precedente se dejó en claro que “*Las leyes nacionales (...) no pueden ser aplicadas restrictivamente para el ejercicio de su derecho de casarse dado que en tal punto la esencia misma del derecho se estaría perjudicando*” (párrafo 97). Asimismo, se disoció la figura del matrimonio del de la procreación, por lo cual, la imposibilidad o dificultad de concebir por parte de una pareja donde uno de ellos o ambos son transexuales, no puede ser un elemento para negárseles el derecho a contraer matrimonio y en especial, la falta de razonabilidad en dicha restricción,

Deberes del Hombre reza en su art. VI que “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. El art. 16 en su punto 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por su parte, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño en su párrafo quinto señala: “Convencidos de que la familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

49. Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, op. cit. p. 76.

no encontrando el tribunal justificación alguna para excluir a los transexuales de tal derecho humano.

Debates complejos y profundos como el que se dio hace poco tiempo en la Argentina y en unos pocos pero en aumento países del globo en torno al llamado “matrimonio igualitario”, obliga a repensar la noción de familia y el rol del Derecho en los Estados Democráticos.

4.- MATRIMONIO Y UNIONES CONVIVENCIALES ¿IGUALES O DIFERENTES?

En este apartado retomaremos uno de los tantos interrogantes ya planteados en esta ponencia: la diferencia o igualdad en los efectos jurídicos derivados del matrimonio y las convivencias de pareja. ¿Deberían generar las mismas consecuencias jurídicas el estar casado que en una convivencia estable? ¿Qué tiene de diferencia y/o similitud una u otra forma de vivir en familia?

Si bien la regulación de las convivencias de pareja no es un tema sencillo y que excede con creces el objetivo de este trabajo llevar adelante un estudio profundizado sobre esta temática, lo cierto es que hay determinadas incertidumbres que deberían ser sorteadas.

En primer lugar, de conformidad con la mirada positiva expresada en torno al reconocimiento de las diferentes formas de familia, fácil se advierte que ante la pregunta acerca de si es necesario o no que los estados recepen una regulación propia sobre las uniones convivenciales, la respuesta positiva es elocuente.

En este sendero a favor de una regulación especial, dejamos aclarada una cuestión de índole terminológica que no es baladí. Si se pretende reconocer ciertos efectos jurídicos a este tipo de relaciones afectivas, no se trataría de uniones “de hecho”, sino de uniones “de derecho”; ya que como lo “de hecho” tendría cierta entidad, se brega porque el “derecho” lo tenga en cuenta. Tampoco nos parece pertinente la noción que adopta el Código de Familia salvadoreño de “uniones no matrimoniales” porque de esta manera, se las caracteriza por lo que no son, se las sigue relacionando y comparando con el matrimonio y por lo tanto, no alcanzan a tener una cierta independencia, autonomía e identidad. Es por ello que en un proyecto de ley que elaboramos un grupo de investigadores y que se presentó desde la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación Argentina, se recepta la noción de “convivencias de pareja”⁵⁰, entendiendo que éste sería el concepto más acorde

50. Se trata del Proyecto 1874-S-2009, que en sus fundamentos se aclara la razón de la denominación que se utiliza afirmándose: “Se adoptó para el proyecto que hoy se presenta la denominación de “convivencias de pareja”, en reemplazo del término concubinato porque, como ha sido señalado por varios autores, tal designación tiene una

con el reconocimiento como otra forma de organización familiar con elementos y un lugar propio.

Entonces, convencidos de que las uniones convivenciales deben tener su espacio en la legislación civil; fácil se observa que el debate central gira en torno a en qué términos o con qué extensión debería ser su regulación.

En este contexto, y como primer punto, debería definirse el ámbito de aplicación subjetivo, es decir, quiénes conforman una pareja que el derecho debería reconocerle determinados derechos. ¿Sólo a las parejas de diverso sexo o también a los del mismo sexo?

En consonancia con lo ya expresado, esta segunda inquietud también ya habría quedado respondida de manera afirmativa en la presente ponencia. Es que la ley debe abarcar ambos tipos de lazos afectivos o en otras palabras, sin distinción alguna sobre la orientación sexual de sus integrantes. Pero esta no es la única variable a ser analizada en relación a los rasgos definidores de las convivencias de pareja. ¿Qué cantidad de tiempo debería transcurrir para que se configuren los requisitos de estabilidad y publicidad que integran la noción en análisis? ¿1 año, 2 años, 3 años, sin plazo a ser determinado ex post por algún organismo o también se podría prever plazos diferentes según el tipo de efecto que se trate? ¿Se debería registrar la unión? En ese caso, ¿la registración sería a los efectos meramente probatorios o “ad solemnitatem”, es decir, un requisito sine qua non para la configuración de la unión? Estas son decisiones de política legislativa que tanto en América Latina como en Europa –los dos ámbitos regionales de interés en este trabajo– muestran un amplio abanico de regulaciones al respecto.

Sobre este punto, y a diferencia de lo que acontece en el derecho argentino que se carece de una regulación integral de las convivencias de pareja, el Código de Familia salvadoreño establece en su art. 118 que *“La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años”*. De este

“connotación históricamente negativa”. En nuestro país ha sido calificada en el pasado como una unión contraria a la moral y a las buenas costumbres. Dentro de una multiplicidad de opciones que se exhiben en el derecho comparado, nos ha parecido más oportuno designarlas de una manera neutra que apunte al elemento esencial de estos vínculos: la convivencia². Por ello nos hemos decidido por la expresión “convivencias de pareja” o “pareja conviviente” adoptada por diversas legislaciones, entre ellas, la ley 9278/96 del Brasil. Las leyes forales de España se refieren a “las uniones estables de pareja”. También en nuestro país, las leyes de seguridad social aluden a las convivencias pues mencionan entre los beneficiarios a la pensión por fallecimiento, a “la conviviente” o “el conviviente”. Asimismo, la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos No 24.193 se refiere a una convivencia de “tipo conyugal” (art.14). En otras disciplinas, como la sociología o demografía tampoco se habla de concubinos, sino de “unidos” o “convivientes”.

modo, sólo reconoce las uniones heterosexuales y recepta un plazo mínimo de 3 años, sin la necesidad de una registración previa.

Ingresando en la cuestión de los efectos, también se puede observar que este tema no es nada sencillo. ¿Debería la ley, necesariamente, extender los mismos efectos que admite para las parejas casadas a las no casadas como lo expresa el texto constitucional ecuatoriano tras la reforma del 2008 y otros países de América Latina como Cuba, Bolivia y Panamá, por citar algunas? Justamente, el Código de Familia panameño entiende a la unión de hecho como aquella convivencia “*entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad*” agregándose que ella “*surtirá todos los efectos del matrimonio civil*” (art. 53).

Esta postura de “equiparación” o “igualación” encierra una disyuntiva compleja que compromete un derecho humano básico como lo es la libertad y autonomía personal. Sucede que hay un derecho a contraer matrimonio como así también, un derecho a no contraer matrimonio. ¿Es posible que por el mero transcurso del tiempo y sin manifestación de voluntad expresa alguna, la ley extienda los mismos derechos que emanan del matrimonio –acto formal querido por los contrayentes- a aquellas personas que no prestaron consentimiento alguno pero a quienes también se les impondrán derechos y obligaciones como sí lo hubieran hecho? Si la respuesta es negativa, es indudable que se debe indagar acerca de las diferencias que debería observar el estar casado del estar unido o en convivencia, siempre teniéndose en cuenta la reiterada doctrina internacional de los derechos humanos. En otras palabras, qué efectos jurídicos responden o emanan de determinados derechos humanos y por ende, no interesa haber o no pasado por el registro civil para que se les reconozca con total independencia de esta cuestión.

Además, y a la luz de la idea de “pluralismo”, sería más acorde con ella respetar las diferentes formas de vivir en familia y no intentar “emparentar” o “igualar” todos los modelos familiares al tipo matrimonial. Esto es lo que se estaría logrando si las uniones de hecho traerían consigo exactamente los mismos derechos que las parejas casadas.

Este dilema de índole constitucional se funda en añosa y vigente tensión en el campo del derecho de familia como lo es el equilibrio entre orden público y autonomía de la voluntad.

A nuestro entender, esta disyuntiva podría verse sorteada si se regulara de manera distinta e independiente, una figura de la otra. Asentada esta postura, un nuevo interrogante se asoma: cuál o cuáles serían las diferencias que deberían observar ambas instituciones sin violar derechos humanos básicos de sus integrantes. Es

decir, cuáles serían los efectos jurídicos que debería preverse para ambas porque, en definitiva, el haber o no pasado por el registro civil no podría ser la variable constitucionalmente hábil que le permita a una pareja acceder a ciertos derechos o beneficios y negárselos a otros y, por el contrario, qué efectos que se les reconozca a unos y no a otros pasarían dicho “test de constitucionalidad/proporcionalidad”.

Siguiendo con la línea constitucional/internacional propuesta –que entendemos es una perspectiva de análisis obligada–, consideramos que todas aquellas consecuencias jurídicas que involucran derechos humanos como el alimentario, la vivienda, y otros de índole asistencial como la pensión o la salud mediante la incorporación de la pareja en la cobertura médica que tenga uno de los miembros, son algunos de los efectos que no podrían ser dejados afuera de una regulación integral sobre las uniones convivenciales y que observarían el mismo tipo de protección legal que las relaciones matrimoniales. Por el contrario, sí podrían mostrar una regulación diferencial en el plano estrictamente patrimonial donde, ante la falta de pacto o convenio en concreto, se debería analizar qué grado –mínimo y/o diferencial– de protección se le debería reconocer a las parejas convivenciales en lo relativo al régimen de bienes y al derecho sucesorio por citar dos campos temáticos de tinte económicos⁵¹.

A la luz del panorama legislativo actual en América Latina, si bien varias legislaciones prevén una regulación especial en materia de régimen de bienes cuando se trata de uniones de hecho, estables o convivenciales, lo cierto es que varias de ellas siguen o toman como base los postulados que rigen la cuestión patrimonial en el matrimonio. Veamos algunas regulaciones de la región a modo de ejemplo.

La ley de México DF de Sociedad de Convivencia sancionada en el año 2006, establece en su art. 9 que “*Durante la vigencia de la Sociedad de Convivencia se pueden hacer, de común acuerdo, las modificaciones y adiciones que así consideren las o los convivientes respecto a como regular la Sociedad de Convivencia y las relaciones patrimoniales, mismas que se presentarán por escrito y serán ratificadas y registradas sólo por las o los convivientes, ante la autoridad registradora del Órgano Político Administrativo del lugar donde se encuentre establecido el hogar común*”. Esta normativa observa ciertas limitaciones como aquella que dispone en el segundo párrafo del art. 17 al establecer que “*Serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente y los contrarios a la Constitución y a las leyes*”. Asimismo, el art. 7 asevera que ante la falta de esta previsión en

51. Algunas consideraciones al respecto han sido analizados con mayor detenimiento en Cecilia P. Grosman y Herrera, Marisa, “Aspectos patrimoniales de las convivencias de pareja: Algunas propuestas en consonancia con el desarrollo del derecho comparado” en Ghersi, Carlos (director), *La prueba en el Derecho de Daños*, Nova Tesis, 2009, Rosario, ps. 661 y ss.

torno a la cuestión patrimonial, ello no será causa para negar el registro de la Sociedad de Convivencia y que “*se entenderá que cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración*”.

Por su parte, el derecho brasileiro tras la sanción de la ley 9278 del año 1996 que deroga la ley 8971 del año 1994 en cuanto sea incompatible, establece que “*Los bienes muebles e inmuebles adquiridos por uno u otro o ambos convivientes durante la unión estable a título oneroso, son considerados fruto del trabajo y la colaboración común, pasando a pertenecer a ambos, en condominio y en partes iguales, salvo estipulación en contraria por contrato escrito*”. Pero también la regulación de las convivencias de pareja interesa a la legislación civil de fondo. En este sentido, el Código Civil según la reforma del año 2002 dedica un título a las “Uniones estables” (arts. 1723 a 1727), disponiendo en su art. 1725 que a falta de pacto por escrito, se aplica a las relaciones patrimoniales de los compañeros el régimen de comunidad parcial de bienes.

El Código Civil peruano en la primera parte de su art. 326 establece que “*La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos*”. Igual postura sigue el Código de Familia salvadoreño al expresar en su art. 119 que “*Los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión y sus frutos, así como los que produjeren los bienes que cada conviviente tenía a la iniciación de la unión, se aplicarán a ambos convivientes o sus herederos, las reglas del Régimen de la Participación en las Ganancias*”, agregando en el párrafo siguiente que “*En lo que respecta a los gastos de familia, los convivientes estarán sujetos a lo que dispone el artículo 38*”, por lo cual, extiende la regulación prevista para el matrimonio a las uniones no matrimoniales.

Si bien Guatemala destina un capítulo especial relativo a “De la Unión de Hecho” en su Código Civil donde se remite, de manera expresa al régimen de bienes en el matrimonio, al afirmar en el art. 184 que “*Las disposiciones de este Código relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio y al régimen económico de éste, tienen la validez para las uniones de hecho, en lo que fueren aplicables*”, pretende dar una regulación especial o propia cuando en el art. 182, también dentro del mismo título dedicado a las uniones de hecho, al referirse a los “Efectos de la inscripción”, dispone en su inciso 2do que “*Si no hubiera escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad*”; y en el inciso 4to, se prevé de manera expresa la posibilidad de que uno de los

convivientes peticione la liquidación del haber común y consecuente adjudicación de bienes en razón del fallecimiento del otro miembro.

En materia de derecho sucesorio también la equiparación o extensión de derecho a los convivientes sería la postura ampliamente mayoritaria. Si bien de manera genérica, se podrían divisar tres posturas: 1) reconocimiento del derecho a heredar en igual situación que el cónyuge, es decir, se amplía la nómina de herederos forzosos; 2) reconocimiento del derecho a heredar pero sólo ante la ausencia de herederos legítimos o forzosos —o sea, que no se le concedería la misma jerarquía que a los cónyuges— y 3) no reconocimiento del derecho hereditario, o sea, el conviviente sólo tendría un derecho a heredar como cualquier tercero, mediante testamento válido y siempre que no se afecte la legítima de los herederos forzosos, es decir, dentro de la llamada “porción disponible”; lo cierto que la primera es la que prima.

Veamos, el Código de Familia de El Salvador que en su art. 121 dispone que *“Cada uno de los convivientes será llamado a la sucesión abintestato del otro, en el mismo orden que los cónyuges”*.

La mencionada ley mexicana de Sociedad de Convivencias dispone en su art. 14 que *“Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos”*. Recordemos que en el Distrito Federal, se reconoce derechos sucesorios al cónyuge y también al concubino (otra figura diferente a la Sociedad de Convivencia), por lo cual, mediante esta ley específica se ampliaría el catálogo de herederos forzosos o legitimarios. Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal reconoce el *“derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1.635”*. Este articulado establece que: *“La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará”*.

En este mismo sentido, el art. 184 del Código Civil guatemalteco dispone en su primer párrafo que *“El varón y la mujer cuya unión de hecho conste en la forma legal, se heredan recíprocamente en los mismos casos que para los cónyuges determina este Código”*.

Por el contrario, la segunda postura es la que se propone en un proyecto de ley presentado en el Congreso argentino en el año 2009 y que por dos años mantiene estado parlamentario, donde adopta la siguiente fórmula: *“Si no han quedado descendientes ni ascendientes, los convivientes que tengan aptitud nupcial, se heredan recíprocamente, pero no tienen el carácter de herederos forzosos. En cualquier caso, el derecho hereditario del supérstite se extinguirá si con anterioridad al momento del fallecimiento del causante, la convivencia hubiese cesado”*⁵².

Si bien excede con creces los objetivos de esta ponencia profundizar sobre los diferentes conflictos que presentan las uniones convivenciales (si constituyen un nuevo estado civil, formas de terminación de la unión, si se recepta o no el deber de fidelidad y cuál sería su sanción ante el posible incumplimiento, la obligación alimentaria durante y tras la ruptura de la unión, la posibilidad de generar daños por dicha situación de ruptura, etc); lo cierto es que entendimos necesario dejar planteados algunos interrogantes todavía pendientes o al menos interesantes de ser revisados a la luz de la obligada doctrina internacional de derechos humanos.

5.- OTRA REVISIÓN NECESARIA EN EL DERECHO DE FAMILIA CONTEMPORÁNEO: LA IGUALDAD JURÍDICA Y REAL ENTRE HOMBRE Y MUJER

5.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los conflictos que se muestra con mayor frecuencia en la práctica judicial y que involucra de manera directa a los derechos de niños, niñas y adolescentes, se refiere a su custodia tras la ruptura de la pareja, sea esta matrimonial o no por el principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Desde la mirada constitucional- internacional, la inquietud central reside en saber qué tipo de regulación estaría más a tono con un principio incontestable y básico en un Estado Democrático como lo es el de igualdad entre hombre y mujer. Principio que en el derecho de familia coloca en tela de juicio una máxima que hace tiempo está siendo puesta en crisis: la idea de la mujer-madre como principal cuidadora de los hijos, en virtud de un supuesto y natural “instinto maternal”. ¿Acaso la maternidad como todos los roles y funciones no son construcciones sociales? ¿Cómo se podría llegar a comprender que en algunos supuestos, las mujeres decidan desprenderse de su hijo en adopción, si existiera desde el punto de vista biológico un “gen de la maternidad”? En este contexto crítico, fácil se advierte que la crianza, educación y afecto que los padres les brindan a sus hijos no depende del “genotipo” que estos porten sino en ciertas y determinadas historias de vida,

52. S-1874/2009 que se puede consultar en www.senadores.gov.ar

condiciones físicas (por ejemplo, padres con problemas de salud mental), socio-económicas y culturales, por citar algunas que muestran la complejidad del tema en cuestión y que no podría ni debería ser ajeno al Derecho.

A la luz del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos, se debe tener en cuenta en primer término el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño que en su primer apartado expresa: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*⁵³. Para tal fin, la misma Convención entiende que no todos los padres se encuentran en las mismas condiciones sociales para afrontar tal responsabilidad, por ende en su segundo apartado asevera que: *“A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”*, por lo cual, este instrumento madre cuando se trata de derechos de niños, niñas y adolescentes, reconoce que los Estados deben “cuidar a los que cuidan”, lo cual implica, por ejemplo, la necesaria correlación entre las nociones de “abandono” o “negligencia” en la mal llamada “patria potestad”⁵⁴ y la satisfacción o insatisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. ¿Acaso un padre que no tiene trabajo, no posee una vivienda y carece de red, puede ser “libre” para decidir no hacerse cargo de su hijo o un juez ordenar su separación y consecuente ingreso en otro grupo familiar a través de la adopción? En este sentido, varias legislaciones estatales en América Latina o la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión Consultiva nro. 17 sobre la Condición Jurídica del Niño, son elocuentes al oponerse a cualquier decisión de separación de un niño de su familia fundado en razones de pobreza.

Volviendo al principio de igualdad entre hombre y mujer en la crianza de los hijos, no se debe perder de vista otra normativa internacional de peso como lo es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, cuyo art. 16 expone que *“Los Estados Partes adoptarán todas*

53. El subrayado me pertenece.

54. El concepto de “patria potestad” alude a la idea de “pater familia” del derecho romano, es decir, al hombre (el varón) como “dueño” de la mujer, los hijos y los bienes. Claramente, es un concepto totalmente perimido, por ende, entiendo que la noción más acertada es el de responsabilidad parental que es el que adopta una gran cantidad de legislaciones más contemporáneas como ser, por citar una a modo de ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Estas mandas internacionales habrían sido receptadas en el derecho argentino en la ley de protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061) sancionada en septiembre del 2005, al expresar su art. 7 relativo a la “Responsabilidad familiar”, que *“La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías”* y tras ello, que *“El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (...)”*.

¿Pero la legislación civil que desde siempre se ha ocupado de regular la relación padres e hijos está a tono con estos principios que se derivan de normativas más contemporáneas? Como veremos a continuación, la respuesta negativa se impone.

5.2. CUSTODIA UNIPERSONAL O CUSTODIA COMPARTIDA

Veamos, en el globo habría –con muchas variantes en lo interno- dos tipos de sistemas en lo relativo a la crianza o mal llamada “tenencia” de los hijos: 1) un régimen de carácter unipersonal y 2) un régimen de carácter bipersonal.

Antes de avanzar, vale aclarar que en un primer momento, se tenía muy en cuenta la cantidad de tiempo que los hijos viven con cada uno de sus padres tras la ruptura de la pareja. Es decir, se hacía hincapié en la noción de tenencia o custodia relacionándolo de manera directa con el “tiempo efectivo” con uno de los padres (el que tenía la tenencia por acuerdo u otorgado judicialmente) y al otro (que pasaba menos horas con el hijo) se le reconocía un derecho de comunicación también mal llamado “derecho de visitas”. En la actualidad, cuando se habla de “bipersonal”, “biparental”, “coparental” o simplemente la idea de “compartir”, no se refiere tanto a la cantidad de horas o días que los hijos pasan con sus padres, sino que se focaliza en un concepto más complejo como lo es el ejercicio de la responsabilidad conjunta o unipersonal que tiene uno o ambos padres para los actos de la vida cotidiana que realizan los hijos, con independencia del tiempo efectivo –mayor o menor- con cada uno de ellos. Esta particularidad implica, no sólo reafirmar lo erróneo del término “tenencia” porque se aleja de la idea de los hijos como sujetos de derecho como lo indica la Convención sobre los Derechos del Niño y legislaciones estatales afines, sino además, porque puntualiza en un elemento “matemá-

tico” como la cantidad de días que los hijos están con cada uno de los padres, y no permite colocar sobre el escenario lo más importante: el tipo de vínculo, lazo o relación afectiva que se tiene con ambos padres y que la responsabilidad de ellos sea compartida con independencia del factor tiempo. Es por ello, que técnicamente sería más preciso que se hablara de ejercicio conjunto o unipersonal de la patria potestad y no de la tenencia unipersonal o compartida.

Hecha esta aclaración, pasamos a analizar la cuestión en el derecho argentino que es similar a lo que acontece en varios países de la región latinoamericana.

El art. 264 del Código Civil argentino tras definir a la “patria potestad” como *“el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”*, agrega que su ejercicio corresponde: (...) *“2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación (...)”*. Por lo tanto, adopta un régimen “clásico” donde un padre tiene la “tenencia” (el que sería el progenitor “principal” en la crianza del hijo), y al otro le queda un rol secundario de “control” y “comunicación”.

En consonancia con esta regulación centrada en el ejercicio unipersonal, el art. 206 en su 2do párrafo del mismo cuerpo legal, expresa que *“Los menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo”*.

¿Es constitucional una normativa que, a priori y en abstracto, reafirma la noción tan arraigada de que las madres somos las “principales” cuidadoras de nuestros hijos? En mi opinión, una vez más la idea de “lo natural” vuelve a dejar su huella en el Derecho, perjudicando claramente el principio de igualdad entre hombre y mujer que establecen varias normativas internacionales. ¿Acaso puede una normativa infraconstitucional como lo es el Código Civil, ir en contra de luchas emancipatorias provenientes de las diferentes corrientes del feminismo, que habrían venido a denunciar los efectos negativos del binomio mujer-madre, o de consolidar el imaginario social acerca de que la “realización como mujer” lo es sólo si se es “madre”? ¿No sería más liberador y menos culpabilizante para las mismas mujeres que los hombres compartan también la responsabilidad en la crianza de los hijos? ¿No se condice con el principio de igualdad mencionado que la ley le otorgue espacio a los hombres en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental? ¿No responde mejor al principio rector del “interés superior del niño” que éstos tengan vínculo con ambos padres?

Sobre este punto, cabe traer a colación un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina del 29/04/2008 donde, justamente, se coloca en tela de juicio la constitucionalidad del transcripto párrafo 2do del art. 206 del Código Civil⁵⁵.

La plataforma fáctica era la siguiente. Un matrimonio argentino con su hijo debido a la crisis económica Argentina de fines del año 2001, decide probar suerte en España. Al tiempo se divorcian y acuerdan que la tenencia quedaría a cargo de la madre. Durante las vacaciones de verano, el padre trae a la niña a la argentina y nunca más regresan a España. Pasan algunos años, y la madre retorna a Argentina. En esos años, el padre se había hecho cargo de la crianza de su hija, quien había afianzado lazos afectivos y sociales en la Ciudad de Buenos Aires con la familia del padre. La madre al regresar solicita que se de cumplimiento al acuerdo arribado en el proceso de divorcio sustanciado en España. Ante este pedido, el padre se presenta y solicita el cambio de tenencia para que lo fáctico se condiga con lo jurídico.

La Cámara le da la razón a la madre. El padre interpone recurso extraordinario ante el máximo tribunal del país, y la Corte Federal revoca la decisión. Los argumentos de tal decisión quedan debidamente expuestos por uno de sus magistrados, Zaffaroni, quien en su voto expuso que en la sentencia impugnada, los jueces expresaron: *“hace pocos días que C ha cumplido los 5 años, por lo que no resulta desdeñable considerar los alcances del art. 206 inc. 2º, primera parte del Código Civil, ya que teniendo en cuenta la edad y el sexo de la niña se supone que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de aquélla”* (considerando 7º), a esta afirmación, el magistrado afirma: *“Lo expuesto, permite afirmar que para la alzada los datos de orden natural, como la edad y el sexo, bastan para elegir a la madre como custodia inmediata de su desarrollo, sin consideración a las particularidades del caso concreto”*. Y en el considerando siguiente, de manera elocuente, *“se advierte que el razonamiento empleado por la cámara implicó un punto de partida equivocado. Era la conveniencia de C lo que debía justificar cambiar su status quo y no, la invocación apriorística de motivos de orden “natural”*”, recordando como normativa de carácter superior al mencionado art. 206 del Código Civil, *“que no existe en la Convención sobre los Derechos del Niño preeminencia alguna a favor de uno de los padres. Tal es así, que su artículo 18 dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo”*.

¿Cómo evitar este tipo de conflictos que obliga al Derecho tener que elegir o inclinarse por uno de los padres como “el mejor” para la crianza de su hijo? ¿No era que es mejor para los hijos que ambos padres sean “mejores”? ¿Cómo sortear esta disyuntiva?

55. CSJN, 29/04/2008, M. D. H. c. M. B. M. F., LL, 2008-C, 694 y Fallos Corte: 331:941.

Es aquí donde el derecho comparado ha mostrado grandes avances en materia legislativa y, en algunos países, este desarrollo ha ido de la mano de los aportes provenientes de la doctrina y jurisprudencia como acontece en el derecho argentino. Veamos, varios países receptan la idea de “coparentalidad” a través de la figura de la “tenencia o custodia” compartida, que aquí por las razones expuestas se prefiere denominar “ejercicio compartido de la responsabilidad parental”.

En varios países, esta aceptación de la “tenencia compartida” ha surgido de la admisión de los acuerdos arribados en este sentido por los propios padres en los procesos de divorcio no contenciosos o de carácter objetivos.

En Argentina, en un primer momento, este tipo de acuerdos fueron denegados porque se entendía que afectaba a los chicos el llamado “síndrome de las dos mochilas”, es decir, el tener dos casas. Con el tiempo, y con aportes provenientes de otras profesiones, se entendió que lo que es dañino para los niños es cómo se lleva adelante ambas casas y en particular, la buena relación y comunicación entre los adultos.

En la actualidad del derecho argentino, salvo excepciones, este tipo de acuerdos son aceptados, al entenderse que no hay personas que estén en mejores condiciones de saber lo que es beneficioso para sus hijos que los propios padres. Aceptación ésta, que responde —en definitiva— a la mayor apertura que ha tenido el principio de la autonomía de la voluntad en el campo de las relaciones entre adultos que se habría extendido al vínculo entre padres e hijos.

¿Qué debería decir la ley dado el efecto pedagógico que posee ante la falta de acuerdo? O sea, cuál debería ser el régimen legal supletorio. Es aquí donde en los últimos años varias legislaciones extranjeras han pasado de un régimen unipersonal al compartido, mostrando ellas técnicas o modos de regular esta cuestión bien diferente. Textos legales que, en definitiva, muestran cierta desconfianza por la posibilidad de que los padres “compartan” el ejercicio de la patria potestad y en cambio, otras que realmente estarían a favor de este sistema.

Muy variado es el formato legislativo que le otorgan distintas legislaciones en América Latina.

Veamos, el Código Civil mexicano dispone que “*deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres*” (art. 283). El Código de Familia de El Salvador expresa que “*el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, serán de responsabilidad de ambos cónyuges*” y que éstos deben prestarse cooperación y ayuda, para el desempeño de actividades lícitas, emprender estudios o perfeccionar conoci-

mientos” (art.39). Por su parte, el art. 177 del Código Civil uruguayo establece que *“Las convenciones que celebren los cónyuges y las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos anteriores, sólo podrán recaer válidamente sobre la tenencia de los hijos, que podrán ser confiados a uno, a ambos cónyuges o a un tercero o repartida entre ellos (...)”*. A pesar de estos avances legislativos acorde con el mencionado principio de igualdad entre hombre y mujer, lo cierto es que la legislación más elocuente en esta materia en la región sería la brasilera.

La ley 11.698 del 13/06/2008 introduce la figura de la guarda compartida en el Código Civil brasileiro. Así, el Art. 1583 de la normativa civil dispone: *“La guarda será unilateral o compartida. § 1o Se entiende por guarda unilateral la atribuida a uno de los dos progenitores o alguien que los sustituya y por guarda compartida, la responsabilidad conjunta y el ejercicio de los derechos y deberes del padre y la madre que no viven bajo el mismo techo, concernientes al poder familiar de los hijos comunes (...)”*. Tras esta definición que se refiere más al ejercicio de la responsabilidad y no tanto al aspecto fáctico como lo es la “tenencia”, el art. 1584 señala que *“La guarda, unilateral o compartida podrá ser: I – Requerida, por acuerdo del padre y la madre (...) II – Decretada por el juez, en atención a las necesidades específicas del hijo en razón de la distribución del tiempo necesario de convivencia de éste con el padre o con la madre. § 1o En la audiencia de conciliación, el juez informará al padre y a la madre del significado de la guarda compartida, su importancia, la similitud de deberes y derechos atribuidos a los progenitores y las sanciones por el incumplimiento de las cláusulas. § 2o Cuando no haya acuerdo entre la madre y el padre, la guarda del hijo será aplicada, siempre que sea posible, la guarda compartida”*. Esta última expresión es elocuente y, en definitiva, las posiciones a la legislación brasileira a una de las más avanzadas y a tono con el reiterado principio de igualdad entre los padres y, conjuntamente, el del interés superior del niño.

Cruzando el Atlántico, podemos observar diferentes posturas legislativas en el amplio espectro de leyes que efectivamente regulan la tenencia o custodia compartida.

En este marco, se observarían legislaciones que dejan entrever cierta desconfianza al sistema biparental y otros que, por el contrario, realmente consideran que es lo mejor en el interés de los hijos y del núcleo familiar en general. Un ejemplo de la primera perspectiva más restrictiva es la ley española 15/2005, mediante la cual se introdujo una reforma radical en el régimen jurídico de la separación y el divorcio, como así también sobre sus efectos. En el tema en estudio, el Art. 92. 5 se admite que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando: (a) así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o (b) cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. En ambos supuestos, la ley ordena a los jueces que *“al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumpli-*

miento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. De este modo, se debe fundamentar y tener “cautela”.

Otra normativa que tampoco terminaría de “animarse” y “confiar” por el sistema en análisis, es la ley italiana n° 54 del 8/2/2006 que modifica el art. 155 del Código Civil en los siguientes términos. El primer párrafo a modo de principio general, expresa: “*También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre)*”. En el párrafo siguiente: “*En relación al primer punto, el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación*”. Y el tercer párrafo: “*El juez, además, tiene que tener en cuenta (...) Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez*”.

Sí muestran confianza en las virtudes del sistema biparental dos leyes autonómicas españolas recientes. La primera es la ley de Aragón 2/2010, del 26 de mayo “de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, en cuya Exposición de Motivos destaca que “La presente ley, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Esta ley recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos”. En este marco, el art. 6 en su inc. 1 prevé que “*En los casos de custodia compartida, se*

fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad”, agregando en el inc. 2 que “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores (...)”.

La segunda y más reciente aún es la Ley 25/2010 del 29 de julio que reforma el libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, cuya entrada en vigor fue en enero del 2011. En su Preámbulo se afirma que *“la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han adoptado normas en esta dirección. Eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que el libro segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda”.* En total consonancia con esta filosofía, el mencionado artículo 233-8 sobre “Responsabilidad parental” expresa que *“1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9. 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor”.*

Este breve panorama legislativo es hábil para mostrar cómo el principio igualitario que proclaman tantísimos instrumentos internacionales de derechos humanos ingresa al plano legislativo estatal de la mano de diferentes figuras jurídicas, siendo una de ellas la tenencia, cuidado o custodia compartida. Precisamente, la mayor inserción de la mujer en el mercado laboral entre otros fundamentos más de tinte sociológicos, obligan a revisar las relaciones tradicionales, rígidas y estereotipadas conformadas por una mujer ama de casa y un hombre proveedor.

Tan es así, que en el derecho argentino aún sin ley que regule la institución en análisis, algunos precedentes jurisprudenciales han ordenado la tenencia compartida de manera “forzada”, aún sin haber sido solicitada por uno de los progenitores.

Uno de los fallos aleccionadores al respecto a sido el dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en fecha 05/12/2007⁵⁶.

Se trataba de un típico conflicto de tenencia entre padres separados que involucraba a dos hijos preadolescentes que vivían en una ciudad de la Provincia de Buenos Aires (Lomas de Zamora) con la madre. Esta consiguió trabajo en otro lugar también en la Provincia de Buenos Aires pero muy alejado de donde los hijos habían tejido sus relaciones sociales, queriéndose la madre mudar a este lugar (Pilar) con sus hijos. Ante este panorama, el padre solicita el cambio de tenencia. En primera instancia, los jueces (se trata de un tribunal colegiado especializado en familia), hace lugar a la solicitud de cambio peticionado por el padre, en atención a que en la audiencia mantenida con los hijos, éstos habían manifestado la intención de no cambiar de escuela, de amigos y de barrio.

En ese estado llega la causa al máximo tribunal provincial quien impuso el ejercicio compartido de la patria potestad. Lo interesante de este precedente es observar que no sólo se puede alcanzar a la “coparentalidad” si hay acuerdo entre los adultos y que la justicia puede —a través de la imposición— alcanzar que los padres compartan sus responsabilidades.

En el fallo se afirma: *“Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, la pareja parental, pese al divorcio, debe actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos”*. De manera precisa, se asevera que *“En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir”*, advirtiéndose que *“esa permanencia con el padre no posee la naturaleza de la tradicional tenencia unipersonal, en los términos ya expuestos, en cuanto se la entiende como que corre por cuenta de quien cohabita con los niños el manejo en general de las cuestiones que les atañen, mientras que el restante progenitor ocupa un rol secundario de contralor y vigilancia. En otras palabras, no puede mantener vigencia la decisión del tribunal a quo de entregar los niños al padre en tales condiciones sustrayéndolos de la órbita de la madre. Contrariamente, propongo que con independencia de las respectivas cohabitaciones en el marco y tiempo que los propios menores han entendido satisfactorios, se ponga en marcha un sistema absolutamente compartido y común en cabeza de ambos representantes legales”*.

Otro fallo argentino que merece ser destacado es el más reciente dictado por la Cámara Nacional de lo Civil, sala H en fecha 31/05/2010.

56. SCBA, 05/12/2007, B., G.S. c. M. G., R.A., LLBA 2008 (febrero), 50 y LLBA 2008 (mayo), 367.

Aquí se trataba de dos padres que casi no llegaron a convivir. Ella es peruana y el padre argentino. Se conocieron en Argentina pero al poco tiempo ella regresó a su país. El niño nació en el año 2000 en Argentina, donde vive y va al colegio. Durante el receso escolar - los meses de diciembre a marzo- se va con su madre al Perú, quien contrajo matrimonio y tuvo un segundo hijo, medio hermano del niño en “disputa”.

En primera instancia, el juez otorga la tenencia definitiva al padre al entender que su “centro de vida” (elemento o pauta central para dilucidar este tipo de conflictos) se encuentra en Argentina donde vive aquél.

La madre apela la decisión y entiende el tribunal de Alzada.

En primer lugar, se coloca de resalto: *“Es evidente que este pequeño se encuentra tironeado por ambos padres: su madre quien reside en su país natal, Perú, donde quiere llevarlo a vivir juntamente con la nueva familia formada con su actual cónyuge, D., y dos pequeñas hijas, rodeado de su parientes más cercanos -abuelos y tíos-, mientras que su padre, en idéntica postura, pretende que se mantenga el statu quo y que A. continúe viviendo con él y yendo al colegio en la Argentina, no oponiéndose a que durante los recesos escolares pueda ir a visitar a su madre”*. A modo de consideración previa, se afirma que *“Es difícil la tarea para un Juez al deber decidir sobre la vida de una persona, y más, sobre la de un niño, por lo que la decisión que se adopta en este fallo, se hace con el pleno convencimiento que es lo mejor para el menor en este momento de su vida”*. Se recuerda que para decidir la contienda es necesario tener en cuenta los siguientes “principios” como ser: *“a) el de mantenimiento de la situación existente, b) la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos respecto a la tenencia, salvo razones de real importancia; c) la preservación de la convivencia de los hermanos; d) la incidencia de factores económicos; e) la edad; f) el cumplimiento de las obligaciones del progenitor no ejercitante; g) la opinión del Ministerio Público; h) el informe del equipo interdisciplinario, y por último, y no por ello, menos importante, i) la opinión del menor”*.

En atención a la relevancia del derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes que manda la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 12, la Alzada vuelve a entrevistar al niño de 10 años. Al respecto, en la sentencia se dice: *“supo transmitir sus sentimientos de cariño hacia ambos progenitores y el firme deseo de vivir con su madre. Resulta claro que su aspiración, difícil de satisfacer para cualquier Juez, por cuanto implica un cambio importante y decisivo en su vida, al deber dejar a su padre y el colegio al que concurre en la Argentina para integrarse a la familia que formó su madre, ahora casada, con dos nuevas hijas —hermanastras—, y residir la mayor parte del tiempo en un país extranjero, la República de Perú, no por ello debe ser desatendida”*.

La Alzada revoca la decisión de otorgarle la tenencia exclusiva y definitiva al padre fundado en los siguientes argumentos:

- a. *“Es cierto que A. vivió los últimos años en la Argentina con su padre, yendo a un colegio primario estatal, pero lo cierto es que nunca perdió un estrecho vínculo con su madre, al ir de vacaciones durante largo tiempo a Perú, donde reside su familia materna y donde también están “sus amigos”, con quienes iría al nuevo colegio de receptarse favorablemente la demanda”.*
- b. El cambio de postura que adoptó la Defensora de Menores quien, luego del conocimiento directo de los hechos a través de la entrevista personal mencionada, cambió su dictamen y solicitó la revocación de la sentencia de grado, y el otorgamiento de la tenencia definitiva a su madre, por entender claramente que ello contempla mejor el superior interés del niño, frente al presunto interés del adulto.
- c. Que *“Es paradójico, pero al revés de lo que acontece en la actualidad, el menor quiere estar la mayor parte del tiempo con su madre, y por ende, los períodos vacacionales con su padre. El menor no advierte el cambio como un atentado a su seguridad y al entorno físico donde se desenvuelve, sino por el contrario, como la solución más apropiada y natural, estando gozoso de continuar allí sus estudios con “sus amigos”.*
- d. Que el niño tiene dos “centros de vida”, posibles y seguros, pero que el que mejor resguarda el “interés superior del menor” en el sub-júdice (conf. art. 31 inc.f ley 26.061 y art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) es junto a su madre la mayor parte del año.

Por todas estas razones, se decide otorgar la tenencia compartida alternada de ambos progenitores, de modo que durante el año escolar sea su madre, con residencia en Perú, quien tenga el ejercicio de la patria potestad, y durante los periodos de receso escolar, sea su padre, con residencia en la Argentina, quien la ejerza.

Esta sentencia, tira por tierra otro “mito” acerca de la tenencia compartida: que ella es imposible cuando se trata de padres que viven en distintos países.

En suma, todo lo expresado en este apartado sobre los conflictos entre adultos por la crianza de los hijos, refuerza y consolida lo expuesto en cada uno de los apartados anteriores acerca del dinamismo, transformación, cambio y revisión, no sólo del concepto de familia, sino también de los problemas que involucra cuando hay niños, siendo el interés superior del niño la columna vertebral. Pero al tratarse de un concepto indeterminado, el rol de los operadores jurídicos consiste en darle

contenido, para lo cual es importante tener en cuenta la reiterada mirada o perspectiva constitucional- internacional.

6.- CIERRE

Tantísimos son los cuestionamientos que podrían esgrimirse en el campo del derecho de familia actual a la luz de los postulados mencionados a lo largo de esta ponencia por iniciativa de la doctrina internacional de los derechos humanos. Aquí sólo se han esbozado algunos a modo de disparador para un debate renovado, actual y necesario, comenzándose por el principio: noción y contenido del concepto de familia.

Tal como lo ha expresado de manera brillante un reconocido y recordado filósofo del derecho argentino, Enrique Marí, *“El discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión”*⁵⁷.

Esta aseveración es elocuente e indiscutible: la realidad social muestra una gran diversidad de formas de vivir en familia. ¿El Derecho está dispuesto admitir, aceptar y respetar cada una de ellas? No se trataría de una cuestión “voluntarista” por parte de los Estados sino de una obligación de tinte internacional fundado en los Derechos Humanos.

Precisamente como lo ha sostenido un escritor, historiador y periodista Michael Ignatieff: *“El lenguaje de los derechos humanos está ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables”*⁵⁸.

¿Quién es familia y quién no para el Derecho y por qué? Este es un interrogante pendiente. Máxime en estados democráticos que se sustentan en pilares incontrovertibles como el pluralismo y las nociones de igualdad y no discriminación por citar sólo algunos.

Familias matrimoniales, familias convivenciales, familias monoparentales, familias ensambladas, familias homoafectivas, entre otros, comparten dos elementos fundamentales: la fuerza de la realidad y del afecto. Cuáles deberían ser

57. Citado por Cárcova, Carlos M., “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, Courtis, Christian, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 31.

58. Citado por García Méndez, Emilio, “Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 1, primer semestre 2004, <http://www.surjournal.org/esp/index1.php>

reconocidas por el Derecho y cuáles no y por qué, es uno de los principales desafíos que propone el derecho de familia contemporáneo.

Sucede que avanzar y transformar o esconder y silenciar es una decisión política por acción o por omisión. En definitiva, el Derecho es política en el buen sentido del término. En este sentido, se trata de afianzar una determinada política de inclusión (de todas las formas de vivir en familia) o política de exclusión (de sólo algunas). Sobre este debate, el Derecho tiene mucho para decir.

CAPITULO VI

El Derecho Procesal de Familia a través de veintitrés tesis

(En búsqueda de una teoría general de base jurídica pero con dispositivos de conexión a lo transdisciplinario)

Diego Benavides Santos (Costa Rica)⁵⁹.

“...No es verdad acaso que el derecho es armonía. Ahí está el secreto de su fuerza. En el fondo, muy en el fondo, hacer derecho es hacer música. La célula del derecho es el juicio. La célula del juicio es el ritmo...”

FRANCESCO CARNELUTTI.

SUMARIO

Introducción. Tesis I: Existe un derecho procesal de familia; Tesis II: No existe una teoría general del proceso que se haya planteado siquiera el problema de lo procesal familiar; Tesis III: El derecho procesal de familia no es derecho procesal civil; Tesis IV : El derecho procesal de familia puede ser parte de un derecho procesal social; Tesis V: Dentro de ese derecho procesal de familia es muy importante el derecho procesal internacional de familia; Tesis VI: No hay una teoría general del derecho procesal de familia y hay que construirla; Tesis VII: Caminos para la construcción de esa teoría general del derecho procesal de familia; Tesis VIII: La pregunta sobre el propósito, sobre el objeto del proceso de familia es fundamental en el árbol de problemas de lo procesal familiar y la tiene que contestar el jurista dentro de la transdisciplina; Tesis IX: Las generaciones; Tesis X: Influencias y aportes; Tesis XI: Hay una sensación de que aún no existe un sistema satisfactorio; Tesis XII: Números y estadísticas; Tesis XIII: Indicadores para diagnósticos; Tesis XIV: Eficacia de sistemas procesales familiares; Tesis XV: La consolidación de una cultura jurídica y transdisciplinaria alrededor de lo procesal familiar pues aún y cuando se haya promulgado una ley de la materia, lo cierto es que hay una tendencia natural a lo preestablecido, a lo tradicional; Tesis XVI: Es fundamental la reunión y relación continua de personas interesadas en lo procesal familiar; Tesis XVII: Principios especiales del derecho procesal de familia; Tesis XVIII: El perfil del operador del sistema procesal de familia es fundamental para el éxito de dicho sistema; Tesis XIX: El planteamiento de los poderes y deberes del juez o jueza de familia en forma diferenciada a otros sistemas procesales es fundamental; Tesis XX: Glosario técnico; Tesis XXI: Nombre de la disciplina en un futuro; Tesis XXII: La regulación de un sistema procesal de familia permeado por la transdisciplina debe hacerse en un único instrumento legislativo que dibuje todo el sistema, el mismo debe diseñarse como una estrategia a partir de un marco teórico y lógico; Tesis XXIII: Así como Centro América es la región donde existen más Códigos de Familia, El Salvador es el que presenta condiciones más interesantes para desarrollar la doctrina de lo procesal familiar.

59. Juez del Tribunal de Familia, San José, Costa Rica. Abogado. Máster en Administración de Justicia con énfasis en Derecho Civil. Capacitador de la Escuela Judicial de Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de varios ensayos, ponencias y libros, diagnóstico, macro y microdiseño curricular y marco teórico relativos al derecho procesal de familia, tomo posición sobre algunos aspectos alrededor de esta disciplina, planteamientos o proposiciones que llamo tesis.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, “tesis” tiene cuatro acepciones. Conclusión, proposición que se mantiene con razonamientos. Otro significado de la palabra es: opinión de alguien sobre algo. La tercera implica una disertación escrita que presenta a la universidad el aspirante al título de doctor en una facultad. La última acepción es relacionada con la música. Golpe en el movimiento de la mano con que se marca alternativamente el compás. Por el momento las “tesis” que propongo en este trabajo son de la segunda acepción, a saber opiniones, esperando que en algún momento las mismas pasen a la categoría de la primera significación y ojalá generen o inspiren trabajos en la tercera acepción. Y hasta me gustaría imaginar una aplicación metafórica con la cuarta, de manera que logremos marcar un compás.

Dichas tesis versan sobre la existencia misma de dicha disciplina, la construcción de una teoría general, las bases para la construcción de esa teoría general, la evolución en generaciones de los sistemas procesales familiares, las fuerzas que se mueven en dicha evolución como influencias y aportes. Luego hay tesis sobre estadísticas, la proposición de indicadores para diagnósticos, la eficacia de los sistemas procesales familiares, los principios especiales del derecho procesal de familia, para cerrar con un inicio de glosario técnico incluyendo un nuevo nombre para la disciplina. Pasemos entonces a esgrimir dichas tesis comenzando por la existencia de la disciplina.

TESIS I:

EXISTE UN DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

Hablar en el siglo XXI de una ciencia autónoma es bastante sospechoso, salvo que se haga en un carácter relativo y para denotar algunos principios que explican un fenómeno.

En algún tiempo se mantuvo que una rama ostentaba “autonomía científica” si tenía “autonomía legislativa”, “autonomía jurisdiccional” y “autonomía docente”. Desde luego que haciendo retrospectivas y prospectivas encontramos que estos factores son de orden relativo e histórico. En una etapa inicial era un absurdo hablar de Derecho Procesal de Familia pues esa área del derecho se encuentra subsumida en el derecho procesal civil. En una etapa intermedia de desarrollo se vuelve oportuno

tuno aunque arrojado hablar de derecho procesal de familia. Ya en una etapa de desarrollo donde se da una perfección de los factores alrededor de lo procesal de familia, desde luego que resulta más que consistente hablar de esa disciplina, y como veremos hasta limitado. En una tesis posterior hablaremos de estas etapas a las cuales denominaremos generaciones. Esa tal “autonomía” de las ramas del derecho se trata de relevancia y de sofisticación alrededor de un tipo de fenómenos, en nuestro caso, los conflictos que surgen dentro de las relaciones familiares.

La lógica que debe utilizarse es simple. Si el derecho procesal penal es una rama autónoma el derecho procesal de familia también lo es. Si el derecho procesal civil es una rama autónoma del derecho también lo es el derecho procesal de familia.

Por otra parte, así como puedo mirar el derecho de fondo de familia en mi microscopio para estudiarlo y sistematizarlo, puedo poner ante mi lupa la parte procesal y organizacional de familia para estudiarla y sistematizarla. Ese estudio es el derecho procesal de familia.

El profesor Jorge L. Kielmanovich define el derecho procesal de familia como “... aquella rama del Derecho Procesal que estudia los principios y normas que regulan los procedimientos extracontenciosos y contenciosos que tienen por objeto acordar eficacia a una relación o situación jurídica o resolver un conflicto fundado en el Derecho de familia...” (En Derecho Procesal de Familia tras las premisas de su teoría general, página 14).

En lo personal, y conforme se terminará de explicar en las tesis de las generaciones y en la relativa a un nuevo nombre para la disciplina, por ahora debemos decir sobre el derecho procesal de familia que *de la misma forma que hasta ahora se han definido áreas del derecho como el derecho procesal penal, derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal laboral, derecho procesal contencioso administrativo, etc, denominase así en segunda generación de los sistemas procesales familiares, al estudio de normas y principios jurídicos que regulan los trámites judiciales en los asuntos de familia.*

TESIS II:

NO EXISTE UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO QUE SE HAYA PLANTEADO SIQUIERA EL PROBLEMA DE LO PROCESAL FAMILIAR

Igual que ocurre con los procesalistas penales (Ver al respecto: Llobet, Javier: Derecho Procesal Penal, tomo I, página 62 a 66), en el derecho procesal familiar debe criticarse la denominada “teoría general del proceso” puesto que no se ha construido tomando en cuenta la fenomenología de lo procesal familiar. El esfuerzo unificador, rechazado por los procesalistas penales, se ha centrado en demostrar su

aplicabilidad para el proceso civil y para el proceso penal, pero hasta ahora, no ha existido ese esfuerzo para lo procesal familiar, por lo que para los procesalistas familiares resulta muy limitada la utilidad de la teoría general del proceso, aunque quizás, concluyan sus teóricos, que el interés es para encontrar excepciones.

Resulta interesante el esfuerzo que se realizó en Costa Rica de realizar un “Código Procesal General”, teniendo como resultado un proyecto que planteó como “generales” los principios del proceso civil, lo que llevó al fracaso de la iniciativa. El esfuerzo “generalizador” conllevaba un reacomodo de la legislación procesal familiar, pero quedando en el mismo nivel que tenía hasta ese momento, incrementando la dificultad de la aplicación de lo procesal familiar.

Habrà que hacer un diagnóstico con el Código General del Proceso de Uruguay, y ahora el de Colombia. ¿Dicho paso ha significado un progreso de lo procesal familiar? ¿O bien mantenerlo en el mismo nivel? ¿O bien ha significado una involución o un retroceso? Mi opinión es que lo último es lo que se da en estos esfuerzos que se vuelven más teóricos que prácticos y que en una teoría que está en proceso de construcción, es echar un ancla en plena navegación.

El esfuerzo teórico y práctico que urge en este campo es el de profundizar en la fenomenología de lo procesal familiar y la alianza que sí le conviene es la de acercarla al derecho de familia de fondo. Es mejor construir al o a la procesalista familiar sobre los hombros del familiarista que sobre el procesalista de otra materia, como lo señala el profesor Llobet sucede en lo penal y el procesal penal en Alemania y señala que no es lo mismo que se ha planteado en España con lo procesal.

TESIS III:

EL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA NO ES DERECHO PROCESAL CIVIL

Esta tesis desde luego que no es planteada para los centroamericanos, pues la existencia de un derecho procesal de familia, a partir de una relevancia histórica que se le ha dado en la zona al derecho de familia, resulta más que obvia.

Pero en estos momentos la historia centroamericana no es la misma que la de otras regiones en las cuales la tradición de lo procesal civil retiene a lo procesal de familia, en virtud de que el derecho civil retiene al derecho de familia. Por ende, es necesario, enfatizar esta idea.

El carácter instrumental del proceso plantea desde luego que el proceso debe ser un instrumento idóneo para aplicar el derecho de fondo. Es indiscutible la existencia de un derecho de familia como sistema autónomo diferente al sistema del derecho civil; es un tema que ni se discute, y que la cultura jurídica da como

un hecho. El sistema de derecho de familia tiene como eje la familia y temas afines de poblaciones especialmente vulnerables, y el sistema de derecho civil tiene como ejes la propiedad, el contrato, la empresa, la producción de bienes y servicios.

Ahora bien, recordemos que la historia de escisión del derecho civil y del derecho procesal civil no es nuevo y eso es lo que ocurre en este caso.

Recordemos que Francesco Carnelutti escribió sobre el proceso penal: “Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores. Se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran mas bellas y mas prósperas, había tenido una infancia y adolescencia desdichadas.

Con la primera le correspondió dividir por mucho tiempo la misma habitación. Y aquella retuvo para sí lo bueno y lo mejor. ..” (La Cenicienta, en Cuestiones sobre el Proceso Penal.)

No obstante estas tesis, hemos de entender con el planteamiento que se hará sobre las generaciones, que quien quiera clasificar el derecho procesal de familia como parte del derecho procesal civil, estará en una etapa de la evolución denominada etapa primitiva o de negación del derecho procesal de familia.

TESIS IV:

EL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA PUEDE SER PARTE DE UN DERECHO PROCESAL SOCIAL

Existen ramas de lo procesal, que comparten un camino de escisión del proceso civil y en las cuales podrían encontrarse comunes denominadores más que en la llamada teoría general del proceso, como es el caso del derecho procesal laboral y el derecho procesal agrario. La simplificación de los procedimientos, no de nombre, sino una simplificación real puede llevar a un camino compartido. La necesaria gratuidad y amplio acceso a la justicia va por ese rumbo. Igual sucede con una necesidad de flexibilidad en la aplicación de las normas procesales en atención a un requerimiento de justicia “justa”. La superación de reglas de prueba para confiar más en el juez el análisis e interpretación de las probanzas. Igual la superación de antiguas fórmulas de cargas probatorias para evolucionar hacia otras que implican un derecho mas justo, que no parta de una “igualdad de armas” sino de una “igualdad por compensación” como planteó el profesor Couture en su ensayo sobre el derecho procesal del trabajo. Esas construcciones alrededor de esas ideas para un proceso más equitativo con más acceso y menos formas podrían conformar más una teoría general para el proceso de familia que la “teoría general del proceso”.

TESIS V:**DENTRO DE ESE DERECHO PROCESAL DE FAMILIA ES MUY IMPORTANTE EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL DE FAMILIA**

Uno de los ejes que se muestra con suma frecuencia en la realidad normativa es la regulación de asuntos de familia y de grupos vulnerables a través de instrumentos internacionales. Los tratados de la Organización de Naciones Unidas del rango de la Convención sobre Derechos del Niño o la CEDAW o bien la relativa a personas con capacidades especiales. Igual los emanados bajo la égida de la Organización de Estados Americanos en temas alimentarios o de sustracción internacional de personas menores de edad. O bien los contruidos en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En esta última es de suma importancia la red de enlace de jueces y juezas de familia y conceptos como las comunicaciones judiciales directas.

TESIS VI:**NO EXISTE UNA TEORÍA GENERAL Y HAY QUE CONSTRUIRLA**

Los primeros cuestionamientos que plantea la existencia de un Derecho Procesal de Familia, es la construcción filosófico-ideológica de una teoría general que abarque el sistema o los sistemas de resolución de conflictos en las estructuras familiares. Si entendemos por teoría general una *abstracción de conocimientos con vista en el fenómeno completo, con independencia de tiempo y lugar pero derivado de un estudio integral en parte del fenómeno positivo comparado, la teoría general del derecho procesal de familia sería la abstracción de conocimientos alrededor del fenómeno procesal familiar independientemente de sus concreciones históricas, pero derivado del estudio integral del fenómeno positivo de lo procesal familiar y que se convierte en el espejo cualitativo y cuantitativo de un sistema procesal familiar en un momento y lugar determinado. Un ejercicio importante para lograr esas abstracciones es pensar cómo sería una transición a un mejor sistema que el actual en un lugar y tiempo determinado, o bien a una redefinición de un sistema de resolución de conflictos familiares.*

Acá habrá que plantear un gran objetivo que no se encuentre tal vez únicamente para este sistema o sistemas de resolución de conflictos familiares sino para la confluencia del derecho de familia de fondo y del procesal (entendido como organización y procedimientos). Yo he propuesto para Costa Rica, por ejemplo, la calidad de vida dentro de las relaciones en las estructuras familiares. A partir de ello, encontramos sistematicidad entre el derecho de fondo y el procesal, el gran propósito es el mismo, las organizaciones y los procedimientos deben tender entonces hacia eso, son medios para ese propósito y serían un vehículo para que

propiciando la aplicación del derecho de fondo, se logre de mejor manera el gran propósito. Ahora bien, ha de construirse o redefinirse la dimensión organizacional y procedimental a base de una visión estratégica que se tenga del sistema a construir. Cuáles serían los objetivos específicos y los valores específicos a tutelar en pos del gran propósito de todo el área sustantivo- procesal de familia. Una vez que se tengan dichos objetivos específicos y valores específicos que se han de tutelar a través de las organizaciones y de los procedimientos, deben definirse los roles de cada una de las unidades organizacionales y su funcionalidad. Luego debe hacerse una redefinición de los procedimientos estableciendo objetivos específicos para esos procedimientos en pos del gran propósito en consonancia con los objetivos planteados para las organizaciones y procedimientos.

En esos procedimientos habrá de diseñarse un sistema, estableciendo como tradicionalmente ha hecho el derecho continental, una serie de soluciones de lo general a lo específico, de lo abstracto a lo concreto, etc, todo siguiendo ciertas líneas que deberían servir para aplicar el sistema, para interpretar el sistema y para decidir cuando las soluciones no estén previstas, y esto es lo que se ha denominado principios procesales. Este siempre será todo un tema. Pues podríamos hablar de principios que son la esencia del Derecho Procesal de Familia, o bien, de principios histórico-ideológicos que son la base de un sistema concreto de Derecho Procesal de Familia. Ambos son importantes en la construcción de una teoría general del Derecho Procesal de Familia. Unos por su valor científico en pos de la sistematización y los otros por su estimación empírica en pos de ciertos objetivos también de corte ideológico. Entonces ese paso del fenómeno positivo hacia abstracciones que permitan lograr la ruptura en el fenómeno de lo procesal familiar relativo a tiempo y lugar, es la propuesta de una teoría general del Derecho Procesal de Familia. Estamos comenzando en este esfuerzo.

TESIS VII:

CAMINOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE ESA TEORÍA GENERAL

La construcción de esa teoría general debe partir de estudios de derecho comparado y de filosofía, psicología y sociología en el fenómeno de la resolución de conflictos familiares. En esa construcción es importante la dimensión filosófico ideológica como herramienta para el cambio social y cultural en pos de la equidad y el equilibrio en la familia, como también lo es el estudio del derecho positivo, pero este estudio de derecho positivo para que sea realmente enriquecedor para una teoría general es importante que se haga de derecho comparado.

Para ilustrar lo enriquecedor que he encontrado los periplos por las diversas manifestaciones del procesal familiar en el mundo, bien vale parafrasear las conclusiones que tuvieramos en el 2006 en el trabajo de derecho comparado en el mundo:

“...En el mundo hispano podemos palpar la tendencia a la promulgación de cuerpos normativos procesales especiales como es el caso de El Salvador, el Estado de Hidalgo de México, Chile. Otra tendencia es a la promulgación de leyes especiales que reforman y adicionan otras: Perú, Buenos Aires. También está el caso de Panamá y de Bolivia que regulan sus procedimientos familiares dentro del Código de Familia. España, Francia, Italia y Alemania conservan la legislación procesal familiar en su código procesal civil, y siempre las respectivas leyes orgánicas de lo judicial se dedican a la estructura judicial y del ministerio público. Este tema del ministerio público es muy interesante ya que en muchos países existe el puesto o cargo de “fiscal de familia” y en algunas legislaciones se le tiende a dotar de funciones incluso de mediadores. Surgen en las legislaciones cargos como el de consejero de familia o bien el asesor civil de familia e incapaces. Hay situaciones en que las legislaciones permiten la no presencia de un profesional en derecho o bien permiten la representación de las partes por sí. El tema de los consejos técnicos, o equipos interdisciplinarios, o de expertos resulta de mucho interés en las comparaciones. También hemos de observar varios tipos de tribunales que se ocupan de lo familiar siendo la tendencia el tribunal especializado y exclusivo para la materia, aún y cuando en algunos países lo que existe son divisiones especializadas de un tribunal, o bien que un juez de un tribunal es delegado para el conocimiento de los casos familiares. En varios países es exigida la certificación como abogados especialistas en derecho de familia luego de una examinación concreta en la materia y de su respectiva capacitación especial. Las barras o colegios de abogados tienen su sección de especialistas en la materia. La existencia de programas o servicios y su concatenación por parte del tribunal con las partes para que resuelvan las dimensiones no legales de los asuntos, como las emocionales, es un aspecto muy significativo. La tendencia al proceso oral es indiscutible.

La privacidad de las audiencias es una tendencia marcada aunque hay ordenamientos en los cuales no hay normas específicas y se aplica la publicidad. Países de tradición adversarial especialmente los del common law aceptan la necesidad de incluir elementos inquisitorios en los procesos familiares, como es el caso de Inglaterra y Gales, para adaptar sus “procedures rules” a la Children Act 1989, es decir, a la Convención sobre Derechos del Niño (...). La mediación y la conciliación familiar son también una tendencia clara de las legislaciones, contando algunos de los tribunales con servicio de mediación. Podríamos encontrar que en el tema de los procedimientos familiares, o de los “family proceedings”, o de los “procedures familiares” existe una clara tendencia al acercamiento, tendiendo claramente hacia algunas de las características de los procedimientos del modelo del common law: oralidad, potenciación de las soluciones negociadas, la sensibilidad a que lo legal es una parte de la solución pero que se requieren otras herramientas. No obstante, como dijimos, los países del common law tienden a una moderación del modelo adversarial...”.

Hemos de enfatizar, como se plantea en las tesis VIII y X, que el derecho es parte de la cultura, y qué más evidenciado esto que con este trabajo del derecho comparado, y de ahí que es claro cómo los estudios de sociología en el derecho de familia, siguiendo a Renato Treves, son de mucha relevancia.

En cuanto a la filosofía en el derecho procesal de familia basta que observemos la tesis I sobre la misma existencia de la disciplina, y la siguiente que es la tesis IX, sobre los principios que son la esencia de lo procesal familiar.

TESIS VIII:

LA PREGUNTA SOBRE EL PROPÓSITO, SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO DE FAMILIA ES FUNDAMENTAL EN EL ÁRBOL DE PROBLEMAS DE LO PROCESAL FAMILIAR Y LA TIENE QUE CONTESTAR EL JURISTA DENTRO DE LA TRANSDISCIPLINA

La construcción de la teoría general del derecho procesal de familia debe elaborar su árbol de problemas. Pero señalo dentro de ese árbol de problemas el propósito u objeto del proceso de familia. El para qué del juicio de familia. Así como señalar la importancia de la pregunta, es relevante definir quién o quiénes la deben contestar. El jurista la planteará, pero la respuesta no la debe dar él o ella. O por lo menos no la debe contestar solo.

Valeska von Koller Fournier ha enfatizado la necesidad de la transdisciplina y del abordaje transdisciplinario. Define y diferencia la pluridisciplina y la interdisciplina:

“La pluridisciplinariedad concierne al estudio de un objeto de una disciplina por varias disciplinas a la vez. El conocimiento de un objeto de estudio perteneciente a una disciplina es profundizado por el aporte pluridisciplinario de las demás. Así el análisis pluridisciplinario desborda a las disciplinas, pero su finalidad está incluida en el marco de los objetivos de una disciplina específica”.

La interdisciplinariedad tiene por objetivo transferir métodos de una disciplina a otra. La interdisciplina también desborda a las disciplinas e incluso contribuye al nacimiento de nuevas disciplinas, pero sigue inscribiéndose dentro de los marcos y los objetivos de la investigación disciplinaria.” (Criterios de validación para replicar el modelo plan piloto de pensiones alimentarias en el Segundo Circuito Judicial de San José, Universidad Nacional, setiembre de 2011, p. 99).

Luego Von Koller, a partir de varios autores, nos explica lo que es la transdisciplina:

“La Transdisciplinariedad en cambio, dice Nicolescu, tiene por finalidad la comprensión del mundo presente desde el imperativo de la unidad del conocimiento. Su interés es la dinámica de la acción inscrita en distintos niveles de realidad, y se apoya en la existencia y percepción de distintos niveles de realidad, en la aparición de nuevas lógicas y en la emergencia de la complejidad”.

Continúa dicha autora planteando lo que significa un abordaje transdisciplinario:

“La principal tarea es la elaboración de un nuevo lenguaje, de una nueva lógica, y de nuevos conceptos que permitan un dialogo genuino entre diferentes dominios. La transdisciplinariedad no es una nueva disciplina, una herramienta teórica, o una super-disciplina. Es la ciencia y el arte de descubrir puentes entre diferentes objetos y áreas de conocimiento”.

Parte de una realidad compleja, y no se dispone a simplificarla, sino a objetivar la complejidad del sujeto que investiga, y distinguirlo, sin exiliarlo de aquello que investiga: parte de la existencia de una relación entre investigador, realidad y conocimiento.” (Von Koller, 105).

Este tipo de paradigma que plantea von Koller es el que requiere el proceso de familia para plantear y contestar su árbol de problemas.

TESIS IX:

LAS GENERACIONES

Si en general dentro de una acepción, generación es cada una de las fases de una técnica en evolución, en que se aportan avances e innovaciones respecto a la fase anterior, las generaciones de los sistemas procesales familiares son las diferentes etapas históricas por las cuales atraviesan estos sistemas, y puede ser relativo a un sistema determinado o bien en un cotejo en el derecho comparado. Puede ser relativo a un indicador o a un grupo de indicadores o bien a un balance general.

El estudio tanto en mi país como en el mundo me reveló que la evolución en cuanto a los “sistemas procesales familiares”, evidenciaba al menos tres etapas o fases, y que el identificar estas tres etapas, fases o bien “generaciones” nos daba una escala de medida de evolución de estos sistemas y que esto nos daba un punto de apoyo referencial para hacer diagnósticos en los diferentes sistemas.

Así hablamos de sistemas de primera generación, segunda generación o tercera generación. La primera generación implica un sistema primitivo negación de la existencia de un derecho procesal de familia.

Un sistema de Derecho Procesal de Familia de segunda generación (etapa intermedia) será aquél en el cual se dan ciertos visos de especialidad, por ejemplo surgen tribunales de familia o divisiones especializadas de familia, sin embargo, la preparación ideológica de cambio cultural en la aplicación del Derecho de Familia y de los procedimientos de Familia no se ha consolidado.

Un sistema de Derecho Procesal de Familia de tercera generación (etapa de plenitud) es aquél que suma tribunales especializados dentro de una cultura organizacional que enfatiza su importancia y propende hacia su crecimiento en detalles como la medición de variables de justicia de calidad en el área de resolución de conflictos familiares.

TESIS X:

INFLUENCIAS Y APORTES

De acuerdo con los estudios de derecho comparado que hemos hecho, hemos de llegar a la conclusión de que Europa continental ha evolucionado muy lentamente, América Latina ha hecho aportes con sus leyes especiales, y Asia deja patente el papel estandarizador de la influencia de los sistemas del common law con sus ejes en la oralidad, la resolución alterna de conflictos y con la premisa para el proceso de familia de que el ámbito jurídico es uno de las que existen para abordar el complejo conflicto familiar, pero no el único ni el óptimo.

TESIS XI:

HAY UNA SENSACIÓN DE QUE AÚN NO EXISTE UN SISTEMA SATISFACTORIO

En conversaciones que sostenido con expertos de la materia provenientes de varios lugares, en especial con la jueza estadounidense Judith Kreeger, he percibido un sentimiento de que aún no hay un sistema que resulte satisfactorio. La jueza Kreeger me ha mencionado que existe un movimiento en este sentido y que planean reunirse y hacer planteamientos. Esta noción es importante transmitirla a los jóvenes y estudiantes pues es importante establecer el estado de la cuestión.

TESIS XII:**NÚMEROS Y ESTADÍSTICAS**

El tema de los números resulta muy revelador, y ¿podríamos encontrar una media que son un veinte por ciento los casos de familia que ingresan a los sistemas judiciales? Escuchando recientemente al Magistrado penalista del Japón, don Yuki Furuta, supe que de los cinco millones de causas que entran al sistema judicial japonés, un millón de éstas son de la materia familiar. ¿Veinte por ciento? Inmediatamente se me convirtió esa proporción o porcentaje en una hipótesis a cotejar con los diferentes países. La primera corroboración la hice en mi país, y resulta que apartando un distractor, una sinrazón de mi país, como son las infracciones de tránsito que son alrededor de medio millón, del resto, medio millón de causas, observamos cómo son ciento cinco mil los asuntos de familia, es decir poco más del veinte por ciento.

Los números desde luego que son una pauta que debe explorarse, pues nos presenta desde luego las expectativa de que se trata de los temas que hay que estudiarlo, para contar con sistemas procesales eficientes y que den una respuesta adecuada conforme con las pautas de estos tiempos. Bien el fenómeno chileno desnudó su importancia, de hacer prospectivas cuando un sistema se quiere estrenar y retrospectivas comparadas sobre otros países. Acá hay una cantera importante de explorar y aprovechar. Lo que pasó en Chile, fue que se partió del número de demandas pero cuando se renovó el sistema, y las demandas prácticamente se triplicaron. Análisis integrales e interdisciplinarios en la Teoría de los Sistemas de Resolución de Conflictos Familiares, y dentro de esto, la administración y gestión es básica y las estadísticas y sus lecturas son imprescindibles. Acá la faceta de la administración para la administración de justicia familiar se impone para estos tiempos, y entendemos como tal los conocimientos para una mayor racionalización y óptima disposición de los recursos que tiendan a la eficiencia, eficacia y calidad de los procesos judiciales de familia.

TESIS XIII:**INDICADORES PARA DIAGNÓSTICOS**

Definimos como diagnóstico de los sistemas procesales familiares a la descripción, evaluación y análisis de la situación actual y la trayectoria histórica de un sistema procesal familiar, por lo tanto, implica un conocimiento cuantitativo y cualitativo de la realidad existente y una apreciación de las posibles tendencias de los indicadores y variables lo cual permite hacer prospectivas y retrospectivas y un balance general del mismo. Y entendemos como indicadores de los sistemas procesales familiares la medida sustitutiva de información de un sistema procesal familiar determinado, sea cualitativa o cuantitativa, y que permite hacer compa-

raciones en aspectos significativos. De esta manera, si dentro de la acepción que hemos escogido de “generación” significa cada una de las fases de una técnica en evolución, en que se aportan avances e innovaciones respecto a la fase anterior, las generaciones de los sistemas procesales familiares son las diferentes etapas históricas por las cuales atraviesan estos sistemas, y puede ser relativo a un sistema determinado o bien en un cotejo en el derecho comparado, pero en concreto estar en determinada generación puede ser relativo a un indicador (en el indicador “x” este sistema procesal familiar está en “y” generación) o a un grupo de indicadores o bien a un balance general (aún y cuando este sistema procesal familiar presenta indicadores de otras generaciones, como un balance general está en “z” generación). Ahora bien, en trabajos posteriores deberemos definir los indicadores fundamentales para realizar diagnósticos de los sistemas procesales familiares, porque igual, en este tema, estamos también en una etapa muy preliminar.

TESIS XIV:

EFICACIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES

El derecho es parte de la cultura, y puede servir para mantener un status quo o bien para suscitar cambios sociales. El Derecho Procesal de Familia será más eficaz y más democrático teniendo como presupuesto el conocimiento y la internalización de los habitantes destinatarios.

TESIS XV:

LA CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA JURÍDICA Y TRANSDISCIPLINARIA ALREDEDOR DE LO PROCESAL FAMILIAR PUES AÚN Y CUANDO SE HAYA PROMULGADO UNA LEY DE LA MATERIA, LO CIERTO ES QUE HAY UNA TENDENCIA NATURAL A LO PREESTABLECIDO, A LO TRADICIONAL

El sistema salvadoreño, el chileno y otros que opten por un diseño procesal específico para el conflicto familiar deben tener muy claro que esa ley debe afianzarse con una fuerte cultura de lo procesal familiar. Deben establecerse cursos sobre lo procesal familiar, maestrías y posgrados. Debe instarse a la investigación y a la sofisticación conceptual y práctica.

TESIS XVI:

ES FUNDAMENTAL LA REUNIÓN Y RELACIÓN CONTINUA DE PERSONAS INTERESADAS EN LO PROCESAL FAMILIAR

Lo cierto es que hay una tendencia natural a lo preestablecido, a lo tradicional, como propusimos en la anterior tesis. La teorización y práctica de lo procesal de

familia es lo novedoso, mas aún no consolidado. Los profesionales en ese ramo requieren de lugares y actividades de encuentro, de debate, de construcción.

Se requiere de espacios que propicien esos diálogos, esos encuentros, la formación de un lenguaje y de conceptos técnicos, y todo ello va en construcción. Hay una necesidad clara ahí.

TESIS XVII:

EXISTEN PRINCIPIOS ESPECIALES DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA DE TERCERA GENERACIÓN

El profesor Jorge L. Kielmanovich plantea nueve principios del proceso de familia:

1. Gratuidad y amplio acceso a la justicia
2. Publicización e inquisitorialidad de los procedimientos
3. Inmediación, oralidad, privacidad y acentuación de la función conciliadora
4. Favor en la prueba
5. Simplificación de los procedimientos
6. Interés superior y el derecho del niño a ser oído
7. Cooperación interdisciplinaria
8. Perpetuatio jurisdictionis
9. Abreviación de plazos y favor por el trámite más breve (Kielmanovich, Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su Teoría General. 2008, pp. 13 a 26)

En el tema de los principios hice un primer planteamiento en el 2004:

1. Preferencia de la desjudicialización
2. Preferencia de la descontención
3. Abordaje integral
4. Solución efectiva
5. Búsqueda de la equidad y del equilibrio familiar
6. Abordaje interdisciplinario
7. Protección integral
8. Protección y participación especial
9. Tutela de la realidad conveniente
10. Responsabilidad procesal
11. Preclusión relativa y flexible
12. Especialización
13. Privacidad
14. Inestimabilidad.

Desde luego, que sobre el primer planteamiento vi que algunos de los catorce principios podrían ser categorizados en algunos de estos, y entonces, tuve la intuición de que los ingredientes de los procesos familiares debían ser pasados por estas categorizaciones y los que no cabían ahí, serían la esencia del proceso de familia. Trabajaba en ese entonces alrededor de tres grupos, pero luego observé que tal vez había un cuarto grupo que todavía no formaba la verdadera esencia del proceso de familia pero que sí compartía con otros trámites.

Hoy por hoy, entonces mantengo que debe hacerse un inventario de las características de los procesos familiares, todas las características, todos los ingredientes, y deben entonces, clasificarse en esos cuatro grupos. Estos cuatro grupos serían entonces los siguientes:

A. Principios fundamentales: principios procesales relacionados con la esencia misma del proceso: principio de defensa, debido proceso, etc.

B. Principios derivados: Se trata de aquel grupo de principios o características procesales que se presentan generalmente en duplas a escoger y que no tienen que ver con la esencia del proceso. V. gr. oralidad - escritura.

C. Principios de humanización o socialización: Se trata de aquel grupo de principios que caracterizan a los sistemas procesales que pretenden verdadera justicia inclusiva y de equiparación social y de igualdad por compensación, propios por ejemplo del proceso laboral, del proceso agrario, del proceso de familia entre otros.

D. Principios especiales del derecho procesal de familia o principios familiarizantes: Se trata de una cuarta categoría de principios del proceso de familia de tercera generación que surge de excluir las características aplicables a otros sistemas procesales (principios fundamentales, principios derivados y principios de humanización) y que constituyen la verdadera esencia del Derecho Procesal de Familia.

TESIS XVIII:

EL PERFIL DEL OPERADOR DEL SISTEMA PROCESAL DE FAMILIA ES FUNDAMENTAL PARA EL ÉXITO DE DICHO SISTEMA

En un trabajo sobre diagnóstico de necesidades de capacitación para los jueces y juezas de familia, se construyó mediante el auxilio de más de cuarenta informantes claves la perfilación del juez o jueza de familia. Este ejercicio es muy importante en los sistemas de familia pues implica el tipo de personas que vamos a reclutar y el tipo de capacitación que necesitamos brindar para que nos acerquemos a dicho

perfil. En el ejercicio costarricense los informantes claves construyeron un mapa funcional y luego una perfilación ideal:

A. Mapa funcional del juez o jueza de familia

El mapa o árbol funcional es la representación gráfica del análisis funcional. Este análisis funcional es una técnica que utiliza para identificar las competencias inherentes a una función. Es un enfoque de trabajo para acercarse a las competencias requeridas mediante una estrategia deductiva. Se inicia estableciendo el propósito principal de la función productiva o de servicio bajo análisis y se pregunta sucesivamente qué funciones hay que llevar a cabo para permitir que la función precedente se logre.

El mapa en este caso se elabora a partir de borradores que validan y afinan grupos focales compuestos de jueces y juezas del área de familia, del área de pensiones alimentarias, del área de violencia doméstica y del área de niñez y adolescencia. El mapa funcional como luego expondremos sirvió de base para una encuesta, que tuvo como objetivo extraer la percepción de prioridades en materia de capacitación.

Se determinó que el desempeño del puesto, en general, debe responder al propósito clave de administrar justicia en correspondencia con los requerimientos del Estado Social y Democrático de Derecho para garantizar los *derechos humanos* en las relaciones familiares. Es decir, desde el inicio se tuvo como propósito integrador el concepto, significado y alcance de los derechos humanos.

Siguiendo con la descripción del mapa construido, las funciones esenciales que seleccionaron para la función de juez o de jueza de familia seleccionadas son: administradora, directiva, coordinadora, apreciativa, decisoria, y ejecutora y de seguimiento, las que fueron definidas de la siguiente forma, haciendo énfasis en que nuevamente en una de las funciones, la coordinadora se explicita el concepto de los derechos humanos:

1. Función administradora: gerenciar los talentos humanos, los recursos temporales y materiales a su disposición, para la óptima prestación del servicio.
2. Función directiva: Conducir ordenada y diligentemente el proceso de familia.
3. Función coordinadora: favorecer la relación y la comunicación eficaces con profesionales y autoridades idóneos, garantizando la tutela de los *derechos humanos* en el asunto familiar.

4. Función apreciativa: determinar con criticidad, amplitud, ética y transparencia, la prueba, el derecho, las posibles consecuencias del fallo y sus alternativas de seguimiento.
5. Función decisoria: resolver entre las diferentes alternativas cuál es la idónea para el caso concreto.
6. Función ejecutora, de seguimiento o modificación: hacer cumplir las decisiones tomadas, dándole seguimiento o modificación a las que corresponda.

Ahora bien, los conocimientos, habilidades y destrezas que se fueron especificando para cada función son las que se describen a continuación. Destaca en esta primera función, que se enlista como conocimiento necesario el de los derechos humanos.

B. Perfilación ideal de la persona juzgadora de familia

Las fuentes consultadas y las actividades desplegadas en el proceso de investigación del diagnóstico nos permitieron levantar un perfil ideal del juez o jueza de familia, con las siguientes características:

1. Manejo normativo absoluto
2. Conocimiento de otras culturas jurídicas
3. Manejo de la comunicación
4. Conocimiento del entorno socio- cultural
5. Persona informada, cultura general
6. Persona reflexiva y analítica
7. Manejo de la argumentación jurídica
8. Manejo de la ética
9. Juez abierto, “no positivista” (Claridad de potestad de amplitud interpretativa)
10. No valorar a partir de su propia experiencia
11. Considerar que hay diferentes tipos de familia
12. Trabaja de cerca con otras disciplinas
13. Garante de los derechos de los niños
14. Persona sensible
15. Capacidad de entrevistar personas menores de edad
16. Persona con conflictos personales resueltos
17. Perspectiva de género
18. Conocimiento a profundidad de *derechos humanos*
19. Conocimiento y concienciación de los *derechos humanos* de las personas con discapacidad
20. Menor cantidad de prejuicios
21. Trabajo en equipo

22. Tolerancia
23. Manejo de elementos de administración
24. Contribuir a la transformación social
25. Persona sana, sin ataduras, sin compromisos
26. Intuición, sentido común
27. Coordinación con otros profesionales y otras autoridades
28. Meticulosidad, cuidado, estudio, diligencia
29. Oficiosidad
30. Vocación, motivación, compromiso
31. Celeridad, eficiencia
32. Conocimiento y actitud para conciliar
33. Entrenamiento para la judicatura de familia
34. Juez(a) proactivo(a)
35. Persona tenaz, perseverante, que abre brecha
36. Un líder que enseña a su equipo
37. Juez(a) acucioso(a), suspicaz

El ejercicio se realizó con abogados litigantes, funcionarios de diferentes instituciones que tienen que ver con los procesos de familia, o bien funcionarios judiciales no juzgadores (contralora de servicios, presidente inspección judicial, coordinadora de comisión de violencia doméstica, etc.), magistrados de casación de familia, jueces y juezas del tribunal de apelaciones de familia y jueces de primera instancia.

TESIS XIX:

EL PLANTEAMIENTO DE LOS PODERES Y DEBERES DEL JUEZ O JUEZA DE FAMILIA EN FORMA DIFERENCIADA A OTROS SISTEMAS PROCESALES ES FUNDAMENTAL

Esta tesis tiene que ver con una función diferenciada del juez o jueza de familia en relación con el objeto del juicio o proceso de familia, muy probablemente protector y de tutela de derechos humanos en contextos familiares, y que debe reflejar los principios del proceso de familia. Este aspecto es sumamente importante pues las modas en otras materias son como péndulos y si definitivamente el rol del juez o jueza de familia no está claro, no está diferenciado del rol del juez penal o del juez civil o del juez comercial o del juez laboral, lo cierto es que quedará vulnerable a la moda procesal de turno en otras materias, por ejemplo, la actual, en el proceso penal, del juez adversarial, en otros tiempos era la de la cultura del proceso civil tradicional aún muy presente en el imaginario jurídico.

Por ello, cualquier iniciativa de una ley de creación de tribunales de familia, o de ley procesal de familia o bien de una ley como la sugeriremos en otra tesis,

deberá tener especial cuidado de reflejar el tipo de juez o jueza que es el juzgador de familia y de los poderes y deberes especiales que debe dotarse para que cumpla su función conforme a los principios procesales de familia.

TESIS XX:

GLOSARIO TÉCNICO

El lenguaje es parte de la cultura, además es el vehículo mediante el cual nos conectamos a la cultura. El derecho en cierta dimensión y como construcción humana que es, es parte de la cultura, así que la ecuación lenguaje-cultura-derecho, debe ser bien manejada en el Derecho Procesal de Familia, a efecto que no invoque problemas absurdos que se han planteado en otras ramas del derecho y que no tienen impacto en la calidad de vida de los habitantes y en la más eficiente resolución de sus conflictos. Así el Derecho Procesal de Familia deberá estar consciente e insertarse en el trinomio lenguaje-cultura-derecho. En este artículo y con el fin de lograr el sistema inserto en este trinomio se levanta un glosario técnico de los planteamientos de estas tesis alrededor del Derecho Procesal de Familia, o mejor, como se verá en la próxima tesis, con otro nombre que implique un concepto más evolucionado y no determinado tal vez por la cultura jurídica actual.

TESIS XXI:

NOMBRE DE LA DISCIPLINA EN UN FUTURO

De acuerdo con la tesis I, partimos que nuestra categoría se llama Derecho Procesal de Familia porque hay Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Procesal Contencioso Administrativo, Derecho Procesal Laboral. El tema del nombre de nuestra disciplina podría entrar en crisis al hacerse una redefinición conceptual, para hablar quizás de la Teoría de los Sistemas de Resolución de Conflictos Familiares.

Ahora bien, en estos momentos y con vista en estas tesis, definiríamos a la Teoría de los Sistemas de Resolución de Conflictos Familiares como el capital de conocimientos e interpretaciones de base jurídica -pero finalmente al amparo de abordajes integrales y multidisciplinarios- que se obtienen del estudio, sistematización y profundización de los fenómenos relacionados con los tramites y operaciones jurídicos -pero que incluye su práctica en un contexto cultural determinado y con atención de la administración de los recursos provistos- que se practican para la resolución o decisión de los asuntos y conflictos que se presentan en las estructuras familiares y en temas conexos. El estudio de trámites y operaciones incluye también el de la organización dispuesta para cumplirlos.

Acá nos ubicamos desde una perspectiva propia del siglo XXI donde no se justifican simplismos ni universos filosóficos conceptuales de teoría pura del derecho o en una dimensión diferente a la realidad. El aporte tendría que impactar las perspectivas de las otras ramas procesales y por ejemplo: Teoría de los sistemas de resolución de conflictos empresariales y-o patrimoniales, etc.

Ahora bien, desde luego que tanto la denominación como su definición requieren retoques o precisiones. En la denominación por ejemplo todas las palabras han de ser cuestionadas “teoría”, “resolución” y “conflictos” e incluso los artículos y preposiciones. Pero desde luego que hay que trabajar primero en la precisión del concepto o definición y por último en la denominación.

TESIS XXII:

**LA REGULACIÓN DE UN SISTEMA PROCESAL DE FAMILIA
PERMEADO POR LA TRANSDISCIPLINA DEBE HACERSE EN UN ÚNICO
INSTRUMENTO LEGISLATIVO QUE DIBUJE TODO EL SISTEMA COMO
UNA ESTRATEGIA A PARTIR DE UN MARCO TEÓRICO Y LÓGICO**

El marco teórico para asumir la elaboración de una ley es la recapitulación de varios datos importantes para el abordaje del fenómeno que se quiere regular, para luego tomar partido por ciertos conceptos, visiones, principios, objetivos y parámetros. El marco teórico ha de guiar la elaboración normativa, luego ha de servir para la ejecución e implementación del nuevo sistema, tendrá un papel en la posterior evaluación del sistema normativo-social que se ha producido con la nueva legislación. Además el marco teórico del proyecto de ley puede servir de base para una exposición de motivos y eventualmente puede tener aspectos importantes incluso para poder hacer la aplicación e interpretación de la normativa creada.

No se puede soslayar que la eficacia de un sistema jurídico radica en buena manera en el conocimiento e internalización del mismo por parte de los destinatarios, como lo hemos palanteado en una tesis anterior. Ello implica que buena parte del éxito de lo que propone esta ley descansará en las políticas públicas y educativas relacionadas con la concienciación respecto a la forma en que los ciudadanos deberían afrontar los problemas dentro de las relaciones familiares, así como en la educación y formación relativa al conocimiento tanto de la forma como del fondo del sistema de resolución de conflictos familiares. Es decir, de otra forma, la eficacia jurídica y la democratización jurídica, son caras de una misma moneda, en el tanto y en el cuanto la eficacia se logra a partir del conocimiento de la normativa y de sus fines y propósitos mayores, y de la misma manera, la democratización jurídica, también implica ese conocimiento de los ciudadanos de la normativa y del sistema, y de su participación activa incluso en su mejoramiento. En el tanto y en el cuanto la ciudadanía internalice y se apropie de determinada cultura jurídica respecto a

la solución de conflictos familiares, de esa misma forma el sistema jurídico que coincida con esa cultura jurídica será más eficaz. De esta forma, las campañas, documentos, etc, relacionadas con el sistema de resolución de conflictos familiares son claves.

Otra premisa que podríamos plantear es que eventualmente la coincidencia entre la cultura jurídica de la población y el sistema de resolución de conflictos, hará que el sistema sea más eficaz e incluso podría ocurrir que se modelen sistemas espontáneos no judiciales que descarguen el circulante formal de los despachos judiciales, de los administrativos, etc.

Por ello, nuestra ley debe implementar al menos algunas normas, cuadros relativas a políticas públicas y educativas relacionadas con la resolución prevención y contención) de conflictos familiares.

Ahora bien, entonces, el nombre de la ley debe reflejar que se trata de algo más comprensivo que la tradicional normativa procesal judicial, puesto que dicha ley ha de comprender las diversas partes de un sistema, y el sistema en sí. De esta manera la inclusión de la palabra “sistema” en el nombre de la ley es de suma trascendencia. La palabra “sistema” ha significado el acercamiento a perspectivas totalizadoras, entendiendo las partes, pero que al final de cuentas el todo es más que la suma de las partes. No obstante, pese a que la palabra sistema refleja esa “totalización”, hemos de precisar que nuestra ley no comprenderá la normativa de fondo, salvo que se requiera descargar conceptos del nuevo sistema en las leyes sustantivas.

De todas maneras, la visión de un propósito general en torno a la calidad de vida en las relaciones familiares tendrá como asignatura pendiente la revisión de la legislación de fondo del derecho de familia. Sí incluirá esta normativa lo relativo a la organización del sistema, fundamentalmente en cuanto a los operadores y participantes, asegurándose de afianzar la especialización, colocando requisitos para los profesionales que hayan de intervenir en el sistema, aunque esos requisitos sean graduales, paulatinos. También la ley debe intentar garantizar la eficiencia del sistema con control y evaluación periódica, de manera tal también que los desajustes del sistema sean responsabilidad de los reales tomadores de decisiones a nivel administrativo, y por ende ha de buscarse la forma en que la piedra le estorbe desde un primer momento, lo más pronto posible, a esos tomadores de decisiones. Las mediciones respecto a la eficiencia y calidad son fundamentales, pues bien no se puede administrar correctamente un sistema si no se están haciendo las respectivas mediciones y constataciones. En general, nos estamos refiriendo a un concepto global de que la administración de justicia es un servicio público y que ese servicio público ha de aspirar continuamente hacia la eficiencia y hacia la calidad.

Ese sistema debe ser en primer término el sistema de resolución de asuntos y de conflictos de orden familiar, niñez y adolescencia, adultos mayores, discapacitados, estos últimos temas en el tanto y en el cuanto mantengan una lógica de cercanía con la materia familiar.

El principal eje de la ley ha de ser la esfera judicial, no obstante ha de incluirse cuando corresponda regulaciones relacionadas con las áreas administrativas y de desjudicialización.

El nombre que proponemos es Ley del Sistema de Resolución de Conflictos Familiares.

Este planteamiento, con una traducción práctica de los conceptos y tesis anteriores, igual tiene el carácter de inicio de construcción, como todo lo que hemos planteado en estas “tesis”.

TESIS XXIII:

**ASÍ COMO CENTRO AMÉRICA ES LA REGIÓN DONDE EXISTEN
MÁS CÓDIGOS DE FAMILIA, EL SALVADOR ES EL QUE PRESENTA
CONDICIONES MÁS INTERESANTES PARA DESARROLLAR LA DOCTRINA
DE LO PROCESAL FAMILIAR**

Desde luego que Centro América o América Central es la región de los Código de Familia: El Salvador, Honduras, Costa Rica y Panamá. Nicaragua tiene una naciente jurisdicción de familia y tiene un proyecto de Código de Familia. Esto hace que sea una zona de especiales condiciones para el desarrollo del derecho de familia. Pero si agregamos las siguientes condiciones. Dicta a un mismo tiempo un Código de Familia y una Ley Procesal de Familia, tiene tan interesantes instituciones como la Procuraduría de Familia, el orientador, los Centros de Atención Psicosocial. Además tiene en sus programas de grado cursos con el nombre de derecho procesal de familia. Este es el caso de El Salvador. Sin duda le corresponde liderar el derecho procesal de familia. Tiene todas las condiciones para hacerlo.

CIERRE

Me parece que en el auditorio o teatro de la ciencia del derecho estas notas, compases y ritmos sobre la teorización general del proceso de familia ha estado sonando y han sido tarareados y me corresponde a mi y a otras personas sensibles al tema darles cuerpo y hacer la sinfonía para que se de un final y un principio. Un final de la ignorancia y la insensibilidad. Un principio de su profundización y tecnificación. Por eso vamos...hacia el derecho procesal de familia, o mejor aún, hacia una teoría de los sistemas de resolución de conflictos familiares.

CAPITULO VII

La mujer en los siglos XX y XXI⁶⁰

Nora Lloveras ⁶¹.

A los juristas, abogados, jueces,
académicos, estudiantes, ciudadanos,
ciudadanas, niños, niñas, adolescentes,
todos constructores cotidianos del derecho
salvadoreño democrático e igualitario.

SUMARIO

1. La mujer y el derecho en el siglo XX: los avances. 1.1. Los logros en el S. XX: la perspectiva argentina. a. Los derechos civiles de la mujer. b. El derecho al voto: la ley 13010 de 1947. c. La capacidad de la mujer y el régimen de bienes en el matrimonio: la ley 17.711 de 1968. d. Responsabilidad parental o patria potestad y filiación: la ley 23264 del año 1985 de Reformas al Código Civil. e. Derecho del trabajo: ley 23.451 de 1987. f. El divorcio: ley 23.515 de 1987 de Reformas al Código Civil. g. El derecho a pensión: ley 23.570 de 1988 y la convivencia en aparente matrimonio. h. Derechos políticos “participativos” de la mujer: ley 24012 de 1991. i. La reforma de la Constitución Nacional de 1994. 1.2. Los logros en el S. XX: la perspectiva salvadoreña. 1.2.1. La Constitución de la República de El Salvador. 1.2.2. El Código Civil. 1.2.3. El Código de Familia. 2. La mujer y el derecho en el siglo XXI. Lo por venir. 2.1. La primera década del S. XXI. a. Violencia de Género. b. Contracepción quirúrgica. c. Salud sexual y reproductiva. d. La ley N° 26171 del 2006: Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. e. Ejecución de pena privativa de libertad para las madres con hijos. f. Matrimonio de diferente y de igual sexo. g. Mayoría de edad. 2.2. Las décadas que comprenden el año 2011 al 2099: Lo por venir. 3. Efectividad de los derechos. ¿Hay un real empoderamiento de las mujeres y sus derechos?. 4. Nuestras conclusiones.

60. Este artículo fue publicado durante el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado los días 1 y 2 de diciembre de 2010, en la ciudad de San Miguel, el cual fue organizado por la Universidad Capitán General Gerardo Barrios y es una contribución de dicha universidad para el Consejo Nacional de la Judicatura en el 18º aniversario de la jurisdicción de familia.

61. Lloveras, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta de Apelaciones Civ. y Com. Córdoba. Poder Judicial Córdoba. E Mail: noval@arnet.com.ar

1. LA MUJER Y EL DERECHO EN EL SIGLO XX: LOS AVANCES

La mujer – poco contenida en la historia como titular “de derechos” – fue protagonista de debates relevantes en el S. XX.

Las luchas y consignas de los movimientos feministas, y también de otros agrupamientos de diversa entidad, condujeron este proceso histórico hacia grandes logros a favor de la mujer en el S. XX.

La problemática de la mujer se puede abordar desde diversos ángulos. Así, la preocupación puede situarse en la participación política de la mujer, en la mujer víctima del delito, en la mujer en la narrativa, en la mujer y los derechos humanos, en la mujer en la actividad científica, en la inserción de la mujer en el sistema productivo de cada país.

Nuestro propósito es avanzar sobre el tema de la mujer en relación a la ley, examinando si la mujer se ha equiparado en la ley al hombre en general– con alguna referencia a la normativa argentina - alcanzándose la idea de la igualdad de sexos. Y, apuntar a los aspectos que aún deben ser superados en el camino de esa igualdad jurídica del hombre y la mujer.

Trataremos de mostrar cómo históricamente el rol de la mujer se ha ido modificando en la ley argentina, desarrollándose la idea de la igualdad de sexos, desde el S. XIX ⁶² al presente S. XXI, tomando como referencia la etapa codificada del derecho propiamente argentino. Esta evolución en términos generales, es la versión legislativa de la situación de la mujer en la realidad social.

La normativa sobre la mujer tiene una gran importancia, pues en definitiva se trata de la expresión concreta e histórica de la concepción de la mujer, a la luz de la labor parlamentaria que en procesos democráticos como el que viven numerosos países latinoamericanos, importa afirmar una concepción de la mujer expresada por los representantes elegidos por el pueblo.

62. En Argentina, el Código Civil del S. XIX, -que fue superador del Código Napoleón- no incluyó como texto el deber de obediencia de la mujer.

Sin embargo, el Codificador Vélez Sársfield estructuró un régimen de potestad marital centrado en la fijación del domicilio conyugal. Se normó, en general, la incapacidad de hecho relativa de la mujer casada (arts. 55 y 57 inc. 4º), la administración de todos los bienes de la mujer por el marido (art. 1276 y Ley de Matr. Civil art. 52) salvo que la mujer por convención matrimonial hubiese dispuesto la reserva de la administración de algún bien inmueble propio, y la imposibilidad de trabajar sin licencia expresa o tácita del marido (Ley Matr. Civil arts. 56 y 57). La ley 2388 de Matrimonio Civil del año 1888 prácticamente reiteró todas estas disposiciones.

Desde otra perspectiva, podría observarse la aplicación de las normas por los diferentes Tribunales del país de lo que resulta la fuerza de convicción de decisiones concordantes sobre el tema de la mujer, o la doctrina de los autores, pero esta tarea excede el marco de estas reflexiones sin perjuicio de algunas observaciones que efectuaremos sobre dichas fuentes a lo largo de este trabajo⁶³.

Nuestra tarea es enunciar el resultado de nuestra investigación científica sobre las normas vigentes que comprenden a la mujer, en algunas ramas del derecho.

Por otra parte, la igualdad real de los sexos o la nominada equiparación de la diversidad sexual, es una tarea que debe cumplir la sociedad en el campo de realidad, en la cual el derecho es sólo un instrumento que puede coadyuvar en ese objetivo.

Desde diversas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, se reclama la atención especial sobre la necesidad de mejorar la condición jurídica y social de la mujer, “brindando programas de acción tendientes a aumentar su participación a niveles superiores” en diversas áreas de actividad, lo que ha despertado un interés mundial por los beneficios alcanzados para el desarrollo con el trabajo de la mujer⁶⁴.

Intentamos destacar esos logros de la mujer en el campo del derecho, delineando los avances del S. XX y los logros y desafíos del S. XXI en curso.

A continuación situamos diferentes objetivos jurídicos satisfechos en relación a la mujer, parcialmente, y las leyes que los contienen.

1.1. LOS LOGROS EN EL S. XX: LA PERSPECTIVA ARGENTINA

Pueden destacarse varios logros u objetivos importantes satisfechos o alcanzados durante el S. XX, destacándose la igualdad “formal”, en la ley escrita, especialmente en la ley argentina 23.515 del año 1987.

No pueden dejar de destacarse a nivel mundial, los tratados de derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

63. La jurisprudencia es una de las fuentes del derecho, y a nuestra mirada, de una fuerza inigualable especialmente en las etapas de crecimiento y modificación del derecho de un país, en las que se tiantan soluciones que no encuentran respuestas adecuadas en la ley material. Véase desde otra perspectiva: Vallet de Goytisolo, Juan. Los juristas ante las fuentes y los fines del derecho. En: Estudios de Derecho Civil (Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanes). p. 625. Bs. As., 1980. Universidad.

64. García Montaña, Clara. Hacia un nuevo plan de participación de la mujer en el desarrollo. Diario La Voz del Interior. Córdoba. 31-V-1993, p. 3 C.

Culturales – en adelante DESC –⁶⁵, así como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – en adelante CEDAW⁶⁶ –, entre otros, que aportaron significativamente al avance de los derechos de la mujer en el S. XX.

Abordamos a continuación, una reseña de esos logros del siglo XX en las leyes especialmente argentinas, y consigamos una apretada noción del contenido en cuanto a los derechos de la mujer.

A. Los derechos civiles de la mujer

En la República Argentina, la ley 11357 del año 1926 llamada de Derechos Civiles de la Mujer, modificó parcialmente el régimen del Código Civil y de la Ley de Matrimonio civil, en orden a la mujer en general, pero subsistieron restricciones y discriminaciones con respecto a la mujer casada aunque se derogara la potestad marital.

Esta legislación reconoció como antecedente las legislaciones europeas de la post-guerra y a la situación alcanzada por la mujer en EE.UU.

En el caso de Argentina, pueden mencionarse como precedentes específicos a los movimientos emancipadores en donde la acción femenina fue muy participativa, aunque poco publicitada, y a las estadísticas o censo nacional de 1914, que señalaban la ascendente participación de la mujer en el mercado laboral argentino⁶⁷.

Esta ley 11357 no modifica lo relativo a la facultad marital de fijar el domicilio conyugal (art. 53, L.M.), pero se atribuye a la mujer casada mayor de edad, una esfera de capacidad de hecho amplia, que permite sostener que aunque continuaba enumerada entre los incapaces relativos de hecho en el Código Civil – en adelante CC - (art. 55, inc. 2º) la capacidad era la regla, y la incapacidad la excepción.

La ley distinguía entre la mujer mayor de edad soltera, viuda o divorciada a la que atribuía plena capacidad civil, y la mujer casada.

Respecto a la mujer casada mayor de edad, el art. 3 de la ley 11357 establecía una serie de excepciones a la incapacidad de la mujer, en el orden personal y patri-

65. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General en resolución 2200 A (XXI), del 16/12/1966, entrada en vigor: 3/01/1976. Naciones Unidas.

66. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Adoptada por la Asamblea General en resolución 34/180, 18/12/1979, entrada en vigor: 3/09/1981. Naciones Unidas.

67. Palacio de Caero, Silvia B., *El siglo de las reivindicaciones femeninas - Evolución de los derechos civiles y políticos de la mujer en la República Argentina*, LL 1998-E, 1034.

monial, que favorecieron el camino hacia la igualdad de los sexos⁶⁸. Y respecto a la mujer casada menor de edad amplió el régimen de capacidad que le otorgaban por la emancipación, los entonces arts. 134 y 135 del CC argentino.

El avance entonces se centra en: a) la mujer mayor de edad, cualquier sea su estado, tiene plena capacidad civil; y b) la madre tiene la patria potestad sobre sus hijos.

Y consignamos el “retroceso” de esta ley 11357: la mujer casada es una persona reputada incapaz, a pesar de las facultades que en algunas situaciones se le otorgan.

De todos modos, con la ley 11357 de 1926, como se afirma desde la doctrina, las mujeres obtenían el primer logro en una lucha en la que varias de ellas participaron activamente con consciencia de género. Por ello, es que lo destacable de este paso hacia delante, fue que no se trató de una conquista conseguida por reclamos individuales y la buena voluntad de quien los recibiera, sino que fue la consecuencia de la unión de mujeres, que más allá de sus carencias particulares tenían una meta en común: alcanzar la igualdad a través del reconocimiento de sus derechos⁶⁹.

Esta emancipación civil de la mujer casada por ley 11.357 fue propiciada por los socialistas Mario Bravo y Juan B. Justo e impulsada desde el Centro Feminista por Alicia Moreau, Julieta Lanteri y Elvira Rawson.

En la Argentina de 1936, las sufragistas Alfonsina Storni, Victoria Ocampo, María Rosa Olivier debieron defenderla ante los embates del gobierno conservador del General Justo.

B. El derecho al voto: la ley 13010 de 1947

La ley argentina 13010 de 1947⁷⁰ otorga los derechos cívicos a la mujer, teniendo pleno derecho a participar de una elección, a elegir y ser elegida.

En América Latina los primeros estados en sancionar el sufragio femenino fueron México (1912), Uruguay (1934), Brasil (1934), Cuba (1934).

68. Véase: Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. 1, Astrea, 5ª. Ed. act., Bs. As., 2006, n° 316, p. 417 y ss.

69. Kogan, Hilda, *El Bicentenario: el rol de la mujer*, publicado en: LL 21/05/2010, 1.

70. Ley Argentina n° 13010 de 1947, Derechos Políticos de la Mujer, otorgamiento de derechos políticos a la mujer argentina y extranjera, B.O 27-09-1947, núm.: 15877, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 09-09-1947.

En Argentina, el sufragio femenino estuvo excluido en forma implícita al no existir ninguna norma escrita que lo impidiera de modo explícito, de allí que las mujeres estuvieron apartadas del ejercicio del voto por largos años.

Los padrones electorales se confeccionaban según la inscripción de los ciudadanos en el enrolamiento militar y por lo tanto eran masculinos, por lo cual, desde la faz práctica al no estar la mujer anotada, ni poseer documento personal hasta el año 1948, carecía de absoluta registración y ello dificultaba el ejercicio del sufragio.

Las tentativas en el Congreso Nacional para lograr una ley de sufragio comenzaron en 1907, pero las contiendas recién dieron su fruto, al sancionarse a nivel nacional la ley de sufragio femenino n° 13010 del 9 de septiembre de 1947⁷¹ cuando ya sesenta países habían consagrado ese derecho.

En el año 1948, a los fines de tornar operativo el voto, se estableció la obligatoriedad de otorgarle a la mujer el respectivo documento de identidad ⁷², se promulga la ley 13.480 ⁷³ que excluye del padrón electoral la inserción del año de nacimiento de la mujer ⁷⁴.

En su artículo primero la ley 13010 establece que las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos.

Los mismos derechos se extienden a las mujeres extranjeras residentes en el país en relación a los varones extranjeros, en caso que estos tuvieren tales derechos políticos.

La Constitución Nacional de 1949, legalizó la participación femenina, pero hubo que esperar hasta los comicios del 11 de noviembre de 1951 para que la mujer argentina emitiera su voto, sufragando por primera vez más de 3.500.000 mujeres.

C. La capacidad de la mujer y el régimen de bienes en el matrimonio: la ley 17.711 de 1968

Las diferencias entre la capacidad del hombre y de la mujer eran severas, llegando a reputarse a la mujer como una incapaz.

71. Adla, VII-342. La iniciativa corresponde a Eva Duarte de Perón.

72. Dec. 5020 del 20/2/48, Adla, VIII-396.

73. Adla, VIII-209. La iniciativa también corresponde a Eva Duarte de Perón

74. Palacio de Caeiro, Silvia B., *El siglo de las reivindicaciones femeninas - Evolución de los derechos civiles y políticos de la mujer en la República Argentina*, LL 1998-E, 1034.

La República Argentina había ratificado el 23 de agosto de 1957 las Convenciones Interamericanas sobre concesión de derechos civiles y políticos a la mujer, suscriptas en Bogotá en 1948, en la IX Conferencia Internacional Americana ⁷⁵.

Esta ratificación exige reformular el derecho interno. Así, las modificaciones argentinas son amplias en 1968, pero destacamos las referentes a la mujer.

La Convención mencionada obligaba a los Estados americanos a otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.

Aquel compromiso se cumple en 1968 con la ley de reformas 17711 al Código Civil Argentino que: a) deroga el art. 55, inc. 2º del C.C. que establecía la incapacidad relativa de hecho de la mujer casada; b) deroga el art. 57 inc. 4º C.C. que establecía la representación necesaria de la mujer casada por el marido; c) Sustituyó el art. 1º de la ley 11.357 que ahora expresa; “La mujer mayor de edad cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil”; d) Se derogan los arts. 3, 4, 7 y 8, que creaban excepciones a la incapacidad de la mujer casada; e) la mujer casada menor de edad se somete al régimen general para los emancipados, a tenor de los arts. 134 y 135 del CC, que también son modificados por la ley de reformas 17711; f) Respecto a la gestión de los bienes propios y gananciales durante el matrimonio, se sustituye el régimen de administración marital que establecían los arts. 1276 y 1277 del CC, otorgando a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes propios y gananciales adquiridos por cualquier título ⁷⁶.

Debe destacarse que a consecuencia de la ley 17711, se instaure el principio de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, y la inexistencia de la representación legal de la mujer por el marido, sin perjuicio de la admisión obvia de la representación voluntaria ⁷⁷, lo que importa un significativo avance hacia el principio de igualdad jurídica de los cónyuges.

Sin embargo subsisten las diferencias en cuanto a los hijos, ya que la responsabilidad parental, llamada patria potestad de los hijos menores quedó reservada en cuanto al ejercicio al esposo varón, - y respecto de los efectos, permanecen alguna discriminación, emergentes del matrimonio ⁷⁸.

75. Bogotá, 1948, en la IX Conferencia Internacional Americana.

76. Lloveras, Nora. *Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal*. J.A. 1986-II-880.

77. El art. 1276 del Código Civil, que rige un aspecto del sistema patrimonial matrimonial argentino, mantiene un resabio de la autoridad marital al reglarse el mandato entre cónyuges, y la administración y disposición de los bienes de origen dudoso, atribuida al marido, en la forma efectuada.

78. Azpiri, Jorge O., *Derecho de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2000, ps 121 y ss.

D. Responsabilidad parental o patria potestad y filiación: la ley 23264 del año 1985 de Reformas al Código Civil

Esta reforma de la etapa democrática, que contiene la ley 23264⁷⁹ gira el derecho de la mujer en relación a sus hijos, de un modo frontal (arts. 242 y ss., 264 y ss. CC).

La ley 23.264 de 1985 confiere a ambos padres el ejercicio de la responsabilidad parental – en su locución clásica, patria potestad - sobre los hijos menores no emancipados, y la ley 23.515 de 1987 establece la igualdad de ambos cónyuges en sus relaciones personales, “haciendo desaparecer toda desigualdad en los derechos personales de los cónyuges durante la comunidad de vida”⁸⁰.

En adelante, la responsabilidad parental – antes llamada patria potestad- se ejercerá por ambos padres, convivan o no convivan, y en el caso de crisis matrimoniales o separaciones de las parejas convivenciales, se prevén mecanismos por los que el padre que ejerce la tenencia, puede acompañar con razonabilidad la vida del hijo o hija.

El debilitamiento de los poderes del padre de familia ante el reconocimiento de sus deberes ante el hijo y la protección del interés de éste como un límite al arbitrio paterno que comenzó a acentuarse a comienzos del S. XX, la paulatina emancipación social y jurídica de la mujer, la dignificación de los hijos ilegítimos y la coparticipación de ambos cónyuges en el hogar – que ya no sólo será la “casa paterna”, sino más amplia y bellamente, la “casa”- es consecuencia no de un relajamiento de las costumbres, como a veces se ha sostenido, sino efecto de una transformación de las relaciones sociales que ha engendrado el sistema industrial, que se transitaba en los países desarrollados, hacia al postindustrial⁸¹.

E. Derecho del trabajo: ley 23.451 de 1987

La ley 23451 de 1987 aprueba⁸² el Convenio sobre igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares hacia los hijos.

79. Ley 23264, Congreso de la Nación, sancionada el 25/9/1985, promulgada por decr. 2034/85, B.O del 23/10/85.

80. Lloveras, Nora, *Patria potestad y filiación*. Bs. As. 1986. Depalma. p. 141 y ss.; y en J.A. 1985-IV-796, El derecho de familia y la ley 23.264: una decidida reforma.

81. Bossert, Gustavo A.; Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de la filiación y patria potestad*, Ley 23264, Ed. Astrea, Bs. As., 1985, ps 5 y ss.

82. Ley 23451, Convenio Internacional: trabajadores con responsabilidades familiares, establécese un régimen legal por el cual se ratifica el convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en la conferencia general de la O.I.T. el 3.6.81 (Convenio n° 156), B.O. 14-04-1987, núm: 26126, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 29-10-1986.

Este es el “Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trabajo entre trabajadoras y trabajadores: Trabajadores con responsabilidades familiares” - Convenio 156 -, adoptado por la sexagésima séptima reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del 23 de junio de 1981.

Se aplica este convenio a l@s trabajador@s con responsabilidad hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

A tal fin, que es crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre l@s trabajador@s, cada miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Esta igualdad en el derecho laboral que estatuye la ley 23451 de 1987, significó un verdadero aporte a la mujer trabajadora.

F. El divorcio: ley 23.515 de 1987 de Reformas al Código Civil

La ley 23515 modifica el Código Civil argentino e introduce el divorcio vincular como sistema permanente de abordaje de la crisis matrimonial - configurando una opción.

La normativa significó un verdadero avance, en los derechos de la mujer, ya que le posibilita el acceso a la extinción de un vínculo ya quebrado o vacío, que le impedía reconstituir su vida, formular un nuevo proyecto personal, entre otros.

El art. 214 del CC especialmente faculta esta disolución del vínculo matrimonial, por las causales de diverso tenor, allí consignadas, que pueden ser invocadas por ambos cónyuges.

Entre las innovaciones mas salientes de la reforma puntualizamos: a) las novedades en materia de impedimentos dirimientes para celebrar matrimonio, están reducidas a la incorporación de los impedimentos de parentesco por adopción plena y simple, elevación de la edad mínima, privación de la razón y sordomudez; b) el consentimiento matrimonial debe ser prestado por los contrayentes ante el oficial público; la reforma destaca que el consentimiento requerido para la existencia del matrimonio es el “libre y pleno”; c) los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos; d) se suprime la atribución “poder” de la fijación

del hogar conyugal por parte del marido, con lo cual la autoridad decisoria marital deja de tener contenido normativo en nuestro derecho positivo⁸³.

El sistema de eventual resolución de la vicisitud matrimonial de la ley 23515, importa para la mujer una posibilidad cierta de finalizar las relaciones familiares disfuncionales o quebradas, de un modo más simple y posible, ya que se autorizan las causales objetivas, como fundamento de la demanda, las que en la sentencia no atribuyen culpa alguna a los cónyuges, como principio general.

La mujer mantiene, por su parte, la facultad de solicitar la declaración de culpa del esposo - en la ley actual del 2010 sería del esposo o de la esposa⁸⁴, permaneciendo senderos procesales diferentes, que la autorizan a incoar de diversos modos, su pretensión de divorcio o separación personal.

G. El derecho a pensión: ley 23.570 de 1988 y la convivencia en aparente matrimonio

La ley 23570 del año 1988 dispone que tendrá derecho a la pensión la conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado⁸⁵.

Por su parte, el esperado art. 6° prescribe que el viudo y los convivientes podrán invocar su derecho aun cuando el causante del beneficio hubiera fallecido antes de la vigencia de la ley 23.570. A través de esa directiva precisa se soluciona el problema generado por la ley 23.226 (ahora derogada), la que al carecer de pautas respecto al ámbito temporal de su aplicación posibilitó la existencia de fallos disímiles, puesto que mientras algunos interpretaron con muy interesantes argu-

83. Lagomarsino, Carlos A. R.; Uriarte, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, Ed. Universidad, Bs. As., 1991, n° 55, ps. 117 y ss.

84. Ley 26618 del año 2010. Reforma al matrimonio civil.

85. Ley 23570, jubilaciones y pensiones, Ley 18037, modificación de los inc. 1 y 3 del artículo 38 y 41 de la ley 18037 (T.O.1976), inc. 1 y 3 del artículo 26 de la ley 18038 (T.O.1980). Deroga la ley 23226 de jubilaciones y pensiones, B.O 25-07-1988, núm: 26429, pág: 1. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 29-06-1988.

mentos la retroactividad de la citada ley ⁸⁶, en otros tal como también sucedió en resoluciones de organismos previsionales no se reconoció su carácter retroactivo ⁸⁷.

Asimismo, el art. 6° señala enfáticamente ⁸⁸ que aun cuando el viudo y los convivientes reúnan los requisitos exigidos, no podrán coparticipar de la pensión de la cual, con anterioridad, es titular la viuda ⁸⁹.

Recordamos que la Provincia de Córdoba, en este tema, tiene una ley específica. La Resolución N° 290.104, de fecha 20 de marzo de 2009, de la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba ⁹⁰ que permite y organiza el registro de las personas convivientes estables de igual o diferente sexo, posibles beneficiarios con derecho a pensión.

H. Derechos políticos “participativos” de la mujer: ley 24012 de 1991

La normativa de 1991 implementa la integración del cupo femenino en el área de los partidos políticos, lo que viabiliza el criterio de empoderamiento de la mujer⁹¹.

Las listas que se presenten para las elecciones de autoridades, deberán estar integradas por mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidades de resultar electas.

No será oficializada ninguna lista de los diferentes partidos políticos, que no cumpla estos requisitos, por lo cual la ley es realmente eficaz, en punto a que la exigencia de la presencia de la mujer como mínimo en un treinta por ciento, exige la inclusión de las mujeres.

86. CNTrab., sala II, 27/12/85. en autos: “Giannoni, Magdalena” y 27/4/87 en autos: “Padilla, Faustino”.

87. CNTrab., sala VII, 26/2/86 en autos: “López, Noé” sent. 9410 y 18/3/86 en autos: “Lezcano, León Agapito” sent. 9496.

88. Corbelle, Carlos A., *Consideraciones acerca de la ley 23.570, vinculadas con el derecho pensionario de viudos y concubinos. (Su incidencia en las leyes previsionales militares y de seguridad)*, DT 1988-B, 1339.

89. Si bien la redacción de esta norma no es del todo feliz, considero que obsta, salvo los casos de nulidad o de extinción de la pensión sin que existan copartícipes con derecho a acrecer, a que el viudo y los convivientes puedan coparticipar del haber previsional cuando con anterioridad se le otorgó la prestación a otro deudo que lo precedió.

90. Córdoba, República Argentina. La resolución dispone la creación, reglamentación y administración del Registro de Convivientes en el ámbito de la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba, a los fines de registrar las personas de igual o diferente sexo, posibles beneficiarios con derecho a pensión, como así también la posibilidad de suscribir convenios con otros organismos provinciales para llevar a cabo el Registro con el debido control y adecuación sistémica.

91. Ley 24012 de 1991, Código Electoral Nacional, modificación, se sustituye el art. 60 del Decreto 2135/83. promulgada de hecho el 29-11-91, B.O. 03.12.1991, núm: 27276, pág: 1. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 06-11-1991.

Importa un paso relevante en la realidad de los derechos de la mujer política, o que participa en política, o que desea participar en política.

Dos años después, en marzo de 1993, fue reglamentada mediante el decreto N° 379/1993⁹². Entre sus considerandos se señaló que, a fin de evitar la postergación de la mujer al no incluirla en las listas en lugares con expectativas de resultar electa, el porcentaje del 30% establecido, debía interpretarse como una cantidad mínima, anexándose una tabla para ser aplicada en los supuestos en que ese porcentaje determinare fracciones menores a la unidad⁹³.

El derecho de la mujer a participar activamente en la política del país, se vio ampliamente consolidado, aunque el porcentaje se pueda debatir por algunos sectores – porque no debiera decirse nada, en aras de la igualdad- la realidad indica que el porcentaje fijado funcionó como motor inclusivo de la mujer en las listas de los partidos políticos.

1.2. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994

La reforma de la Carta Magna Argentina en 1994, alojó los tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales, lucen en el art. 75 inciso 22, los que igualan a la mujer, la protegen, la preservan, la tutelan, y le garantizan el acceso a una vida en iguales condiciones que los demás.

Esta modificación les otorga rango constitucional a numerosos Tratados de Derechos humanos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (art 75 inc. 22 Constitución Nacional).

Luego de 1994, se han agregado dos Tratados con rango constitucional en 1997 y 2003: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Ameri-

92. Decr. 379/1993, 8-03-1993, Reglamentación de la ley, B.O del 11-03-1993, núm.: 27595.

93. Lázaro, Alejandra M., *La igualdad y la ley de cupo femenino, un largo camino*, Sup. Act. 26/02/2008, 1.

canos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil⁹⁴ y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968⁹⁵.

Se destacan, en este avance de derechos de la mujer, de modo preponderante, la conocida Convención do Belem do Para – (VIF)⁹⁶ y la Convención sobre eliminación de formas de discriminación contra la mujer – conocida como CEDAW–⁹⁷.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba – Argentina – de 1987 recoge en su art. 24 el principio de igualdad de la mujer y el hombre, Este texto constitucional cordobés, se inscribe plenamente en la línea del constitucionalismo moderno, satisfaciendo la necesidad de afianzar desde los instrumentos constitucionales la igualdad de los sexos, en el marco del progreso de los pueblos.

En conclusión, hemos recorrido un largo camino en los derechos de la mujer, en el S. XX. La pregunta es si se ha logrado desde la ley esa comprensión para la mujer, que le permita todo el sentido de igualdad, y no discriminación, de que es titular.

Parece realmente positivo haber logrado esa igualdad formal de derechos en la ley escrita, el derecho al voto, el derecho a elegir, la supresión en el delito de adulterio de la discriminación que sufría la mujer en cuanto al tipo penal⁹⁸, que era profundamente discriminatorio⁹⁹.

94. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556. Jerarquía Constitucional por Ley 24.820. Ley 24820 Honorable Congreso de la Nación Argentina, 30.04.1997. Desaparición Forzada de Personas. Convención Interamericana - Jerarquía Const. BO 29.05.1997 (núm.: 28657). Apruébase la Jerarquía Constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en los términos del art. 75, inc. 22 de la CN.

95. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584. Jerarquía constitucional ley 25778 de 2003. Ley 25778 Honorable Congreso de la Nación Argentina, 20.08.2003. Convenciones. Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra. B.O. 03.09.2003 (Núm: 30226). Otorgase Jerarquía Constitucional a la Convención, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

96. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994 – conocida como “Convención de Belém do Pará” –.

97. Recordemos que el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), establece que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Y, el art. 6 de la Convención del Belém Do Pará, menciona “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, que incluye: a) El derecho a la mujer de ser libre en toda forma de discriminación, y b) El derecho a la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

98. La Ley 24453 de 1995, deroga el capítulo I “Adulterio” del Código Penal Argentino, junto con el art 118. Ley 24453, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 08.02.1995, Código Penal – Modificación de los arts. 73; 154; 157, y 159 del Código Penal B.O 07-03-1995, num: 28097, pág: 1.

99. El derogado art. 118 del Código Penal Argentino decía: “Será reprimido con prisión de un mes a un año: 1) La mujer que cometiere adulterio; 2) El codeincuente de la mujer; 3) El marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal; 4) La manceba del marido”.

Sin embargo, resta un largo camino, parte del cual se recorre en la primera década del S. XXI.

A. Los logros en el S. XX: la perspectiva salvadoreña

El marco constitucional de análisis salvadoreño remite al equilibrio que se ha dispuesto entre los Tratados internacionales y las leyes específicamente nacionales.

Cabe señalar que en El Salvador, en una línea constitucional que viene siendo prevaleciente en los últimos años ¹⁰⁰, si bien con particularidades, el art. 144 de la CN salvadoreña ¹⁰¹ establece que los Tratados Internacionales son leyes de la República de El Salvador, y en un conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el tratado, lo que es sustancial en el diagnóstico de todo problema que implique los tratados internacionales.

Apuntamos algunos cuerpos normativos que aluden específicamente a la situación de la mujer.

1.2.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.- La Constitución de la República de El Salvador, establece en el art. 2 que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”¹⁰².

Este art. 2 CN garantiza la protección a la integridad física y moral, lo que implica que el Estado se compromete a establecer condiciones de seguridad e implementar programas para evitar la violencia en todas sus formas, sobre la base del principio de igualdad para todos los miembros de la sociedad salvadoreña. Por su parte, el art. 3 CN regula que “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios”.

100. Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, “El derecho de familia desde la Constitución Nacional”, Bs.As., 2009, Universidad,

101. Constitución Nacional, El Salvador, art. 144. “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

102. El Salvador, Constitución del año 1983, 15/12/1983, D. Oficial: 234 Tomo: 281 Publicación DO: 16/12/1983. Reformas: Decreto Legislativo No. 36 de fecha 27 de mayo de 2009.

Así, el derecho de protección contra toda forma de discriminación, se encuentra expresamente consagrado en el art. 3 CN. Destacamos que este principio de no discriminación se establece de manera especial respecto de los Derechos Civiles, es decir aquellos que se ejercen en la esfera de la libertad de la persona. Para tener y ejercer estos derechos, no debe existir discriminación de ningún tipo, sea por motivos de nacionalidad, raza, sexo ni por ninguna otra.

El art. 72 CN, garantiza los derechos políticos del ciudadano sin distinción alguna: el derecho a votar en las elecciones y consultas expresa que uno los derechos políticos de los ciudadanos incluye claramente a la mujer salvadoreña¹⁰³. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es ley, entonces, de la República, y éste establece la igualdad entre hombres y mujeres, lo que significa que este instrumento internacional surte efectos jurídicos en El Salvador.

1.2.2. EL CÓDIGO CIVIL.- Señalamos que el Código Civil originario del año 1859 resultó reformado por el Código de Familia sancionado en 1993 – en vigencia posterior, 1994 –, también por la normativa atinente a los adultos mayores D.L. N° 811 del 6.01.2000¹⁰⁴, en el año 2004 por el D.L. N° 512, del 11.11.2004 que reformula el art. 574 CC, por las reformas de la Ley de Protección Integral NNA del 2009, en general.

Desde otra perspectiva, el Código Civil salvadoreño mantiene en el 2010 en su texto severas discriminaciones – más allá de la derogación tácita que puede eventualmente plantearse-: el art. 25 norma “Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo; a menos que expresamente las extienda la ley a él”.

Este art. 25 CC precitado es un exponente de la severa discriminación contra la mujer, amén de consideraciones de género que exceden este trabajo; en su inicio menciona que las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes, se

103. En plena armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 3, en cuanto expresa que los “Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

104. D.L. N° 811, del 6 de enero de 2000, publicado en el D.O. N° 31, T. 346, del 14 de febrero de 2000. El art. 1, decreta que se sustituya la palabra “Tercera Edad” por “Adulto Mayor” e igualmente en todo acto oficial se pronunciara “Adulto Mayor” en referencia a las personas que sean mayores de 60 años en su edad. Art. 1.- Sustitúyase la expresión “tercera edad” en todas las leyes de la República que la contengan, por la de “adulto mayor”. Igualmente, en todo acto oficial se utilizará esta última expresión, cuando se haga referencia a las personas mayores de sesenta años.

aplican a ambos sexos. En contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo. Significa que la mujer no debe darse por ofendida cuando la incluyan en el distintivo masculino, pero sí el hombre, porque él no puede usar el femenino.

Y es que aunque numerosos artículos del Código Civil salvadoreño fueron derogados por el Código de Familia, algunos como el señalado art. 25 CC en el párrafo anterior, muestran los patrones culturales arraigados en el machismo y el patriarcado, pues el Código de Familia dio muestras del avance en materia de género en El Salvador.

Destacamos más abajo las normas de las relaciones familiares. Por eso apuntamos dentro del esquema del Código Civil, que en el derecho sucesorio intestado no se atiende al sexo ni a la primogenitura (art. 983 CC).

Cuadra resaltar que son llamados a la sucesión intestada: “1º. Hijos, padre, madre y cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente; 2º. Abuelos y demás ascendientes; Nietos y padre que haya reconocido voluntariamente a su hijo; 3º. Hermanos; 4º. Sobrinos; 5º. Tíos; 6º. Primos hermanos; y, 7º. Universidad de El Salvador y hospitales. Estos herederos se preferirán unos a otros por el orden de su numeración y sólo en falta de los llamados en el número anterior entrarán los designados en el número que sigue, y la herencia se dividirá por partes iguales entre las personas comprendidas en cada número” (arts. 988 y 989 CC).

Ponemos de relieve que en el Código de Familia, se encuentra la normativa, antes contenida en el CC, más allá de algunas excepciones, o aéreas que se mantienen en el CC.

1.2.3. EL CÓDIGO DE FAMILIA.- El Código de Familia salvadoreño – CF, en adelante - sancionado en 1993, entra en vigencia en 1994 ¹⁰⁵ y, engloba en general, todas las relaciones familiares.

A. La igualdad

Entre los principios rectores, el art. 4 CF estatuye la igualdad de la mujer, y su posicionamiento claramente tutelado.

El art. 4 dice: “La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y

105. Código de Familia, El Salvador. Fecha: 11/10/1993, D. Oficial: 231 Tomo: 321 Publicación DO: 13/12/1993, Reformas posteriores: Decreto Legislativo No. 839 de fecha 26 de marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo 383 de fecha 14 de Abril de 2009.

demás incapaces, de las personas adultas mayores y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del presente Código”.

B. En el matrimonio

En cuanto al matrimonio, el C de Familia es claro al establecer los derechos entre hombres y mujeres sobre bases equitativas (art. 36 en relación al art. 33 CN)¹⁰⁶.

La cooperación es un eje del código de Familia: los cónyuges no podrán limitar el derecho del otro a desempeñar actividades lícitas o estudiar o perfeccionar conocimientos (art. 39, Co de Familia).

Inicialmente la mujer en el acta prematrimonial, puede elegir libremente el apellido, conforme a lo dispuesto por el art. 21 párrafo 2º, del Código de Familia.

Se establece que debe manifestarse en el acta prematrimonial, y tal circunstancia significa que no está obligada a usar el del esposo o el “de”.

Por los patrones culturales numerosas mujeres prefieren escoger “de” anteponiéndolo al apellido del esposo ¹⁰⁷.

Respecto a los derechos y responsabilidades de la mujer se establecen en condiciones de igualdad con el hombre, y el Código Familiar en el art. 36, instituye la igualdad entre los cónyuges, correspondiéndose con el art. 38 que regula quien solventa los gastos de familia bajo el principio de equidad ¹⁰⁸.

106. El art. 36 del Código de familiar dice: “Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes; y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia, y tratarse con respeto, tolerancia y consideración.

No se infringe el deber que tienen los cónyuges de vivir juntos, cuando tuvieren que separarse para evitar graves perjuicios para cualquiera de ellos o para los hijos, o cuando por cualesquiera circunstancias especiales que redunden en beneficio de los intereses de la familia, calificados de común acuerdo, uno de los cónyuges tuviere que residir temporalmente fuera de la residencia común”.

El art. 33 de la C.N. salvadoreña expresa: “La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre si y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”.

107. En concordancia con lo que anotamos en el texto, el art. 21 inciso primero de la Ley del Nombre de la persona Natural de El Salvador expresa: “La mujer que contraiga matrimonio podrá seguir usando sus apellidos, o agregar a continuación de su primer apellido el primero del cónyuge, precedido o no de la partícula “de”. La elección deberá constar en el acta matrimonial o en la escritura pública de matrimonio y consignarse por marginación en la partida de nacimiento”.

108 El art. 38 del Código de Familia salvadoreño, norma que los cónyuges deben sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de la familia. “Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro. Si alguno de los cónyuges, por

La mujer puede optar en la decisión del régimen económico del matrimonio entre el de separación de bienes, de participación en las ganancias o comunidad diferida, previéndose un régimen residual comunidad diferida (arts. 40 a 42, CF). Este régimen no es inmutable (art. 44). Y se disuelve por declaración de nulidad o disolución de éste; por declaración judicial o por convenio entre los cónyuges (art. 45 CF).

C. Protección de la vivienda familiar

La protección de la vivienda familiar es amplia, estatuyéndose que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad, para la venta y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble-habitación de los convivientes y familia (arts. 46 y 120 CF).

D. Uniones convivenciales o parejas estables

Las uniones convivenciales, bajo la denominación “Unión no matrimonial”, configurada por quienes libremente en forma singular, continua, estable y notoria hacen vida en común por tres (3) o más años, sin tener impedimento legal para casarse, se regulan en el CF¹⁰⁹.

Los convivientes o compañeros de vida gozarán de los derechos que les confiere el Código si tienen declaración judicial previa de la unión (arts. 118 y 123 CF), y también se encuentran protegidos por la legislación laboral ¹¹⁰.

Cada conviviente será llamado a la sucesión abintestato del otro, en el mismo orden que los cónyuges. En caso de muerte, el compañero sobreviviente tendrá derecho a reclamar indemnización por daños morales y materiales que hubiere sufrido (art. 121, 122 CF).

E. Los hijos

La autoridad parental, se ejerce por ambos, padre y madre, y puede ejercerla solo uno solo a falta del otro (art. 207 CF. inciso primero, CF).

incumplimiento del otro se hubiere visto obligado a contraer deudas para sufragar los gastos de la familia, éste será solidariamente responsable de su pago. El juez, en este caso podrá moderar la cuantía de los gastos, atendiendo a las condiciones de vida de la familia y a la razonabilidad de los mismos”

109. El Código de Familia de El Salvador ha sido reformado en el tiempo de la convivencia, tal como lo señala el art. 118 que establece: “La unión no matrimonial (...) por un periodo de uno o más años”. D.L. No. 766 de fecha 23 de junio de 2011, publicado en D. O. No. 136, tomo 392, de fecha 20 de julio de 2011.

110. Código del Trabajo. Decreto Legislativo No. 15/72, año 1972. Reformas por Decreto Legislativo No. 611/05 y Decreto Legislativo No. 859/94. El art. 15, alude al compañero o compañera, en iguales condiciones que el cónyuge. Los trabajadores tienen los mismos derechos (arts. 123 y 124).

El padre y la madre deben criar a sus hijos con esmero, proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad (art. 211 CF), debiendo vivir con su o sus padres (art. 212 CF).

La crianza de los hijos establece el mismo derecho para ambos madre y padre, como así también los arts. 212 y 214 CF que regulan la formación moral y religiosa así como la educación, y puede observarse que a nivel de legislación no hay discriminación de género.

La igualdad de derechos y responsabilidades del padre y la madre con respecto a sus hijas e hijos para escoger su educación tiene su correlato en art. 203 ordinal 3º CF ¹¹¹, en el cual se establece el derecho de las hijas e hijos.

F. La tutela

En el derecho a ejercer la tutela no existe discriminación de género según el art. 272 inciso 3º, CF. Además en el art. 301 CF, no expresa que las mujeres estén inhabilitadas para ser tutoras.

G. La adopción

En la filiación adoptiva, lo único que se requiere para adoptar es llenar los requisitos del art. 171 CF, en donde no se observa ninguna limitante legal para las mujeres ¹¹².

1.2.4. EL CÓDIGO PENAL.- Destacamos en particular la regulación en el Código Penal, de la figura del acoso sexual, que la mujer ha sufrido y sufre en innumerables ocasiones.

El acoso sexual, en algunas ocasiones es el antecedente de diversos problemas que la mujer enfrenta, tanto en el ámbito laboral como en el educativo, sin dejar de mencionar el social.

111. El art. 203 del Código de Familia salvadoreño dice: "Son derechos de los hijos: 1o) Saber quiénes son sus padres, ser reconocidos por éstos y llevar sus apellidos; 2o) Vivir en el seno de su familia, sin que pueda separárseles de sus padres sino por causas legales; 3o) Recibir de sus padres: crianza, educación, protección, asistencia y seguridad; 4o) Heredar de sus padres, en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación.

112. El art. 171 del Código de Familia salvadoreño dice: "Para adoptar se requiere: 1o) Ser legalmente capaz; 2o) Ser mayor de veinticinco años de edad, excepto los cónyuges que tengan más de cinco años de casados; y, 3o) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

La sociedad se había acostumbrado a ver con “naturalidad” el acoso sexual, no obstante éste comenzó a ser denunciado y el CP vigente lo tiene tipificado, si bien bajo términos técnicos.

El art. 165 del Código Penal salvadoreño, dice: “El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de tres a cinco años).

2. LA MUJER Y EL DERECHO EN EL SIGLO XXI. LO POR VENIR

Este S. XXI, trae en especial en Latinoamérica, novedades relevantes para esta relación singular de la ley con la mujer.

Por transcurrir el año 2010, el análisis del S. XXI lo hemos dividido en dos etapas: la primera década del S. XXI, y la etapa siguiente hasta el final del S. XXI.

2.1. PRIMERA DÉCADA DEL S. XXI

Se han registrado, en especial en la Argentina, el dictado de leyes fundamentales, que aluden concretamente a los derechos de la mujeres, y a la posibilidad de insertarse de un modo más cabal en la actividad diaria, sea cual fuere su rol.

En este sentido se ha dictado diversas leyes que enunciamos a continuación:

A. Violencia de Género

Hemos ya recordado que se dictó la ley nacional 24417, de protección contra la violencia familiar en el año 1995¹¹³. El art. 1 de la ley establece¹¹⁴ que “toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”¹¹⁵.

113. Ley 24417, Sancionada por el Congreso el 07-dic-1994, Protección contra la Violencia Familiar, B.O. 03.01.1995.

114. Cfr.: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Directora, *Protección contra la violencia Familiar*, Ley 24417, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

115. Véase sobre la ley 24417: Lloveras, Nora; Cantore, Laura. *Un comentario a la ley argentina 24.417 de protección contra la violencia familiar*. En: Nuevos Perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la Profesora Dra. Olga Mesa Castillo. Sta. Fe. 2006. Rubinzal Culzoni. P. 389.

En esta década del S. XXI se dicta la Ley 26485/2009, de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

Por su parte, en el año 2010, se pone en vigencia el Decreto 1011/2010, que reglamenta esta ley 26485 (BO 20/07/2010).

La ley 26485¹¹⁶ dictada en sintonía con la manda del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional de 1994, se añade a una compacta batería de normas de discriminación positiva, de fuente internacional y nacional, que tienen en común el fin de garantizar “la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos” reconocidos a la mujer tanto en la ley fundamental como en los tratados sobre derechos humanos¹¹⁷.

La ley 26485 tiene por objeto promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; crear las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia; la asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia, como así también la protección sobre violencia contra la libertad reproductiva¹¹⁸.

Las provincias de argentinas no permanecieron ajenas a esta tendencia de legislar coyunturalmente contra los episodios de violencia. La Provincia de Córdoba, verbigracia, dictó la ley 9283 del año 2006 ¹¹⁹, la Provincia de Buenos Aires dictó la Ley 12.569/01¹²⁰ sobre Violencia Familiar, reglamentada por Decreto 2875/05, entre otras.

116. Ley 26485 del año 2009, de Protección Integral a las Mujeres, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia, B.O 14-04-2009, núm: 31632. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 11-03-2009.

117. Vázquez, Gabriela A., *Protección de la mujer. Un tema que nos une*, LL. 12/03/2010, 1.

118. Ciolli de Aguirre, María Laura, *Reflexión sobre dos aspectos de la ley 26.485 y su decreto reglamentario salud reproductiva y derechos sexuales*, LLNOA 2010 (septiembre), 785.

119. Ley N° 9283 del año 2006, Ley de Violencia Familiar, sanción: 01-03-06, B.O. 13-03-06, Decreto de Promulgación: 240/06.

120. Ley: 12569 del año 2000, Violencia Familiar, promulgada por decreto 4276/00 del 28/12/00, Concepto; Personas Legitimadas Para Denunciar Judicialmente; Procedimiento; Registro de Organizaciones no Gubernamentales Especializadas; BO 2/01/01, num: 24205.

Más allá de todos estos esfuerzos legislativos, la realidad indica, en el área de Violencia doméstica que el 80% de las personas afectadas son mujeres ¹²¹, y se tornan imprescindibles las políticas públicas pertinentes.

B. Contracepción quirúrgica

La ley N° 26130 del 2006¹²² para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica establece que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las practicas denominadas, “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios del sistema de salud, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado (no se requiere el consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial).

Las intervenciones de contracepción quirúrgica deberán ser realizadas sin cargo para el requirente en los establecimientos del sistema público de salud.

Cualquier médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia, sin que ello acarree consecuencias laborales algunas con respecto a dichas prácticas médicas. Esto no exime de responsabilidad, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.

La motivación que condujo a los legisladores argentinos a promover la necesidad de legalizar la esterilización en el territorio nacional, bastando simplemente el consentimiento informado de la persona, fue poner fin a dos inequidades latentes en la Argentina: la primera, disminuir la desigualdad existente entre los sectores de mayores recursos económicos y aquellos que, por no gozar de un poder adquisitivo elevado, no pueden optar por recurrir a cirugías cuyo resultado sea la esterilización; y, la segunda, garantizar la autonomía al libre desarrollo personal y el derecho a planificar la vida familiar a nivel nacional. Esta ley pareciera ser el fruto de la lucha por la igualdad de los derechos y de las oportunidades para todas las personas que viven en el territorio argentino¹²³.

121. Datos de la Oficina de Violencia Doméstica, de la CSJN (en el 90% de los casos se denuncia agresión psicológica. El 86% de los denunciados son hombres) – Fuente: Centro de Información Judicial. Fecha: 21/07/2010 - Región: Nacional.

122. Ley 26130 del 2006, Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, Derecho a Acceder a las Practicas de Ligadura de Trompas de Falopio y Vasectomía, B.O 29-08-2006, núm: 30978, pág: 1. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 09-08-2006.

123. Blasi, Gastón Federico, Ley N° 26.130: La legalización de las intervenciones de contracepción quirúrgicas, Sup. Act 22/02/2007, 1.

C. Salud sexual y reproductiva

El tema tan relevante para la mujer de la salud sexual y reproductiva fue contemplado en la Ley N° 26150 del 2006¹²⁴ – Programa Nacional de Educación Sexual Integral, Poder Legislativo Nacional – .

El llamado “Programa Nacional de Educación Sexual Integral, Establecimientos Públicos, de Gestión Estatal y Privada”, establece que todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la ciudad autónoma de Buenos Aires y municipal.

Se crea el programa y se fijan los objetivos de dicho programa ¹²⁵.

Esta área exige un desarrollo mayor al ya cumplido, y en todo caso, la internalización más profunda en la conciencia social media, de la importancia en esta educación.

D. Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: la ley argentina N° 26171 del 2006

Todo Estado Parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas ¹²⁶.

El art. 4 de dicho Protocolo establece que el Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo.

124. Ley 26150 del 2006, Programa Nacional de Educación Sexual Integral, B.O 24-10-2006, núm: 31017. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 04-10-2006.

125. La ley 26150 establece que se entiende como educación sexual integral, la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos.

126. Ley 26171 del 2006, Protocolos, Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; apruébase el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, B.O del 11-12-2006, núm: 31050, pág: 6. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 15-11-2006.

Al examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, a las partes interesadas. Paso seguido, el Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones del Comité.

Si el Comité recibe información que revela violaciones graves por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y a presentar observaciones sobre dicha información. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité.

Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones que estime oportunas.

Después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.

Cualquier Estado Parte puede, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia que el Comité posee cuando recibe información que revela violaciones graves por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención.

Todo Estado Parte puede retirar esa declaración de no reconocimiento de competencia hacia el Comité en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.

E. Ejecución de pena privativa de libertad para las madres con hijos

La ley N° 26472 del 2008¹²⁷ de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, que contempla el supuesto de Prisión Domiciliaria para Madres con hijos menores de CINCO (5) años.

127. Ley 26472 del 2008, Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, modificaciones a la Ley n° 24.660, al Código Penal y al Código Procesal penal, B.O 20-01-2009, Núm: 31576, Pág: 1. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 17-12-2008.

El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaría a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Se pone una vez más en evidencia la intención de los legisladores de dejar en la valoración del juez competente el análisis de los elementos que le permitan fundar su decisión concediendo o denegando la prisión domiciliaria.

Al respecto puso de manifiesto su parecer un parlamentario: “Si estamos frente a un delito de alta violencia, la puesta en libertad ocasionaría una sensación de desprotección en la sociedad argentina, en un momento en el que esta temática tiene una fuerte demanda. Y esto no lo digo por oportunismo ni para quedar bien con un sector que reclama en palcos y en tribunas y que tiene a veces un discurso “fascistoide”. No estoy sosteniendo eso” y agregó: “Lo que digo es que el concepto “podrá” está dándole al juez la oportunidad de valorar los hechos cometidos y, además, una responsabilidad para atender ese delicado equilibrio entre lo humano que significa que la madre pueda cuidar al chico, el interés colectivo y la gravedad del hecho que tendrá mensurar, esto es si corresponde que esa persona esté en libertad”¹²⁸.

Cuando lo crea conveniente, el juez, puede disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. Nunca, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

Un enfoque de género también se va instalando en la Justicia de Argentina, poniendo de realce que en el mes de Julio del año 2010, las Naciones Unidas y la Corte Suprema de la Nación trabajarán en conjunto para fortalecer el enfoque de género en la Justicia de Argentina ¹²⁹.

En conclusión, en la primera década del S. XXI la mujer es la protagonista de grandes cambios históricos que pasan por todas las áreas que hemos preconsignado, punto a punto.

128. Meana, Marcela, *Reflexiones en torno a la nueva regulación de la prisión domiciliaria*. Ley 26.472, LLC 2009 (diciembre), 1161. Refiriendo las expresiones del senador Miguel Ángel Pichetto.

129. Unifem Conosur, Thu, 8 Jul 2010. Las Naciones Unidas en Argentina y la Oficina de la Mujer de la CSJN firmaron hoy el documento base del Programa Conjunto para el Apoyo a la Oficina de la Mujer de la CSJN en la transversalización del enfoque de Género en el Poder Judicial (JP/ARG/10/001).

F. Mayoría de edad

La ley 26579 del año 2009^{130 131}, reforma el Código Civil argentino, y disminuye la edad para alcanzar la mayoría de edad, es decir la plena capacidad civil.

En esta línea, favorece la autonomía personal de la mujer, al poder tomar las decisiones que hacen a su proyecto personal, y familiar, de un modo más temprano – antes a los 21 años y ahora a los 18 años–, sin perjuicio de la eventual emancipación por matrimonio antes de los 18 años que se establece excepcionalmente.

La ley bajo análisis alinea el núcleo de la modificación operada al texto del Código Civil con una serie de estatutos normativos internacionales, constitucionales o supra-legales, de derecho comparado, doctrinarios e incluso con numerosos antecedentes parlamentarios previos, que no llegaron a sancionarse, enmarcados en tal dirección.

Entre ellos cabe citar la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) del año 1.989 que así lo postula de manera expresa, y que ha sido incorporada constitucionalmente a través del artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

Dentro de este estatuto legal citado últimamente, se destaca el criterio de la “capacidad progresiva” como parámetro para graduar la posibilidad del niño de ejercer por sí mismo los derechos que se le reconocen en función de su madurez y desarrollo, (15) tal como se desprende de sus artículos 19 inciso “a” y 24 inciso “b”. En tal sentido, la reducción de la edad para adquirir la plena capacidad aparece como una norma en sintonía con tales designios, toda vez que así como la representación legal sustituye absolutamente la voluntad del menor por la de su representante, el modelo del derecho a la participación en sus distintas manifestaciones compatibiliza con la idea de sujeto de derecho, superando el viejo modelo tutelar (16) plenamente vigente en nuestra legislación civilista decimonónica, aun con los cosméticos de las leyes modificatorias sobrevivientes a la 17.711¹³².

G. Matrimonio de diferente y de igual sexo

La reforma al sistema matrimonial argentino, operada en el año 2010 faculta los matrimonios de mujeres, es decir de personas del mismo sexo ¹³³ (ley 26618 BO 22.07.2010, vigente desde 31.7.2010).

130. Ley 26579 del 2009, Código Civil, Mayoría de Edad - Modificación, B.O 22-12-2009, num: 31806. Honorable Congreso de la Nación Argentina, 02-12-2009.

131. Véase sobre la nueva ley de mayoría de edad en vigencia: Lloveras, Nora; Faraoni, Fabián, la mayoría de edad argentina. Análisis de la ley 26579 /2009, Córdoba (Argentina), 2010, Nuevo Enfoque Jurídico, p. 38 y ss.

132. Saux, Edgardo I., *Mayoría de edad a los 18 años*, LL 2010-B, 794.

133. Ley 26618 del 2010, Matrimonio Civil Código Civil, Leyes 26.413 Y 18.248, modificación, B.O 22-07-2010, num: 31949. Honorable Congreso de la Nación Argentina , 15-07-2010.

Esta posibilidad de que las personas de igual sexo contraigan nupcias, permite a las mujeres provenientes de la diversidad sexual legalizar sus uniones.

Cabe señalar que ya han comenzado a registrarse sentencias de distintos tenor sobre los hijos de parejas del mismo sexo, que se encuentran en una crisis de separación.

En líneas generales el objeto de la Ley consiste en ampliar el concepto de matrimonio contenido en el ordenamiento jurídico argentino, extendiéndolo al constituido por dos personas del mismo sexo. Asimismo, los integrantes de las familias cuyo origen sea el nuevo tipo de matrimonios, tendrán los mismos derechos y obligaciones a los integrantes de matrimonios tradicionales (los conformados por dos personas de distinto sexo)¹³⁴.

El propósito evidente es equiparar jurídicamente, en toda su amplitud y generalidad, al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo (el que a partir de la Ley pasa a ser un matrimonio legalmente constituido), con relación a los matrimonios tradicionales¹³⁵.

2.2. LAS DÉCADAS QUE COMPRENEN EL AÑO 2011 AL 2099: LO POR VENIR

Las décadas 2da a 9ª, en los años 2011 al 2099: ¿cuales son las urgencias, cuales son las necesidades que el derecho debe contemplar, frente a la mujer y la necesidad de empoderamiento real?

En las décadas que comprenden el año 2011 al 2099, lo por venir conforma un desafío relevante para la mujer. En los años 2011 al 2099: ¿cuales son las urgencias?, ¿Que normas fundamentales se dibujan en el futuro inmediato?

Se nos presentan como temas de debate hacia el futuro inmediato, la salud sexual y reproductiva, tema que incluye la hipótesis interrupción voluntaria del embarazo¹³⁶, las regulaciones sobre convivencias ó uniones de pareja estable¹³⁷, las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida de los hijos sea considerada como el modelo preferente en los procesos de separación o

134. Véase sobre la ley 26618 del año 2010: Lloveras, Nora; Faraoni, Fabián; Orlandi, Olga, *El matrimonio civil argentino*, Córdoba (Argentina), 2010, Nuevo Enfoque Jurídico, p. 45 y ss.

135. Rajmilovich, Darío M., *Nueva ley de matrimonio y sus implicancias en el sistema de imposición de las personas físicas*, PET 2010 (agosto-448), 1-Sup. Esp. Matrimonio Civil 2010 (agosto), 59.

136. Véase en España: Interrupción del embarazo - Ley 2010 La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, N° de disposición: 2/2010, BOE: 55/2010, fecha disposición: 03/03/2010, fecha publicación: 04/03/2010, órgano emisor: Jefatura del Estado.

137. En Latinoamérica: Ley uruguaya 18246 del año 2007, promulgada el 27 de diciembre de 2007, publicada el 10 de enero de 2008.

divorcio, los nuevos abordajes más ágiles y directos de las vicisitudes matrimoniales o convivenciales ¹³⁸.

En cuanto a la interrupción del embarazo, en otros países, como España, el objeto es garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos, entró en vigor el 5 de julio de 2010. Para la aplicación de esta Ley Orgánica se han aprobado el Real Decreto 825 /2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la misma y el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo. Una de las cuestiones fundamentales reguladas por el primero de estos reales decretos, es la información que con carácter previo ha de facilitarse a las mujeres gestantes, en determinados supuestos de IVE (abreviatura de: Interrupción Voluntaria de Embarazo), en los términos que figuran a continuación ¹³⁹.

En cuanto a la salud sexual y reproductiva, entendemos que las políticas públicas hasta hoy solo reconocen demandas respecto a los derechos reproductivos y sexuales que fortalecen la heterosexualidad normativa y la reproducción vinculada a nociones de salud y distintas formas de prevención de enfermedades de transmisión sexual (ETS).

Es decir que hasta el año 2010, el paradigma de enfermedad-normalidad explícito e implícito excluía la posibilidad de incorporar la noción de diversidad sexual en el marco de una ciudadanía igualitaria.

Hoy en la Argentina, frente a la ley 26618 del año 2010 de matrimonio Igualitario se exigen nuevos contenidos en las políticas públicas de salud, y de salud reproductiva. El sujeto de derecho en Argentina amerita una ley de identidad de género. Es que hasta el año 2010, la identidad pasaba por ser hombre o mujer, según la pauta heterosexual.

En el año 2010 entendemos que sistemáticamente se ha modificado este universo cultural, admitiéndose el matrimonio de personas del mismo sexo.

En el 2010, en Argentina 2010 se ha tratado una suerte de guía práctica para los operadores de la salud, en cuanto a las interrupciones de embarazos (abortos no punibles).

138. Brasil: Divorcio Directo- Lei N° - EC 66/2010- Enmienda Constitucional N° 66, de 13 de Julio de 2010.

139. Interrupción del embarazo - Ley 2010 La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, N° de disposición: 2/2010, BOE: 55/2010, fecha disposición: 03/03/2010, fecha publicación: 04/03/2010, órgano emisor: Jefatura del Estado.

Este Protocolo, alude al Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable que tiene como propósito promover la igualdad de derechos, la equidad y la justicia social así como contribuir a mejorar la estructura de oportunidades en el campo de la salud sexual y reproductiva. Con ese fin, el Programa se ha propuesto promover acciones transformadoras de la realidad que mejoren el acceso a servicios integrales de salud sexual y reproductiva en un marco de respeto de los derechos sexuales y reproductivos.

La garantía del acceso oportuno y en condiciones de igualdad a servicios de calidad para el aborto en los casos permitidos por la ley es uno de los componentes básicos de esas políticas integrales de atención a la salud sexual y reproductiva.

La presente Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles (en adelante, la “Guía Técnica”) resulta un paso central para:

- a. Favorecer las condiciones para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos para el mejoramiento de la salud sexual y reproductiva (en adelante, “SSyR”) en todos los aspectos relacionados con el aborto en los casos permitidos por la ley;
- b. Definir medidas para reducir y eliminar las barreras para el acceso al aborto permitido por la ley en distintos niveles de atención;
- c. Minimizar los riesgos para la salud y favorecer un enfoque integral y con calidad en la atención del aborto en los casos permitidos por la ley.

El Programa promueve la incorporación de los servicios de aborto no punible (en adelante, el “ANP”) en el marco de políticas integrales de SSyR y, en especial, de la prevención y el manejo del embarazo no deseado. En el plano de la prevención, el Programa enfatiza dos niveles de acción: la educación sexual y la promoción y el acceso a los métodos anticonceptivos, incluida la doble protección. Cuando las mujeres consideran la interrupción de la gestación en los casos permitidos por la ley, el Programa promueve que la atención del ANP sea brindada bajo los mismos parámetros que otros componentes del servicio de salud, es decir, respetando estándares de calidad, confidencialidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada.

El deber de prestar servicios de ANP de calidad implica ofrecer un trato humanitario que incluya la recepción y orientación para responder a las necesidades de salud emocional y física de las mujeres; garantizar la atención clínica adecuada de acuerdo a criterios éticos y legales y con estándares de competencia del proveedor en los distintos métodos; intercambiar información amplia y completa para que

exista efectivamente un proceso de consentimiento informado; y ofrecer servicios de planificación y cuidados posteriores a las mujeres. Para todo lo cual es imperativo movilizar los recursos económicos y profesionales necesarios.

El Estado impone obligatoriedad para que se cumpla la atención de los abortos no punibles. La circunstancia de que estén contemplados en el Código Penal no implica que tenga cumplimiento efectivo en todos los casos.

Las mujeres no tendrán que “mendigar” en estos supuestos, una atención ya contemplada legalmente.

2.3. EL SALVADOR: LA MIRADA DEL S. XXI

La ley contra la violencia intrafamiliar del año 1996, establece mecanismos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, en las relaciones de los miembros de la familia ya sea que éstos compartan o no la misma vivienda¹⁴⁰.

Estas décadas que vivimos del S. XXI, exigen más que antes, aplicar las medidas preventivas, cautelares y de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar. (Art. 1, inc. b), LCVI), así como regular las medidas de rehabilitación para los ofensores. (art. 1, inc. c), LCVI).

La protección de manera especial a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja, del abuso sexual incestuoso de niños y niñas, personas adultas mayores y personas discapacitadas. (art. 1 inc. d), LCVI).

El diseño, ejecución, asesoramiento y observación meritoria del cumplimiento de las políticas públicas de la Mujer, que promuevan su desarrollo integral, deben ser una de las guías de estos próximos años.

Estimamos que el panorama del S. XXI que transcurre en El Salvador, nos exige remitirnos a las consideraciones efectuadas para la República Argentina en el mismo tiempo, más arriba expuestas.

140. El Salvador, Ley contra la Violencia Intrafamiliar. Decreto Legislativo N°: 902 del 28/11/1996, D. Oficial: 241 Tomo: 333, DO: 20/12/1996. Reformado: D.L. No. 403, del 12.08.2004, publicado en el D.O No. 178, Tomo 364, del 27.09.2004.

3. LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS. ¿HAY UN REAL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES Y SUS DERECHOS?

Los logros del S. XX y los avances que se registran en la primera década del S. XXI, nos permiten preguntarnos si se ha logrado la equidad de género. O en todo caso, hay que establecer estrategias de cambio cultural para que la mujer haga efectivos sus derechos. Partimos de la idea de que los derechos proclamados a favor de la mujer no son simples declamaciones.

Frente a una realidad hostil en parte a estos avances de la mujer, entendemos que es impostergable establecer estrategias de cambio cultural. Recuérdese que el “Empoderamiento” - del inglés: empowerment”-, es un proceso por el cual las mujeres fortalecen sus capacidades, confianza, visión y protagonismo como grupo social para impulsar cambios positivos de las situaciones que viven. Este proceso exige esas estrategias concretas de cambios culturales.

En este sentido, la OIT, en la Declaración del Milenio -con relación al tercer Objetivo del Desarrollo del Milenio (ODM)- sobre la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer consigna que el objetivo es la eliminación de las disparidades de género en la educación primaria y secundaria.

Desde nuestra mirada, la educación es valiosa para empoderar a la mujer; pero la igualdad de género implica contar con las oportunidades para utilizar las capacidades adquiridas y la participación plena en el ámbito económico y político.

Nos preguntamos cuales son los indicadores, las políticas públicas, las estrategias, para monitorear: el real empoderamiento de la mujer, y la verdadera igualdad de género.

A nuestro parecer, esos indicadores posibles para monitorear el progreso del objetivo de la igualdad de género deben pasar por, entre otros por :

- a. La proporción de niñas a niños en la educación primaria, secundaria y terciaria,
- b. La proporción de mujeres a hombres analfabetos de 15 a 24 años de edad,
- c. La proporción de mujeres con empleo remunerado en el sector no agrícola,
- d. La proporción de escaños en poder de mujeres en los parlamentos nacionales,

Los resultados de esos indicadores permitirán: corregir, adecuar, asegurar, el empoderamiento real de las mujeres (políticas públicas de empoderamiento).

Tenemos que desplegar la capacidad de navegar nuevos mares.

4. NUESTRAS CONCLUSIONES

A modo de síntesis consignamos nuestras reflexiones:

- a. El derecho, aunque conlleve progreso para la mujer, no es suficiente como herramienta de cambio.
- b. Es impostergable hacia el futuro romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad.
- c. Con adecuadas políticas públicas y fuertes compromisos, se puede efectivamente romper el círculo de desigualdad y avanzar en justicia social.
- d. La realidad indica, en el área de Violencia doméstica que el 80% de las personas afectadas son mujeres.
- e. No puede dejar de destacarse, como serios obstáculos para realizar los derechos de la mujer: la inadecuada inserción laboral de la mujer; la mujer sobre exigida, para autogestionarse; la restricción severa al acceso de la educación; la pobreza como factor determinante de la falta de capacitación suficiente, etc.
- f. Estamos obligadas a “mirar” la realidad para actuar por el empoderamiento real de la mujer.
- g. El siglo XX ha encaminado un avance importante para los derechos de la mujer: la capacidad, los derechos titularizados, el derecho a elegir, el derecho a compartir la responsabilidad parental, entre otros.
- h. En la primera década del Siglo XXI hasta el año 2010, se muestra una fuerte revisión de derechos de la mujer, que le atañen de modo directo: así, la mayoría de edad, el matrimonio entre personas del mismo sexo, los debates instalados a propósito de la interrupción voluntaria del embarazo, entre otros.

- i. En las décadas 2da. a 10ª del Siglo XXI, frente a una realidad hostil en parte a los avances de la mujer, entendemos que es impostergable establecer estrategias de cambio cultural.
- j. El “Empoderamiento” es un proceso por el cual las mujeres fortalecen sus capacidades, confianza, visión y protagonismo como grupo social para impulsar cambios positivos de las situaciones que viven. Este proceso exige esas estrategias concretas de cambios culturales.

CAPÍTULO VIII

El embrión no implantado en el proyecto de código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común¹⁴¹

*Aída Kemelmajer de Carlucci*¹⁴².

*Marisa Herrera*¹⁴³.

*Eleonora Lamm*¹⁴⁴.

SUMARIO

Introducción. 2. El texto legislativo cuestionado en el Brasil. 3. La sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Sus fundamentos. 4. El conocimiento científico y la conceptualización jurídica de las células madre embrionarias. 5. La legitimidad de la investigación con células madre embrionarias con fines terapéuticos y el constitucionalismo fraterno. 6. La protección del derecho a la vida y los derechos infraconstitucionales del embrión pre-implantado en el ordenamiento brasileño y en la legislación comparada. 7. Una diferencia esencial: la posibilidad de desarrollo. 8. La investigación con células madre no constituye aborto. Materia extraña a la acción directa de inconstitucionalidad deducida en el Brasil y al proyecto de código unificado en la Argentina. 9. Los derechos fundamentales a la autonomía de la voluntad, a la planificación de la familia y a la maternidad. 10. La aplicación obligada de la perspectiva constitucional – internacional o la llamada “constitucionalización del derecho civil”. 11. Conclusiones provisionales.

141. Este artículo fue publicado durante el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado los días 1 y 2 de diciembre de 2010, en la ciudad de San Miguel, el cual fue organizado por la Universidad Capitán General Gerardo Barrios y es una contribución de dicha universidad para el Consejo Nacional de la Judicatura en el 18º aniversario de la jurisdicción de familia.

142. Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza, Argentina. Miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba. Miembro honorario de la Real Academia de Derecho y legislación de Madrid, España. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Profesora titular de Derecho Civil (Facultad de Derecho) y Derecho Privado (Facultad de Ciencias Económicas) de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesora contratada por las Universidades de París, Génova y Bolonia. Profesora honoraria de las Universidades de San Marcos y San Martín de Porres (Perú).

143. Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo.

144. Eleonora Lamm. Abogada. Doctora en Derecho, con línea de investigación en Bioética, por la Universidad de Barcelona. Máster en Bioética y Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho (UB). Becaria del CONICET. elelamm@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

El Libro Primero del proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se abre con la regulación de la persona humana. Los fundamentos explican que esta visión es “conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal” que considera “la persona humana la figura central del derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este Anteproyecto, se utiliza la denominación *persona humana* y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente”.

El artículo 19 proyectado dice: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

La primera frase responde a la tradición jurídica argentina. Los referidos fundamentos expresan que “no se varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología”.

La segunda frase es una de las tantas novedades o incorporaciones que propone la reforma para responder a una realidad elocuente, cual es, la necesidad de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida; tan es así, que hace pocos días la Honorable Cámara de Diputados de la Nación aprobó un proyecto de ley que regula la cobertura de estas prácticas médicas. ¿Cómo es posible que un Estado financie determinados tratamientos que colaboran de modo sustancial para que las personas o parejas –matrimoniales o no– puedan alcanzar la maternidad/paternidad y, a la vez, la legislación civil guarde silencio sobre qué sucede en materia de derechos y obligaciones familiares entre esas personas y los niños que nacen de dichas técnicas?

El proyecto cubre ese vacío legal y regula el uso de las técnicas de reproducción humana asistida como tercera fuente de la filiación. En consonancia, si optó por mantener una regla que establece cuándo comienza la persona en la filiación por naturaleza o biológica, también debió pronunciarse sobre igual cuestión en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Dado que ambos tipos filiales parten de supuestos fácticos diferentes (el presupuesto de hecho de la filiación por naturaleza es la existencia de un acto sexual; el de la reproducción humana asistida es la intervención médica, más allá de que se trate de tratamientos de baja, media o alta complejidad), no debe llamar la atención que también sea distinto el momento en el que comienza jurídicamente la persona.

Ciertamente, la segunda frase del artículo 19 involucra dos cuestiones estrechamente vinculadas: (a) cuándo comienza jurídicamente la existencia de la persona, y (b) la situación del embrión no implantado.

Estas reflexiones están destinadas, en especial, a la segunda cuestión a la luz del derecho comparado, principalmente, el de aquellos países con los que tenemos cierta tradición jurídica o cultural en común.

De cualquier modo, con relación a la primera, parece necesario aclarar algunos puntos que permiten comprender las opciones recogidas por el proyecto de reforma. Uno de los principios que campea o cimienta el proyecto es el de la realidad. Pues bien, no es ninguna novedad que aún sin ley, y desde hace varios años, en la Argentina se procede a la crioconservación y vitrificación de embriones; una prueba indubitada de la existencia de esta práctica es uno de los primeros casos en los que la jurisdicción argentina se pronunció, fue el que acogió la pretensión de designar un abogado “tutor de embriones” y la elaboración de un “registro”¹⁴⁵; pues bien, como es sabido, esa decisión no tuvo eficacia; el tutor terminó renunciando; tampoco erradicó ni disminuyó este tipo de prácticas.

Resulta, pues, de interés saber qué piensan los profesionales que tienen contacto directo y cotidiano con embriones no implantados, es decir, los médicos especialistas en reproducción humana asistida. En un Simposio realizado en abril del 2011, organizado por la Sociedad Argentina de Andrología, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y la red Latinoamericana de Reproducción Asistida¹⁴⁶, se planteó de manera anónima a 80 reproductólogos del país, es decir, a la gran mayoría de reconocidos médicos que trabajan en el tema, diversos interrogantes relacionados con la práctica para conocer, aún sin ley, qué es lo que acontece en la realidad.

Uno de los tantos temas indagados giró en torno al “status moral del pre embrión humano in vitro” y las preguntas eran:

- a. ¿Piensa usted que un ovocito humano penetrado por un espermatozoide mediante fecundación in vitro, previo a la formación de los pronúcleos es una persona? El 100 % contestó negativamente.

145. Decisión en los autos “Rabinovich, Ricardo D.” de Primera Instancia del Juzgado civil n° 56, a cargo del Dr. Miguel Güiraldes y confirmado en lo esencial por la sala I de la Cámara Nacional Civil del 3/12/1999, integrada en ese momento por los Dres. Delfina Borda y Julio Ojea Quintana publicada en ED 185-407, LL 2001-C, 824 y JA 2000-III, 630.

146. Compulsar publicación del simposio realizado en Bs. As. los días 29 y 30 de Abril bajo el título *Aspectos éticos y legales de las técnicas de reproducción asistida y las diferentes alternativas terapéuticas* en http://www.redlara.com/PDF_RED/Aspectos%20bio%C3%A9ticos%20publicaci%C3%B3n.pdf. Compulsado el 1/07/2012.

- b. ¿Piensa usted que un ovocito humano penetrado inyectado con un espermatozoide (ICSI), previo a la formación de los pronúcleos es una persona? El 100 % contestó negativamente.
- c. ¿Piensa usted que un ovocito humano que presenta dos pronúcleos y dos cuerpos polares es una persona? El 97 % contestó negativamente.
- d. ¿Piensa usted que un ovocito fertilizado, es estadio de singamia (en el que previamente se habían visualizado dos pronúcleos), es una persona? El 95% contestó negativamente, el 2% de manera afirmativa y el 3% no sabe.
- e. ¿Piensa usted que el pre- embrión humano in vitro de 28 a 62 horas de desarrollo, en el cual aún no se ha expresado el genoma del espermatozoide, es una persona? El 93% contestó negativamente, el 5% no sabe y el 2% afirmativamente.
- f. ¿Piensa usted que el pre embrión humano in vitro entre 62 horas y 144 horas (6 días) de desarrollo, en el cual se ha expresado el genoma embrionario y con un grado de desarrollo adecuado, es una persona? El 90 % contestó negativamente, el 5% que no sabe y el 5% restante afirmativamente.
- g. Quien pensó que el pre embrión humano in vitro o alguno de los estadios reproductivos previos es una persona ¿también piensa que lo es aunque provenga de un ovocito mal fecundado (1 o más de 2 pronúcleos)? El 90 % contestó negativamente, el 5% que no sabe y el 5% restante afirmativamente.
- h. Si usted piensa que el pre embrión humano in vitro o alguno de los estadios reproductivos previos es una persona, el que presenta un grado de desarrollo inadecuado (detención o polifragmentación) que lo convierte en no viable ¿es persona? El 100% respondió negativamente.
- i. Si usted considera que el pre embrión humano in vitro no es persona ¿en qué momento posterior a la transferencia embrionaria considera usted que es aplicable el concepto de persona? Las opciones son las siguientes:
 - i.1 En el momento inmediato posterior a la transferencia embrionaria.
 - i.2 Implantación (día 14 del desarrollo).
 - i.3 Iniciación de la cresta neural (día 15 del desarrollo).
 - i.4 Registro de actividad cardíaca (día 42 del desarrollo).
 - i.5 Aparición de sensibilidad (día 51 del desarrollo).
 - i.6 En un momento posterior.

El 60% contestó en el momento 6), seguido del 12% que contestó en el momento 2), en tercer lugar la respuesta fue la 3), seguida de un 9% del 4), un 5% del 1) y por último con un 4% la respuesta 5).

Como se puede observar, el proyecto recepta la segunda opción que, claramente, es la más cercana en el tiempo desde la formación del pre embrión; o sea, adopta una de las variables que puede tildarse de conservadora.

En el referido Simposio también se interrogó a los especialistas presentes sobre el denominado “status del pre embrión” en estos términos: Si usted piensa que el pre embrión humano in vitro es persona: a) es persona pero con diferentes derechos de una persona nacida; b) es persona con los mismos derechos de una persona nacida y c) no sé. El 50% respondió por la opción a) y la mitad restante por la c). Ninguno de los presentes se expresó a favor de la opción b).

Ahora estamos en mejores condiciones de analizar, jurídicamente, la cuestión relativa a la naturaleza del embrión no implantado.

La postura que recepta el proyecto según la cual el embrión no implantado no es persona a los efectos o derechos que otorga el Código Civil, coincide con la solución dada por una importante sentencia emanada del Supremo Tribunal Federal del Brasil (en adelante STFB) en el año 2008¹⁴⁷, por lo que resulta conveniente recordar los argumentos de esa importante decisión jurisdiccional de la región sudamericana, y sus concordancias con criterios similares de la legislación y doctrina comparada.

Se trata de una resolución judicial de gran relevancia, que no tuvo en la doctrina nacional la difusión que debería haber tenido; su conocimiento resulta de interés a fin de analizar los argumentos jurídicos desarrollados por un tribunal de reconocida trayectoria, perteneciente a un país hermano, al que nos unen lazos estrechos de todo tipo.

2.- EL TEXTO LEGISLATIVO CUESTIONADO EN EL BRASIL

En el caso en estudio se cuestionaba la constitucionalidad del art 5 de la Ley de Bioseguridad (LEI N° 11.105, de 24 de marzo de 2005) que establece¹⁴⁸: “Se

147. Supremo Tribunal Federal del Brasil. ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

148. La traducción del texto es de las autoras. La norma cuestionada dice en portugués: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam

permite para fines de investigación y terapia, el uso de células madre embrionarias obtenidas de embriones humanos producidos por fertilización in vitro y no utilizados en el respectivo procedimiento, siempre que se reúnan las condiciones siguientes: I – que se trate de embriones no viables, o II – se trate de embriones congelados durante 3 (tres) años o más a la fecha de publicación de esta Ley, o que, ya estén congelados a la fecha de publicación de esta Ley y completen los tres (3) años a partir de la fecha de congelación. § 1º En cualquier caso, se requiere el consentimiento de los genitores. § 2 Las instituciones de investigación y servicios de salud que realicen/lleven a cabo la investigación o la terapia con células madre embrionarias humanas deberán presentar sus proyectos para la consideración y aprobación de los respectivos comités de ética en investigación¹⁴⁹. § 3 Se prohíbe la comercialización del material biológico al que se refiere el presente artículo y su práctica constituye el delito tipificado en el art. 15 de la Ley 9434 del 4 de febrero de 1997.”

3.- LA SENTENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL. SUS FUNDAMENTOS

El 29 de mayo de 2008, el STFB resolvió que *la investigación con células madre embrionarias no viola el derecho a la vida ni a la dignidad de la persona*. Los argumentos para rechazar la alegada inconstitucionalidad son los que se desarrollan en los puntos siguientes; todos son hábiles para reforzar la postura que se sigue en la legislación proyectada, que niega carácter de persona al embrión no implantados, en concordancia con un importante número de leyes del derecho comparado.

4.- EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y LA CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA DE LAS CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS

El tribunal explica: Las “células madre embrionarias” son células contenidas en un agrupamiento de otras, que se encuentran en cada embrión humano de hasta 14 días (otros científicos reducen este tiempo a la etapa de blastocito, que ocurre

embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

149. Los requisitos de la ley brasileña coinciden con los exigidos por el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona (OBD) que exige: (a) el consentimiento de los donantes de los gametos o de los embriones; (b) la idoneidad y proporcionalidad de la investigación que se propone. El primero hace referencia a la autonomía de las personas implicadas; el segundo a las exigencias científicas y a la valoración social. Ver, CASADO, M. (Coord.), Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida, Barcelona, ed. Signo, 2008 en http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf. Compulsada el 27/08/2011.

aproximadamente cinco días después de la fecundación de un óvulo femenino por un espermatozoide masculino). A estos embriones se llega por efecto de la manipulación humana en ambiente extracorpóreo, por cuanto son producidos en un laboratorio “in vitro”, y no de forma espontánea o “en vida”. No corresponde al STFB decidir cuál de las dos formas de investigación básica es la más prometedora: si la investigación con células madre adultas o con células madre embrionarias. La certeza científico-tecnológica está en que un tipo de investigación no invalida la otra, ya que ambas se complementan mutuamente.

La posición de la Corte brasileña es correcta. Las células madre embrionarias se caracterizan porque son indiferenciadas y totipotentes, por lo que, en condiciones adecuadas, pueden convertirse en cualquier tipo de tejido, por lo que es previsible que, en un horizonte no muy lejano, se puedan obtener, p. ej., neuronas para tratar enfermedades neurodegenerativas, como la enfermedad de Alzheimer o la de Parkinson, obtener islotes pancreáticos para tratar la diabetes, o reparar las regiones del corazón necrosadas por un infarto de miocardio¹⁵⁰.

Las células adultas no son totipotentes; es decir, poseen una menor capacidad de diferenciación que las células embrionarias, lo que dificulta su transformación en otros tejidos. De allí la “preferencia” por el uso de las embrionarias¹⁵¹.

5.- LA LEGITIMIDAD DE LA INVESTIGACIÓN CON CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS CON FINES TERAPÉUTICOS Y EL CONSTITUCIONALISMO *FRATERO*

Dice el tribunal: La investigación científica con células madre embrionarias autorizada por la Ley N ° 11.105/2005 tiene por objeto el enfrentamiento y la cura de enfermedades y traumatismos que limitan severamente, atormentan, hacen infeliz, desesperan y no raras veces degradan la vida de un grupo significativo de la población (a título ilustrativo, la atrofia espinal progresiva, distrofia muscular, esclerosis múltiple y esclerosis lateral amiotrófica, las neuropatías y las enfermedades de la neurona motora).

La opción de la Ley de Bioseguridad no significa un desprecio ni un menosprecio por el embrión *in vitro*, sino una disposición “para acortar los caminos que

150. Recomendamos compulsar, entre otras noticias, los resultados arribados por un equipo de investigación de la universidad de California en <http://www.fluvium.org/textos/vidahumana/vid99.htm> compulsada el 01/07/2012.

151. CASADO, M. y EGOZCUE, J. (Coords.), *Documento sobre investigación con embriones del Observatorio de Bioética y Derecho*, Barcelona, ed. Signo, 2000, disponible en http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Investigacion_con_embriones.pdf. Compulsada el 27/06/2012 y CASADO, M. y EGOZCUE, J. (Coords.), *Documento sobre células madre embrionarias del Observatorio de Bioética y Derecho*, Barcelona, ed. Signo, 2001 en http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Celulas_madre_embriionarias.pdf. Compulsada el 27/06/2012.

pueden conducir a la superación de la desgracia ajena”. Esta circunstancia opera en el marco de un orden constitucional que desde su preámbulo califica “la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia” como valores supremos de una sociedad ante todo “*fraterna*”. La incorporación del constitucionalismo fraterno a las relaciones humanas se traduce en una verdadera comunión de vida, o vida social, en un clima de gran solidaridad para beneficio de la salud y contra eventuales golpes del azar o de la propia naturaleza. El contexto de legalidad fraterna, compasiva y solidaria, lejos de traducir una ofensa o falta de respeto por los embriones congelados *in vitro*, significa aprecio y respeto por los seres humanos que padecen sufrimiento y desesperación. La no violación del derecho a la vida y de la dignidad humana en la investigación con células madre embrionarias (biológicamente inviábiles o para los fines previstos) implica la celebración solidaria de la vida y alienta a aquellos que están al margen del ejercicio concreto e inalienable de los derechos a la felicidad y a vivir con dignidad.

En esta misma línea se expide la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien defiende el “derecho a gozar de los avances de la ciencia” y, sobre esta base, considera que viola la Convención Interamericana la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que declaró inconstitucional el articulado de un decreto que regula el uso de las técnicas de reproducción asistida y permite la fertilización *in vitro*¹⁵².

En sentido coincidente, con buenas razones, desde la Bioética se argumenta que la experimentación con embriones favorece la investigación científica, entendida como aquella que se realiza con una metodología coherente y en busca de fines racionales, orientados a la mejora de la calidad de vida del ser humano. Las nuevas posibilidades científico técnicas permiten que el período embrionario sea, no sólo un paso hacia la reproducción, sino también fuente de vida para los ya vivientes, puesto que las células totipotentes de la masa celular interna del embrión en fase de blastocito posibilitarán la regeneración de tejidos, lo que hace patente la importancia del uso, investigación y experimentación con embriones¹⁵³.

152. Se recomienda compulsar “Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros v. Costa Rica, Caso 12.361, Informe No. 25/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 en 201 (2004)” en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/CostaRica.12361.htm>. Compulsada el 30/06/2012.

153. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, *Reedición y análisis del impacto ... op. cit.*

6.- LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y LOS DERECHOS INFRACONSTITUCIONALES DEL EMBRIÓN PRE-IMPLANTADO EN EL ORDENAMIENTO BRASILEÑO Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Según la sentencia que se comenta, la carta magna federal del Brasil no se expide de modo expreso sobre el inicio de la vida humana o sobre el momento preciso en que comienza. No configura todas y cada una de las etapas de la vida humana como un bien jurídico autónomo, sino que se refiere a la vida que ya es propia de una persona concreta (o sea, teoría *natalista*, en contraposición a la teoría *concepcionista* o de la *personalidad condicional*).

Cuando la Constitución se refiere a los *derechos de la persona humana*, e incluso a los *derechos y garantías individuales* como cláusula pétrea, está hablando de derechos y garantías del individuo-persona, destinatario de los derechos fundamentales *a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad*, entre otros tantos derechos y garantías distinguidos con el timbre de la fundamentalidad (como el derecho a la salud y a la planificación familiar). Este silencio constitucional es hermenéuticamente muy significativo en cuanto traspasa el poder normativo a la legislación ordinaria.

La potencialidad de algo para tornarse persona humana es meritoria y suficiente para merecer protección, infraconstitucional, contra las tentativas frívolas o desconsideradas de prevenir su continuidad fisiológica natural. Sin embargo, las tres realidades no se confunden: el embrión es embrión, el feto es feto y la persona humana es persona humana. Por lo tanto, no hay persona humana embrionaria, sino embrión de persona humana. El embrión al que se refiere la Ley de Bioseguridad (“*in vitro*”) no es una vida camino a otra forma de vida virginalmente nueva porque carece de las posibilidades de adquirir las primeras terminaciones nerviosas, sin las cuales el ser humano no tiene posibilidad como proyecto de vida autónoma e irrepetible. El derecho infraconstitucional protege de diversas maneras cada etapa del desarrollo biológico de los seres humanos. Los momentos de la vida humana anteriores al nacimiento deben ser objeto de protección por el derecho común. El embrión preimplantado es un bien a proteger, pero no una persona en el sentido biográfico al que se refiere la Constitución.

La argumentación del tribunal coincide con la conocida regla de interpretación constitucional según la cual no se incurre en un tratamiento discriminatorio cuando se trata diferente a lo que es diferente. En otras palabras, si embrión y persona humana no son lo mismo, la ley puede, válidamente desde la perspectiva constitucional, regular en forma diferente.

Las argumentaciones expuestas son el punto de partida de un conjunto de leyes del derecho comparado; analicemos, brevemente, el panorama legislativo comparado coincidente con la línea recogida en el texto civil proyectado.

6.1. ESPAÑA. LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

España acuñó el concepto de pre-embrión, que se asigna al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta los catorce días; el embrión propiamente dicho es el que expresa la fase del desarrollo embrionario que comienza desde que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer y hasta que se produce el inicio de la organogénesis. El texto respectivo dice en su art. 1 relativo al “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley” que “A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.

Cabe destacar que la ley anterior – primera en regular de manera integral y especial el uso de las técnicas de reproducción asistida– la ley 35/1988, ya diferenciaba el “preembrión”, del “embrión” del “feto”. Así, en la Exposición de motivos se expresaba: el “preembrión” es “el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en la línea primitiva...”; por “embrión”, se “entiende tradicionalmente la fase del desarrollo embrionario que, continuando con la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio y más; se corresponde esta fase con la conocida como de embrión posimplantatorio”; por último, por “feto” se considera a la “fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce como el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto”.

En suma, desde hace muchos años se receptan diferentes conceptos que responden a distintos estadios, con una regulación también diferencial.

El Tribunal Constitucional español no se ha expedido de manera expresa sobre naturaleza jurídica del preembrión, pero ha dicho que la vida humana es un proceso que se inicia con la gestación, afirmación que justifica la menor protección de la que son objeto los embriones in vitro (conf. STC 53/1985 del 11 de abril). En esa oportunidad –en el marco de un proceso en el que se debatía la declaración de inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto en determinados supuestos solicitada por un grupo de 54 diputados– sostuvo que “la vida humana

es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte”.

Esther Farnós Amorós explica que, de conformidad con la legislación española vigente y la interpretación del Tribunal Constitucional, “Puesto que el embrión es humano desde el punto de vista genético pero aún no ha alcanzado individualidad, atribuirle los mismos derechos que se asignan a las personas es incoherente con la realidad biológica. Si el preembrión no es un mero objeto pero tampoco tiene estatus de persona humana, se plantea la cuestión de qué es, diferenciándolo de los óvulos, el espermatozoides y el óvulo fertilizado o cigoto, de un lado, y del embrión, el feto y el nacido, del otro”¹⁵⁴.

Este es el desafío que debería afrontar la ley especial a la cual el texto proyectado hace referencia en varias ocasiones, en especial, en el citado art. 19; no así el Código Civil.

6.2. REINO UNIDO. HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 2008

De conformidad con las diferentes definiciones que brinda esta ley, el art. 1 extiende la noción de embrión humano vivo también al huevo que se encuentra en el proceso de fertilización o está experimentando cualquier otro proceso capaz de resultar en un embrión. La ley también regula el proceso para la formación de un embrión fuera del cuerpo humano; es decir, cuando tal proceso se realiza in vitro y aclara que “las referencias a la creación de embriones que se realizaron in vitro (en su aplicación a aquellas en las que la fecundación o cualquier otro proceso por el cual se crea un embrión es completa) son aquellos en los que la fecundación o cualquier otro proceso por el cual el embrión se creó comenzó fuera del cuerpo humano, haya o no sido completado allí”.

6.3. GLOSARIO DE TERMINOLOGÍA EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA)

En el “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)” cuya versión fue revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2010 se efectúan ciertas distinciones que merecen ser destacadas al mostrar que se aceptan distinciones médicas que tendrían su impacto o incidencia directa en la regulación. Veamos, se entiende por *blastocisto*

154. FARNÓS AMORÓS, ESTHER. *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier, Barcelona, 2011, p. 135 y ss.

al embrión, 5 ó 6 días después de la fecundación, con masa celular interna, capa externa de trofoectodermo y cavidad o blastocelo lleno de líquido; por *embrión*, al producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación); por *fecundación* a la penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto; por *implantación*, a la unión y subsecuente penetración del blastocisto libre de zona pelúcida usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación; por *feto* al producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento y por *cigoto*, a la célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión.

6.4. CANADÁ, ASSISTED HUMAN REPRODUCTION ACT. 2004, c. 2.

El art. 3 de esta ley distingue claramente tres fases del desarrollo: embrión in vitro, embrión y feto. “Embrión” es un organismo humano durante los primeros 56 días de su desarrollo después de la fertilización o la creación, excluyendo cualquier tiempo durante el cual este desarrollo ha sido suspendido, e incluye cualquier célula derivada de ese organismo que sea utilizada con el propósito de crear un ser humano.

“Embrión in vitro” es un embrión que existe fuera del cuerpo de un ser humano. “Feto” es un organismo humano durante el período de su desarrollo a partir del día 57 después de la fertilización o la creación, con exclusión de cualquier tiempo durante el cual su desarrollo ha sido suspendido, y terminando con el nacimiento.

6.5. BELGICA. LAW ON EMBRYO RESEARCH (11 DE MAYO DEL 2003)

Esta ley se refiere, de manera específica y especial, a las investigaciones que se realizan con embriones. En este contexto, el art. 2 dispone que se entiende por “embrión” la célula o conjunto orgánico de células susceptibles que, desarrollándose, puede dar lugar a un ser humano; por “embrión in vitro”, el embrión que se ubica fuera del cuerpo femenino y por “embrión supernumerario”, el que ha sido creado en el marco de la procreación médicamente asistida pero que no es objeto de transferencia en una mujer.

6.6. FINLANDIA. NO. 488/1999 MEDICAL RESEARCH ACT. SECCIÓN 2 (295/2004)

Esta legislación también tiene por objeto regular aspectos relacionados con las investigaciones que compromete embriones, interesándose por brindar ciertas

definiciones. En este sentido, se entiende por embrión al grupo de células vivas resultantes de la fecundación no implantada en el cuerpo de una mujer y por feto, un embrión vivo implantado en el cuerpo de una mujer. Como se puede observar, el término “embrión” sólo comprende los embriones in vitro, mientras que el término “feto” incluye tanto a los embriones in vitro como a los fetos.

6.7. HOLANDA. ACT CONTAINING RULES RELATING TO THE USE OF GAMETES AND EMBRYOS (EMBRYOS ACT). DIVISIÓN 1

Esta ley regula el uso de gametos y embriones; también permite su uso y manipulación, pero bajo ciertas limitaciones. En la parte dedicada a las “Disposiciones Generales”, en la sección 1, se brindan algunas definiciones, entre las que destacamos la de embriones entendida como una célula o un conjunto de células con la capacidad de convertirse en un ser humano y la de feto, entendida como un embrión en el cuerpo humano.

6.8. REPÚBLICA CHECA. ACT ON RESEARCH ON HUMAN EMBRYONIC STEM CELLS AND RELATED ACTIVITIES AND ON AMENDMENT TO SOME RELATED ACTS. CITATION: 227/2006 COLL. PART: 75/2006 COLL. SECCIÓN 2

Al igual que las anteriores, se trata de una ley especial sobre el embrión y las investigaciones que se pueden realizar; en consecuencia, brinda definiciones tendientes a conceptualizar el campo de acción. Así, se considera “investigación con células madre embrionarias humanas” a la actividad sistemática y creativa con el fin de adquirir nuevos conocimientos o su aplicación, llevada a cabo sobre líneas de células madre embrionarias; por “células madre embrionarias humanas”, todas las células madre pluripotenciales que descienden de embriones humanos preimplantados creados fuera de un cuerpo humano; por “líneas de células madre de embriones humanos”, todas las células madre de embriones humanos que se mantienen en las culturas o, en relación con ellos, se mantienen criopreservados; por “embrión humano” a las células totipotenciales o sus agrupaciones que son capaces de convertirse en un individuo humano y por “embrión humano redundante” a un embrión humano creado a través del método de la inseminación artificial fuera del cuerpo humano con fines de reproducción asistida, pero que luego no se utiliza para estos fines.

6.9. SUIZA. FEDERAL ACT ON RESEARCH INVOLVING EMBRYONIC STEM CELLS (STEM CELL RESEARCH ACT, StFG) DEL 19/12/2003, MODIFICADA EL 15/02/2005

El art. 2 de esta normativa entiende por “embrión” la descendencia por la fusión de los núcleos celulares (cariogamia) para la realización del desarrollo de

órganos; por “embrión excedente” al embrión producido en el curso de un procedimiento de fertilización in vitro (IVF) que no puede ser utilizado para establecer un embarazo y por lo tanto no tiene ninguna posibilidad de supervivencia; por “células madre embrionarias”, las células de un embrión de FIV con la capacidad de diferenciarse en los diversos tipos de células, pero no para convertirse en un ser humano, y a la línea celular derivada de la misma.

6.10. UNA CONCLUSIÓN ELOCUENTE DERIVADA DE CIERTAS VOCES LEGISLATIVAS DEL DERECHO COMPARADO

Las leyes citadas, y muchas otras cuyo análisis se omite, ponen de resalto dos cuestiones que se relacionan: a) distinguen los embriones implantados de los conservados in vitro y b) ninguna atribuye calidad de persona a los segundos¹⁵⁵. Ambas líneas legislativas comparadas son las que se siguen en el código proyectado.

Estas legislaciones –al igual que el texto proyectado– no ubican al embrión en la categoría de una mera cosa; es un no-sujeto que, por un proceso evolutivo, puede convertirse en un sujeto de derecho, por lo que no se descartan protecciones especiales¹⁵⁶.

Por eso, de conformidad con los fundamentos del proyecto¹⁵⁷, negar carácter de persona a los embriones no implantados en la mujer no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, a la que el proyecto se remite en varias oportunidades. El Código Civil no es el ámbito para regular qué tipo de protección debe dársele a los embriones criopreservados, por tratarse de una cuestión que depende de la constante evolución científica y, por eso, debe ser revisada en forma periódica.

155. FARNÓS AMORÓS, ESTHER. *Consentimiento a la reproducción asistida*. op. cit. p. 135 y ss.

156. LÓPEZ, FEMENÍA. *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, p. 101 y ss.; ROCA I TRIÁS, ENCARNACIÓN. “El Derecho perplejo: los misterios de los embriones” *Revista de Derecho y Genoma Humano* Núm. 1, 1994, p. 121 y ss.

157. Estos dicen: “el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.

7.- UNA DIFERENCIA ESENCIAL: LA POSIBILIDAD DE DESARROLLO

La sentencia que se analiza dice: “Por supuesto, es constitucional la proposición de que toda gestación humana comienza con un embrión igualmente humano; sin embargo, cuando se trata de embriones *in vitro*’, no todos desencadenan en un embarazo humano; cuando no se implantan, cuando el ovocito (óvulo ya fecundado) no se introduce en el cuello del útero y permanece confinado *in vitro*’, el embrión, es insusceptible de progresión reproductiva, sin perjuicio de reconocer que el cigoto extracorpóreamente producido y también extracorpóreamente cultivado y almacenado puede llegar a devenir un ser humano, pero no por esto es “ser humano en estado de embrión”.

La distinción entre embrión implantado y embrión *in vitro*, como sostiene la sentencia, es de toda lógica: los embriones *implantados* tienen viabilidad para desarrollarse; o sea, en las condiciones oportunas para su evolución, su tendencia o destino natural es convertirse en fetos y en individuos neonatos tras el nacimiento; en cambio, los criopreservados sin tal transferencia no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia¹⁵⁸.

Hay que hablar sin eufemismos; decir que los embriones *in vitro* son personas implica prohibir la técnica de la criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre. Recuérdese el fallo ya citado dictado por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15/3/2000 que declaró la inconstitucionalidad del decreto 24029-S del 3/2/1995 emanado del Presidente de la Nación que si bien permitía la fertilización *in vitro* lo hacía de manera restringida: sólo a matrimonios; se impedía la inseminación de más de seis óvulos, todos los embriones debían ser transferidos en el útero materno y se prohibía el congelamiento, preservación o descarte de embriones.

A pesar de esta postura restrictiva, el tribunal nacional declaró inconstitucional la fertilización *in vitro* fundado en que esa práctica supone una elevada pérdida de embriones sobrantes incompatible con el derecho a la vida de esos embriones. Esa decisión se encuentra cuestionada ante el sistema interamericano por un grupo de personas que invocan violación al derecho a la vida íntima y familiar; la queja fue

158. Figueroa Yáñez, Gonzalo, *El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos*, en Bergel, S. y Minyersky, N. (coordinadores) Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 283; Junquera de Estéfani, Rafael, *Respuestas jurídicas ante la congelación de gametos y embriones*, en Junquera de Estéfani, Rafael (director), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Granada, Comares, 2008, pág. 247.

admitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 11/03/2004¹⁵⁹ y se espera el pronunciamiento de la Corte Interamericana durante el curso del año 2012.

En definitiva, jurídicamente, el embrión no es una persona y, por ello, tampoco es titular de derechos fundamentales, en concreto, del derecho a nacer.

8.- LA INVESTIGACIÓN CON CÉLULAS MADRE NO CONSTITUYE ABORTO. MATERIA EXTRAÑA A LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDA EN EL BRASIL Y AL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO EN LA ARGENTINA

El STFB aclaró que la Ley de Bioseguridad no conlleva una autorización para extirpar del cuerpo femenino este o aquel embrión, eliminar o desentrañar tal o cual cigoto en el endometrio; que de esta norma no se puede derivar que se pueda o no interrumpir la gravidez. Esta “controversia constitucional no guarda ninguna relación con el tema del aborto”.

En este mismo sentido, o sea, diferenciar competencias o ámbitos de discusión, los fundamentos del proyecto explican: “Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extra-patrimonial en el ordenamiento civil, *sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios*”.

Por eso, la regla fijada en la legislación civil proyectada no pone obstáculos a la despenalización de la interrupción del embarazo. Sostiene con razón otra autora española, María Casado, que el derecho penal no es el único ámbito para regular las cuestiones bioéticas; más aún, diría no debe serlo¹⁶⁰.

159. En el trámite ante la CIDH, el Estado de Costa Rica para defender su postura, puso de resalto que “aunque el Decreto Ejecutivo 24029-S disponga que todos los óvulos fertilizados deben ser implantados en el útero materno, estando prohibida su eliminación o preservación, la simple manipulación de embriones para que solamente uno sobreviva significa la muerte de otros embriones. Sostiene que si bien ocurren muertes dentro del útero materno debido a circunstancias naturales, no se acepta que esas muertes fuesen previsibles como resultado de manipulación humana. Agrega que el problema no se limita al número de vidas humanas perdidas, sino que está ligado principalmente a su previsibilidad”. Por su parte, la Comisión decidió la admisibilidad de la petición al considerar que “En la etapa de fondo, la Comisión examinará el derecho general de fundar una familia establecido en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en muchas constituciones, junto con el derecho a la protección de la vida privada y familiar, a la luz de las cuestiones planteadas en la petición bajo estudio. Estos derechos no son absolutos; el problema particular a ser examinado es si la acción estatal encaminada a restringir el acceso a medidas que favorecen la planificación familiar y la procreación, son compatibles con las disposiciones antes referidas de la Convención Americana. En este sentido, la denuncia no es manifiestamente infundada de acuerdo con la Convención” (párrafo 69).

160. Casado, María, *Bioética y Derecho*, en Gros Espiell, Héctor y Gómez Sanchez, Yolanda (coord.), *La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006, pág. 32; de la misma autora, ¿Por qué bioética y derecho?, *Acta bioética*. Año VIII, Núm. 2. 2002, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art03.pdf>. Compulsado el 11/12/2011.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe recordar que, desde la perspectiva penal, todos los delitos de aborto previstos en el Código Penal presuponen una mujer embarazada, por lo que la protección penal de la persona por nacer se iniciaría desde el momento de su concepción en el seno materno. En otras palabras, los embriones in vitro, en la legislación argentina actual no gozan de protección penal.

9.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, A LA PLANIFICACIÓN DE LA FAMILIA Y A LA MATERNIDAD

La sentencia brasileña subraya que la decisión de alcanzar descendencia o filiación expresa un tipo de autonomía de la voluntad individual que la propia Constitución califica como *derecho a la planificación familiar*, fundado en los principios constitucionales de “dignidad humana” y “paternidad responsable”. En palabras del Ministro Joaquim Barbosa, resulta de la combinación constitucional de laicidad del Estado y del imperio de la autonomía de la voluntad privada. La opción de la pareja por un proceso de fecundación artificial “in vitro” está implícita en el derecho de idéntica matriz constitucional, sin que dé lugar a que esta pareja tenga obligación legal del aprovechamiento reproductivo de todos los embriones que eventualmente se formaron y que son genéticamente viables. Por un lado, la pareja tiene un derecho público subjetivo a la “libertad” (Preámbulo de la Constitución y su art. 5), entendida aquí como autonomía de la voluntad. Por otro lado, para gozar los componentes de la vida familiar, si así lo desea la pareja, con planeadas condiciones de bienestar y cuidado físico y emocional (art. 226 de la Constitución).

Más exactamente, la planificación familiar, “fruto de la libre elección de la pareja”, está “fundada en los principios de la dignidad humana y la paternidad responsable” (§ 7 del art. 226 de la Constitución brasileña). El uso de procesos de fecundación artificial no implica el deber de tratar de implantar en el cuerpo de la mujer todos los óvulos finalmente fecundados. No existe tal deber (inciso II del art. 5 de la Constitución en análisis), porque es incompatible con la propia institución de la “planificación familiar” desde la perspectiva de la “paternidad responsable”. Esta imposición, por otra parte, implicaría tratar al género femenino de modo inhumano y degradante, en contraposición al derecho fundamental que reconoce el mencionado inciso II del art. 5 de la Constitución. Para que al embrión “in vitro” le sea reconocido el derecho pleno a la vida, sería necesario reconocerle a éste el derecho a un útero, proposición no autorizada por la Constitución.

En total consonancia con este argumento que se esgrime en la sentencia, el art. 560 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial establece: “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”. Aquí se distinguen dos momentos

ya que la concepción puede tener lugar en el útero de la mujer (concepción en el seno materno, ya sea por naturaleza o inseminación artificial) o fuera de ella (fecundación in vitro). En este segundo supuesto, es considerada persona humana a los efectos de la legislación civil proyectada con la implantación del embrión concebido in vitro y es en ese momento en el que cesa el derecho a revocar el consentimiento prestado en los términos que se exigen.

Se trata de la cara y contracara de la misma moneda. Nos explicamos. El derecho a la planificación familiar y a la paternidad responsable a los que alude la sentencia, se traducen en la imposibilidad de forzar jurídicamente a una persona a ser padre cuando el embrión no está aún implantado, o sea, a revocar su consentimiento siendo la voluntad procreacional, exteriorizada de ese modo, la columna vertebral del sistema filial en las técnicas de reproducción humana asistida.

10.- LA APLICACIÓN OBLIGADA DE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL – INTERNACIONAL O LA LLAMADA “CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL”

10.1. EL DERECHO A LA SALUD COMO COROLARIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA DIGNA

Al igual que en el proyecto de reforma, la sentencia en análisis funda sus argumentos en la obligada mirada de los Derechos Humanos, que debe campear toda decisión jurisprudencial y toda edificación legislativa.

En este sentido, el Tribunal brasileño cita el inciso 4 del Art 199 de la Constitución, relativo a la investigación con sustancias de origen humano para fines terapéuticos, disposición que integra la sección normativa dedicada a la “Salud” (Sección II del Capítulo II del Título VIII), encontrándose el derecho a la salud, positivado como uno de los primeros derechos sociales de carácter fundamental (art. 6 de la Constitución), y como el primero de los derechos constitutivos de la seguridad social (Art. 194 CF). La salud es “derecho de todos y deber del estado” (art. 196 de la Constitución), garantizado mediante acciones y servicios calificados como “de relevancia pública” (parte inicial del art. 197). De este modo, la Ley de Bioseguridad se presenta como un instrumento de encuentro del derecho a la salud con la ciencia misma; en este caso, de las ciencias médicas, biológicas y afines, directamente consagradas en la Constitución al servicio del bien inestimable de la persona que es su propia salud física y mental.

Este derecho a la salud es puesto de resalto en un comentario a la sentencia brasilera en estudio en el que se afirma: “De cualquier manera, ya sean obtenidas por medio de la transferencia de núcleo o de embriones fertilizados in vitro, gran parte

de los científicos defienden la liberación de pesquisas con células tronco embrionarias. Según Mayana, una de las más conceptuadas geneticistas brasileñas, las 63 academias de ciencia del mundo que se posicionaron contra el clonaje reproductivo defienden las investigaciones con células embrionarias para fines terapéuticos'. Y se agrega: "Con relación a las objeciones éticas sobre la destrucción de embriones humanos', aclara la geneticista que se trata de cultivo de tejidos - o, futuramente, órganos -, a partir de embriones que nunca serán insertados en un útero. Sabemos que 90% de los embriones generados en clínicas de fertilización e insertados en el útero de una mujer no generan vida'. Cuestiona la investigadora: *¿es justo dejar morir a un niño o a un joven afectado por una enfermedad neuromuscular letal para preservar un embrión cuyo destino es la basura?*"¹⁶¹. Una vez más, el derecho a la salud y el mencionado derecho a gozar de los avances de la ciencia se vuelven a reencontrar.

10.2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CIENTÍFICA Y LA LEY DE BIOSEGURIDAD COMO EXPRESIÓN DE ESA LIBERTAD

El tribunal recuerda que el término "ciencia", en cuanto actividad individual, es parte del catálogo de derechos humanos fundamentales (inc. IX del art. 5 de la Constitución). La libertad de expresión se presenta como un clásico derecho civil constitucional o genuino derecho de la personalidad. Es por eso, que exige el máximo de la protección legal, incluso como un signo de la comunidad civilizada. Por lo tanto, como calificadora del individuo y de la sociedad, la Constitución de Brasil dedica todo un capítulo para prestigiarla de modo superlativo (capítulo IV del Título VIII). La regla "El Estado promoverá e incentivará el desarrollo científico, la investigación y la capacitación tecnológica" (art. 218) se complementa con la disposición (§ 1 del mismo art. 218) que autoriza la emisión de normas como el art. 5 de la Ley de Bioseguridad. Se trata de compatibilizar la libertad de expresión científica con los deberes del Estado de promover las ciencias que sirvan para mejorar las condiciones de vida de todos los individuos. Asegurada la dignidad humana, la Constitución dota a la posición legal puesta en el art. 5 de la Ley 11.105/2005 de un fundamento necesario para eliminar cualquier invalidez jurídica.

Esta valiosa decisión insiste, en total consonancia con los tratados de derechos económicos, sociales y culturales, que la tutela y protección de la salud y la promoción de la investigación científica, en beneficio del interés general, constituyen importantes fines de la actividad estatal.

161. MACENA FIGUEIREDO, Antônio, "Células madre embrionarias y los derechos del nasciturus", Derecho y cambio social en http://www.adimes-rj.com.br/arquivo/2008_-03-06_-art._celulas-tronco_-rev_derecho_y_cambio_social.pdf. Compulsada el 30/06/2012.

10.3. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: LAS RESTRICCIONES Y PRECAUCIONES IMPUESTAS POR LA LEY DE BIOSEGURIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE INVESTIGACIONES CON CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS

Finalmente, en apoyo de la actividad parlamentaria, el tribunal recuerda que la Ley de Bioseguridad queda a salvo de los vicios de apresuramiento y de arbitrariedad en una materia tan sensible como la que aquí se analiza, influida por razones religiosas, filosóficas y éticas, como es la biotecnología en el área de la medicina y la genética humana. La ley es un conjunto de reglas cuyo presupuesto es la dignidad intrínseca de toda forma de vida humana, o que tiene el potencial para serlo. La Ley de Bioseguridad no conceptualiza las categorías mentales o entidades biomédicas a las que se refiere, pero no por eso la exégesis de sus textos está impedida, porque se presume que receptó estas categorías y que se relacionan con el significado que tienen dentro de las ciencias médicas y biológicas.

11.- CONCLUSIONES PROVISIONALES

El análisis de esta sentencia del año 2008 proveniente de un importante y prestigioso tribunal de un país con el cual tenemos una tradición jurídica común entre tantas otras cercanías –incluso territoriales– es hábil para concluir que la solución que adopta el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial en estudio en el Congreso de la Nación, no es una “rara avis”, una respuesta trasnochada, fruto de un mero capricho, que carece de sólidos fundamentos constitucionales.

Por el contrario, se inserta sin dificultad en la evolución científica reconocida tanto por países con los que estamos unidos por una tradición común como por aquellos con los cuales tenemos diferencias.

Por eso, compartimos los argumentos esgrimidos por la máxima instancia judicial brasilera, coincidente con la mirada realista y constitucional del proyecto de reformas.

CAPITULO IX

Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad¹⁶² y derecho de familia¹⁶³

*Cecilia P. Grosman*¹⁶⁴.

*Marisa Herrera*¹⁶⁵.

“Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla”.

Jean Jacques Rousseau

SUMARIO

Introducción. 2. Los adultos mayores en el momento histórico actual. 3. El “ser” de los adultos mayores y de los abuelos. 4. El “deber ser” de los adultos mayores en la legislación internacional, regional y nacional. 5. Una relación familiar significativa desde lo social y desde lo jurídico: De abuelos y de nietos. 6. Cierre.

162. Según uno de los diccionarios contemporáneos que más se consultan en estos tiempos de la cibernética, el llamado “wikipedia”: “La noción de ‘abuelidad’ y principalmente, la precisión del vínculo y la importancia social de las relaciones entre abuelos y nietos, es un fenómeno relativamente reciente, ligado al desarrollo de la gerontología y los derechos de los ancianos, así como al fenómeno de alargamiento de la vida humana y de la noción de ‘tercera edad’”. A los fines de definir el término en español, la Dra. Redler, introductora del mismo, consultó en 1981, con la Academia Argentina de Letras, sobre la posibilidad de utilizar “abuelidad” o “abuelitud”, considerándose más adecuada la primera”. Asimismo, se agrega que el concepto de “abuelidad” se habría consolidado como noción social en el marco de la lucha contra el terrorismo de Estado y las personas desaparecidas durante la última dictadura militar en Argentina por parte de las Abuelas de Plaza de Mayo en su doble condición de madres-abuelas de hijas o nueras embarazadas o secuestradas-desaparecidas junto a sus hijos pequeños. En este marco centrado en la “búsqueda” y la “verdad”, se habla del “índice de abuelidad” para saber si ciertas personas son, efectivamente, aquellos que nacieron en cautiverio y posteriormente, fueron apropiadas por los propios represores u otras personas (conf. <http://es.wikipedia.org/wiki/Abuelidad>, compulsado el 24/01/2010).

163. Este artículo fue publicado durante el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado los días 1 y 2 de diciembre de 2010, en la ciudad de San Miguel, el cual fue organizado por la Universidad Capitán General Gerardo Barrios y es una contribución de dicha universidad para el Consejo Nacional de la Judicatura en el 18º aniversario de la jurisdicción de familia.

164. Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires). Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Investigadora Superior del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas); Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora de la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia que edita la editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

165. Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires). Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de la materia “Derecho de Familia y Sucesiones”, Facultad de Derecho, UBA y Titular de la materia “Derecho de Familia”, Universidad de Palermo. Secretaria Académica de la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia que edita la editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

1.- INTRODUCCIÓN

En el marco de un taller y posterior publicación tendiente a profundizar las alianzas e interacciones que se entretajan entre las nociones de Ancianidad, Derechos Humanos y Calidad de vida, este ensayo aborda una especial relación humana: el vínculo entre abuelos y nietos en los albores del siglo XXI. En particular, los vínculos jurídico-sociales que se derivan de esta comunicación intergeneracional, o en palabras de Dabove, de carácter “multigeneracionismo”,¹⁶⁶ entendiendo éste como un fenómeno que se observa en la sociedad actual, y que implica la coexistencia de varias generaciones de personas constitutivas de una misma familia que tiene su incidencia en diversos aspectos familiares y que aquí pretendemos indagar.

¿Por qué este interés en ahondar sobre los aspectos jurídicos que emanan de los lazos entre abuelos y nietos? Tal como lo destacan dos psicólogas argentinas -Husni y Rivas- que han analizado en profundidad determinados conflictos que se desarrollan en la práctica judicial como el impedimento o dificultad de contacto entre abuelos y nietos: “(...) *el funcionamiento de un vínculo –el de abuelo/nieto- es sumamente complejo (...) ha sido poco estudiado, cuyas interacciones y afectos, sin embargo, pueden llegar a condicionar el acontecer de toda estructura familiar*”¹⁶⁷. Esta falta de estudio y consecuente invisibilidad en el campo jurídico –salvo algunas excepciones- como así también, la especialidad que presenta esta relación en el marco de una realidad donde éste lazo tiende a estar cada vez más presente por diversas razones, que luego explicitaremos, despiertan y motorizan el interés por este tema.

En palabras nuevamente de Husni y Rivas, se intenta desde la perspectiva jurídica lograr una “*abuelidad saludable*”, donde todos los integrantes de este vínculo –que también involucra a los progenitores- se sientan “escuchados” por el Derecho y tengan un espacio propio en el Derecho de Familia.

En este contexto, nos proponemos analizar, a modo de cimientos para un estudio más integral dentro del vasto campo del Derecho de Familia que se encuentra en un claro momento de expansión y transformación¹⁶⁸ por incidencia

166. Dabove, María Isolina, “Derecho y Multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 40, Abeledo Perrot, julio/agosto 2008, Buenos Aires, p. 39 y ss.

167. Husni, Alicia y Rivas, María Fernanda, *Familias en litigio. Perspectiva psicosocial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 149.

168. A modo de síntesis de esta etapa que, en buena hora, incide y modifica la estructura tradicional del derecho de familia, ampliándola y complejizándola de manera elocuente, cabe traer a colación algunas ideas expresadas por el brasileño Marco tulio de Carvalho Rocha, quien ha realizado un interesantísimo estudio histórico-político-social acerca del concepto de familia y su incidencia en plano jurídico. En esta obra se afirma que “*El dato más relevante del Derecho de Familia contemporáneo fue la ‘virada principiologica’ (sic) mediante el cual la exclusividad del casamiento como forma de familia jurídicamente reconocida y la supremacía marital*

de los Derechos Humanos¹⁶⁹, los diferentes conflictos jurídicos que despierta el vínculo entre abuelos y nietos.

De este modo, se analizarán ciertas cuestiones relativas a los abuelos como cuidadores de los nietos, ya sea de manera temporal como definitiva a través de diferentes figuras de interés para el derecho civil como ser la guarda de hecho, la guarda judicial, la tutela o el acogimiento¹⁷⁰ según la situación familiar de que se trate.

Otro de los ejes temáticos que se derivan de la intersección entre abuelos y nietos desde el Derecho de Familia, gira en torno a la obligación alimentaria de los primeros, el carácter que le concede la ley de tipo subsidiaria y su compatibilidad o no con el derecho alimentario como derecho humano, tal como lo asevera el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo supremo en todo lo referido a los derechos de niños, niñas y adolescentes, tal como lo expresa el art. 75 inciso 22 de la Constitución argentina.

La tercera cuestión a ser revisada desde la obligada doctrina internacional de los derechos humanos y que involucra de manera directa a la relación entre abuelos y nietos, es el derecho de comunicación entre ambos, conflicto que se desata cuando ambos padres o uno de ellos impiden, entorpecen o restringen el lazo afectivo entre los dos primeros.

La cuarta y última consideración que se vislumbra en la intersección temática en análisis, involucra a la llamada “familia ensamblada”, o sea, aquella “que se

fueron sustituidos por la pluralidad de las formas de familia, por la igualdad de los cónyuges y de los hijos y por la primacía de los intereses de éstos”. Agregando de manera terminante que “Sobre esto hay razonable consenso” (de Carvalho Rocha, Marco Tulio, *O conceito de Família e suas implicações jurídicas. Teoria sociojurídica do Direito de Família*, Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2009, p. 91).

169. Como se ha expresado: “La proliferación o expansión de los derechos es un hecho social que se origina al término de la segunda guerra mundial. Desde entonces, la preocupación por lograr una protección adecuada y eficiente de ciertos valores humanos ha llevado a los Estados, organismos internacionales y a organizaciones sociales a una lucha por el reconocimiento, garantía e implementación de los llamados derechos humanos. Esta preocupación ha generado declaraciones, pactos, tratados e instituciones internacionales, así como legislación interna e instituciones domésticas relacionadas con los derechos. Como dijera Bobbio, los derechos han pasado de una etapa de reconocimiento abstracto a su concreción y positividad nacional e internacional” (Parcero Cruz, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 13). Este efecto expansivo no ha sido ajeno al Derecho de Familia.

170. Dejamos de lado el instituto de la adopción, al entender que esta figura no cabría para la relación entre abuelos y nietos. Si bien algunas legislaciones o posturas doctrinarias bregan por su extensión a los supuestos de niños criados por sus abuelos (conf. Herrera, Marisa, “Lineamientos generales sobre la adopción de niños desde una perspectiva comparada argentino – cubana- en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinadores), *Nuevos perfiles del derecho de familia. Homenaje a la Prof. Olga Mesa Castillo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 319 y ss).

constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior”¹⁷¹.

En este contexto signado por el pluralismo como uno de los elementos básicos de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que defiende y promueve un concepto constitucional de familia de carácter “amplio”¹⁷², extendido a todas las diferentes formas de vivir en familia, es que resulta pertinente dedicar un breve espacio a las relaciones afectivas y jurídicas que debieran ser reconocidas a los padres de quien es o ha sido pareja del progenitor de los niños y han mantenido vínculos significativos con éstos. En otras palabras, y apoyando la consolidación de términos positivos, nos referimos a los abuelos “afines” en paralelo con las nociones de madre o padre afín en vez de los conceptos permitidos de “madrastra”, “padrastra” e “hijastro”¹⁷³.

Otros aspectos importantes a considerar son: ¿Qué dice y qué debería decir la ley sobre estos conflictos sociales a la luz de los Derechos Humanos? A saber: ¿Cómo juega aquí el principio rector del interés superior y dentro de éste, el de capacidad o autonomía progresiva de los nietos¹⁷⁴? ¿Cuál es el rol y/o los aportes que pueden realizar los operadores del derecho? ¿Qué espacio se le debería reconocer a la interdisciplina como así también, a la mediación?

En nuestra opinión, un estudio serio sobre estas cuestiones no puede ser ajeno a la realidad en la cual están inmersos los abuelos y los nietos y también, como veremos, los progenitores. En otras palabras, todo análisis debe tomar como punto de partida –y también de llegada– la perspectiva sociojurídica que está detrás de las

171. En los últimos años la doctrina especializada en nuestro país le ha dado un mayor espacio en sus estudios a este tipo de organización familiar. Ver Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias Problemas y soluciones legales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 42).

172. Para profundizar sobre esta cuestión central en el derecho de familia contemporáneo, recomendamos compulsar Gil Domínguez, Andrés- Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

173. Todas estas cuestiones terminológicas serán retomadas en el apartado dedicado al tema.

174. Para profundizar sobre este tema en torno a la capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, recomendamos compulsar: Grosman, Cecilia P., “El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia” en Da Rocha, Joaquín (coordinador), *La balanza de la justicia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 130 y ss.; Grosman, Cecilia P. y Herrera, Marisa, “El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia en el derecho argentino” (Child’s Right to be listened to in Family Proceedings in Argentina), “The International Survey of Family Law”, patrocinado por la Asociación internacional de Derecho de Familia, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Bristol, 2009, ps. 39 y ss; Herrera, Marisa y Minyersky, Nelly, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” en García Méndez, Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Fundación Sur- Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 43 y ss. y Herrera, Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nro 11, Santiago, Chile, UNICEF, p. 107 y ss.

principales cuestiones que atañen al Derecho de Familia. Precisamente, por tratarse de un ámbito o rama del Derecho cercano a las transformaciones sociales. En este sentido, cabe preguntarse cómo incide la mayor perspectiva de vida de las personas, la mas amplia inserción de la mujer en el mercado laboral (madres que trabajan, e incluso abuelas y abuelos que continúan activos en el plano laboral), el reconocimiento de una mayor autonomía progresiva de niños y adolescentes y, por ende, la posibilidad de que éstos mantengan vínculos afectivos de manera individual o por fuera de la “potestad” de los padres, por citar algunas de las principales consideraciones fácticas que inciden y moldean de una manera distinta las relaciones entre abuelos y nietos en la actualidad.

De este modo, estamos convencidas que estructuras familiares bien diferentes a las que habrían guiado las legislaciones civiles tradicionales, merecen una revisión crítica sincera y oportuna con el objeto de continuar con esta trascendental lucha por acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad. Es que, como bien se ha expresado: *“La práctica jurídica también produce enraizamiento: el ruedo jurídico tiene cierta cohesión e inercia, lo cual significa que la práctica jurídica por lo general – extensiva a nuestro entender a la ley- va a la zaga de las prácticas sociales cotidianas y constituye un dominio que requiere destreza para una interpretación en ambos sentidos. Por otra parte, los grandes cambios en las relaciones dentro de la vida social cotidiana afectan las definiciones y las prácticas jurídicas”*¹⁷⁵.

En suma, transformaciones sociales y Derecho de Familia desde los Derechos Humanos es el eje central que impulsa este trabajo, para lo cual hemos tomado el desarrollo del lazo entre abuelos y nietos como disparador para llevar adelante este ejercicio deconstructivo- reconstructivo obligado que debemos seguir los operadores del derecho comprometidos con los conflictos contemporáneos.

Por ello, como punto de partida, dedicaremos un breve espacio destinado a ofrecer un panorama sobre la realidad actual de los adultos mayores, visión indispensable pues incide en los diversos aspectos de nuestro abordaje específico.

2.- LOS ADULTOS MAYORES EN EL MOMENTO HISTÓRICO ACTUAL

2. 1. LA DESIGNACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Nos parece importante a modo de puntapié inicial, ahondar sobre el concepto que empleamos en este ensayo. Al respecto, cabe destacar que descartamos las expresiones de “viejo” o “anciano”, al entender que conllevan una connotación

175. Zelizer, Viviana A., *La negociación de la intimidad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, p. 77.

peyorativa en la sociedad actual¹⁷⁶. Sucede que el peso de las representaciones sociales no es una cuestión menor. Ello alienta la búsqueda de términos que no representen una imagen desvalorizada para no seguir apoyando una visión de fragilidad y minusvalía. De esta manera, la intención de lograr el lugar simbólico adecuado ha llevado a una multiplicidad de propuestas, en reemplazo de la voz “ancianos” como: “*la tercera edad, seniles, senectud, gerontes, veteranos, seniors, grandes, jubilados, experimentados, de edad madura, de la clase pasiva, entre otros*”¹⁷⁷. Las Naciones Unidas emplea la expresión “*personas de edad avanzada*”. Por su parte, cabe destacar que en el campo de la bioética la denominación más utilizada es la de “*adultos mayores*”¹⁷⁸.

De todos estos términos hemos preferido este último, el de “*adulto/s mayor/es*” o “*persona/s mayor/es*”. Somos conscientes que estas designaciones no definen con exactitud la parte del sector social que se pretende describir, ya que todas las personas que traspasan el período de la minoridad son mayores, y por lo tanto, se debería decir “personas muy mayores” o “más mayores” para diferenciarlos del común de los mayores de edad¹⁷⁹. Pero pese a esta objeción que se podría hacer desde la perspectiva jurídica, en la sociedad todo el mundo tiene plena conciencia de lo que se habla cuando aludimos a las “personas o adultos mayores”, por lo cual atendemos al uso y representación social que se le da al término por sobre el aspecto “técnico-jurídico”.

2. 2. LA DISCRIMINACIÓN POR DENTRO

Relacionado con el concepto y la complejidad en sí que presenta este campo temático de los adultos mayores en general, es necesario aludir a una cuestión que está detrás de los adultos mayores (como de otros tantos sectores o grupos sociales): nos referimos a la discriminación por acción o por omisión que sufren.

Es sabido que la discriminación vulnera los derechos de las personas conduciéndolas a un estado de exclusión o marginación social. Nada refleja con mayor dramatismo que una frase de Friedrich Hayek recordada por Aída Kemelmajer de Carlucci en alguna oportunidad: “*Beneficiaria al conjunto del género humano que*

176. Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 478.

177. Gewürzmann, Gustavo, “Representación social de la vejez y patología familiar”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, nro 40, julio/agosto 2008, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 55.

178. Bottini, Laura I., “Un interesante abordaje de la prevención y asistencia de la violencia en adultos mayores. Programa Proteger GCBA”, *Revista Interdisciplinaria en Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, No 40, p. 1 y ss.

179. Diego Blázquez Martín, ob. cit., p. 9.

*los seres de mayor capacidad productiva fueran atendidos con preferencia, dejándose de lado a los ancianos e incurables*¹⁸⁰.

Al mismo tiempo, en sentido positivo, se observan con mayor presencia las distintas herramientas de discriminación inversa que se expresan en políticas públicas destinadas a esta población por parte del Estado¹⁸¹. En todo Estado Constitucional de Derecho, todas las personas deben gozar de la libertad y la igualdad *en la mayor medida posible*. Y los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona deben estar justificados en una razón válida y razonable¹⁸².

Se ha advertido que el término discriminación tiene una connotación negativa en el uso habitual, en tanto se trata de la exclusión de una persona por pertenecer a determinado sector¹⁸³. Pero además, tiene otra acepción que da cuenta del reconocimiento de una diferencia. Todos somos iguales pero sólo en cuanto a nuestros derechos. A partir de allí somos todos diferentes. Y en algunos casos, ignorar las diferencias implica imposibilitarle a ciertas personas acceder a sus derechos: el mismo asiento de avión para los obesos, el mismo acceso para quienes no caminan, las mismas condiciones de interacción para quienes tienen sus fuerzas limitadas¹⁸⁴. Esto significa la necesidad de comportamientos y acciones positivas para lograr la efectiva concreción de la igualdad, o sea, los poderes públicos (cada uno de los poderes del Estado según sus funciones y competencias) deben crear los mecanismos para que esta igualdad formal se transforme en igualdad de oportunidades y trato¹⁸⁵.

180. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?" en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinadores), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Libro de homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p.633 y ss.

181. Dabove María Isolina, Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección : nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables, en Revista del Instituto de Derecho e Integración Rosario, Santa Fe : Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. 2º Circunscripción; Instituto de Derecho e Integración, [primer semestre] 2009 p.13-46volumen: año 1 número: n. 1

182. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 82-87.

183. Tal como lo expresa Roberto Saba: "Desde 1875 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido al principio de razonabilidad para reconocer los tratos diferentes permitidos y diferenciarlos de los prohibidos, y así asignar significado al art. 16. Según el tribunal, este principio exige que el criterio escogido por el Estado (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), si aspira a concretar distinciones válidas (constitucionales), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación" (Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es de lo sospechosos de las categorías sospechosas?" en Gargarella, Roberto (coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 704).

184. Gewürzmann, Gustavo, op. cit.

185. Gerosa Lewis, Ricardo T., "El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Pcia. de Chubut", LL Patagonia, 2004, p.143.

Respecto del adulto mayor, hay que reconocerlo como una persona igual al otro pero a la vez, distinto que le permita su participación en la familia y la sociedad¹⁸⁶. Bobbio señala que la descalificación social de la persona mayor no existía en las sociedades tradicionales, donde el “viejo” era absolutamente valioso pues encerraba en sí el patrimonio cultural de la comunidad, *“sabe por experiencia lo que otros no saben aún y necesitan aprender de él”*¹⁸⁷. También en la sociedad actual- señala este autor- se iría consolidando, en buena hora, la posición y especialidad del adulto mayor *“con el devenir del ‘tiempo de los derechos’ y la creciente conciencia del pluralismo jurídico”*¹⁸⁸.

En este contexto, uno de los principales objetivos que pretendemos alcanzar en este trabajo cuando se trata de la relación entre abuelos y nietos, consiste en repensar en qué sentido la ley, como los jueces a través de sus sentencias y la interpretación normativa pueden procurar acortar la brecha entre Derecho y Realidad. Siempre teniendo en cuenta, desde la idea de “prevención”, que el rol de los gobiernos a través de acciones positivas- previstas en nuestro país de manera expresa en el art. 75 inciso 23 de la Constitución Argentina- constituye un pilar para la efectiva satisfacción de los derechos humanos de todas las personas, y en particular cuando se trata de adultos mayores¹⁸⁹. De este modo, la responsabilidad familiar como estatal hacia los adultos mayores en la Argentina tiene un basamento constitucional. Se trata de alcanzar una igualdad real y no meramente teórica, dogmática o simplista.

3.- EL “SER” DE LOS ADULTOS MAYORES Y DE LOS ABUELOS

3. 1. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

Continuando con la orientación socio-jurídica de trabajos anteriores donde se han analizado las diferentes articulaciones del derecho de familia con la realidad social, en este apartado expondremos brevemente algunas consideraciones en torno a los adultos mayores y dentro de las diferentes relaciones familiares que éstos entretejen, aquella focalizada en el vínculo entre abuelos y nietos.

La atención puesta en los adultos mayores ha sido juzgado como un fenómeno nuevo e importante, a tal punto que las Naciones Unidas lo han catalogado como

186. Dabove, María Isolina, “Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre Bioética, 01/11/2000, ps. 17-23.

187. Bobbio Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.p.27 y ss.

188. V. Bobbio, Norberto, Ob. Cit.;

189. Reza este articulado que uno de los tantos objetivos del Congreso de la Nación consiste en *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”* (el resaltado nos pertenece).

una verdadera “revolución silenciosa”, pues invierte la tendencia demográfica histórica y natural, ya que se da por hecho que las personas mayores de 60 años superarán en número a los menores de 14 años¹⁹⁰, y ello confluye con una tendencia global a la disminución de la tasa de fecundidad y el consecuente aumento de la población adulta mayor. Por otra parte, el desarrollo del avance científico y –dentro de éste– el de la medicina, ha traído como consecuencia que la perspectiva de vida se extienda cada vez más. En el caso de América Latina, las proyecciones muestran como la población adulta mayor aumentará aceleradamente como consecuencia de la transición demográfica. Hoy en la región viven más de 50 millones de personas de más de 65 años de edad y se espera que para el año 2025 esta cifra se duplique (CELADE/UNFPA; 2006). Los datos proporcionados por la CEPAL en su “Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe 2007”, indica que la esperanza de vida al nacer, en nuestro país, entre los años 1995-2000 era de 73,2 años, entre los años 2000-2005, 74,3, entre los años 2005-2010, 75,2, para los años 2010-2015 sería de 76,1 y entre los años 2015-2020, de 80 años¹⁹¹.

De acuerdo con datos del Censo Nacional de Población del año 2001 de la Argentina¹⁹², las personas de más de 60 años representaban el 13,4% de la población total, de los cuales el 58% son mujeres y el 42% varones. En el caso de las personas de 75 años y más, alcanzaban en el 2001 a 1.481.307, o sea, el 30,4% de la población de 60 y más, de los cuales 64% son mujeres y el 36% varones¹⁹³.

A escala mundial, se asevera que “*Un estudio de la Universidad de Dinamarca y el Instituto Max Planck de Alemania asegura que el 50% de los chicos nacidos en 2000 en el primer mundo vivirán 100 años, y el 75%, 75 años*”. Asimismo, que en el mundo son 340.000 las personas mayores de 100 años¹⁹⁴.

En suma, fácil se puede observar que la cuestión de los adultos mayores desde el aspecto cuantitativo merece una atención especial por parte de todos los estudiosos de los cambios y transformaciones sociales, no estando los operadores del derecho ajenos a este desarrollo, incluidos los que pertenecemos o presentamos un mayor

190. Blázquez Martín, Diego, *Los Derechos de las personas mayores*, Dykinson, Madrid, 2006, p.18. Además, ver datos de la oficina demográfica UN, 2005.

191. http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/32598/LCG2356B_1.pdf.

192. Cabe destacar que en la Argentina está previsto la realización del próximo censo poblacional nacional el 27 de octubre del 2010 (conf. Decreto 67/2010), por lo cual, esta información estadística podrá ser actualizada recién a fines del año 2010.

193. Conf. Pautassi, Laura, “Contingencias resignificadas. Nuevos desafíos de las políticas públicas para adultos mayores” en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro 40, Abeledo Perrot, julio/agosto 2008, p.111 y ss.

194. “Larga vida en Argentina. Ya hay casi 3.000 personas que tienen 100 años o más”, Sección “Sociedad”, Diario *Clarín*, 31/01/2010, ps. 38 y 39.

acercamiento al Derecho de Familia. Así, lo “numéricamente” significativo implica, de por sí, ser “socialmente” importante y consigo, “jurídicamente” relevante.

3.2. ASPECTOS PSICOLÓGICOS Y MÉDICOS

Una cuestión que es necesario dejar aclarado y que también incide de manera directa en los adultos mayores y sus implicancias en el campo del Derecho y, dentro de éste, en la relación entre abuelos y nietos, se refiere a la confusión —y así la importancia de discernir— entre vejez y salud mental¹⁹⁵.

Justamente, este tema fue abordado de manera satisfactoria en un precedente dictado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín en fecha 22/09/2009. En esta oportunidad, se decretó la improcedencia de la solicitud de inhabilitación —que en el derecho argentino está previsto en art. 152 bis del Código Civil—, al entender que en el caso se trataba de una persona con un estado de ancianidad normal respecto al deterioro físico típico de una persona añosa, pero sin haber desarrollado un estado de demencia en sentido físico y jurídico, y por lo tanto, que la persona era un individuo hábil para el ejercicio de su capacidad sin producir daños a su persona ni a su patrimonio. Uno de los argumentos centrales para la resolución del caso fue la siguiente diferencia que advirtió el tribunal al afirmar que “*no es lo mismo senectud o senilidad (estado fisiológico) que demencia senil (estado patológico) que precisa una demostración terminante*”¹⁹⁶. En otro proceso se aseveró que la ancianidad, como proceso fisiológico normal “*no excluye la salud, por lo que no puede entenderse que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad, máxime si no se demuestra el elemento jurídico determinante de la restricción a la capacidad*”¹⁹⁷.

Esta distinción es una clara y sana observación de la realidad, compartida por la doctrina como por la jurisprudencia. Es que la práctica nos permite ver que en virtud a la mayor fragilidad que presentan algunos adultos mayores, éstos son ubicados como personas incapaces por sus familiares lesionando su independencia y sus derechos; cuando en realidad, pudieron haber sufrido algunos cambios pero que no les impide tomar decisiones. Es decir, se equipara la edad avanzada con la enfermedad y ello condiciona la mirada de quienes rodean a los adultos mayores¹⁹⁸.

195. Para profundizar sobre esta importante distinción, recomendamos compulsar Famá, María Victoria- Herrera, Marisa y Pagano, María Luz, *La salud mental en el derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 322 y ss.

196. Fallo comentado por Nicolás Diana, “El inhábil, el demente y la capacidad de nuestros adultos mayores” en *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2010 II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, en prensa, 2010.

197. CNCiv., Sala A, 21/10/93

198. Méndez Costa, María Josefa, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, No 31, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005,

A su vez, es indudable que esta incomprensión sobre el verdadero estado de salud de la persona mayor por parte del entorno familiar podría constituir una situación de maltrato.

Esta línea jurisprudencial y doctrinaria sigue los criterios esgrimidos por la Organización Mundial de la Salud, al afirmar que la situación del anciano no admite identificación con la “minusvalidez”, atento a que ésta importa una desventaja que limita o impide a una persona el cumplimiento de una función, ni tampoco como una “deficiencia” en el sentido de pérdida de normalidad, ni menos un supuesto de discapacidad.

Nos ha interesado marcar la diferencia entre ancianidad, de aquellas personas que junto a su avanzada edad, también presentan problemas de salud mental, porque uno de los temas sobre el cual centraremos la atención es el caso de los “abuelos cuidadores” en las diversas situaciones fácticas donde los nietos deben quedarse a cargo de uno o ambos abuelos de la misma rama y su impacto o tratamiento en el campo jurídico.

4.- EL “DEBER SER” DE LOS ADULTOS MAYORES EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Centrados en el plano legislativo, a nivel internacional como regional, se advierten normativas específicas referidas a los adultos mayores y, en lo que se refiere al particular lazo entre abuelos y nietos se observan preceptos propios en aquellos instrumentos jurídicos destinados a regular los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Por esta razón, conocer y delimitar las leyes dedicadas al tema en estudio implica referirse a las normas más generales atinentes los adultos mayores y las correspondientes acciones positivas hacia este grupo social pues todas ellas inciden profundamente en la consideración de la figura del abuelo y sus relaciones con los nietos.

4.2. LA PROTECCIÓN GENÉRICA DE LOS ADULTOS MAYORES EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL, REGIONAL Y COMPARADA

En este apartado sólo enunciaremos algunas de las normativas más importantes y sus contenidos substanciales. El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y cultu-

p. 203; Ugarte, Luis A., “Captación de la voluntad testamentaria y ancianidad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, No 40, p.143 y ss.

rales (art.14) del 17/11/1988 nos dice que *“Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, los Estados partes se comprometen a adoptar de **manera progresiva** las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica”*¹⁹⁹. Entre tales acciones, el documento alude a la ejecución de programas laborales específicos destinados a conceder a los adultos mayores la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, vocación o deseos.

Asimismo, se ha sostenido en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social realizada en Copenhague en 1995 que el “envejecimiento” debe ser planteado como un fenómeno que se extiende a lo largo de toda la vida y que, por lo tanto, su tratamiento *“incumbe a toda la sociedad, no exclusivamente a las personas en edad avanzada. O sea, “una sociedad para todos”, en la que cada persona, con sus propios derechos y responsabilidades, tenga una función activa que desempeñar*²⁰⁰. También la Organización Mundial de la Salud (OMS) sigue esta misma línea cuando habla de un nuevo paradigma de “Sociedad Intergeneracional”, como una sociedad para todas las edades en la que debería realizarse cambios basados en una concepción activa del envejecimiento, tanto en términos sociales como personales, lo que supondría transformaciones importantes en las relaciones familiares y en la atribución de roles por edades en ámbitos como la educación, el trabajo, el ocio, de manera que durante todas las edades se pueda disfrutar de estas tres esferas de acción²⁰¹. Por su parte, y en consonancia con estas ideas, Aída Kemelmajer de Carlucci nos dice que *“la problemática de la ancianidad no debe ser visualizada como un proceso sólo biológico; por el contrario, debe ser encarada desde el marco general del mundo político integrándola con las perspectivas de la política sanitaria, económica, científica, educacional, cultural, etc”*²⁰².

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 16/12/91, los “Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad”, basada en el Plan de Acciones Internacionales sobre el Envejecimiento (Viena, 1982). Estos principios establecieron normas universales para las personas de edad en cinco aspectos: 1) independencia; 2) participación; 3) atención; 4) realización personal y 5) dignidad²⁰³.

A los ya enunciados, se cuenta con otros documentos de relevancia sobre los aspectos y reconocimientos generales de los adultos mayores. Citamos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

199. El destacado nos pertenece.

200. www.un.org/esa/socdev/docs/summit.pdf, Cit. Blázquez Martín D., ob. Cit. nota 8, p.21

201. Diego Blázquez Martín, ob. cit., 28

202. Conferencia sobre “El Acceso a la salud de las personas vulnerables” dictada en la Universidad de Palermo, 19/11/2008.

203. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/INRO/588/45/IMG/NRO58845.pdf>

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como el “Protocolo de San Salvador”, que en su art. 17 se incorpora de manera explícita el derecho al cuidado del adulto mayor. En el año 2002 en Madrid, se emitió el segundo Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, donde se amplifican las acciones necesarias para desarrollar políticas sociales y jurídicas que asuman de manera plena las cuestiones derivadas de los cambios demográficos²⁰⁴; entre sus tantos objetivos y recomendaciones, mencionamos: a) La plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad; b) La habilitación de las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario; c) Las oportunidades de desarrollo, realización personal y bienestar del individuo en todo el curso de su vida, incluso a una edad avanzada, por ejemplo, mediante la posibilidad de acceso al aprendizaje durante toda la vida y la participación en la comunidad, al tiempo que se reconoce que las personas de edad no constituyen un grupo homogéneo; d) El reconocimiento de la importancia decisiva que tienen para el desarrollo social, las familias y la interdependencia, la solidaridad y la reciprocidad entre las generaciones.

Otras normativas internacionales que sirven de referencia en esta materia son los objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001 –Res. A/47/339 de la Asamblea General- de 1992; la Proclamación sobre el envejecimiento –Res. 5/47/5 de la Asamblea General- de 1992 y el Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev. I, de 1995.

Centrada en las normativas que de manera general se dedican a regular la especial situación de las personas mayores adultas, en América Latina podemos citar la ley 7935 de Costa Rica denominada “Ley Integral para la Persona Mayor” que plantea entre sus objetivos: a) garantizar a las personas adultas mayores la igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos; b) promover su permanencia en su núcleo familiar y comunitario y c) la protección jurídica y psicosocial de las personas adultas mayores afectada por la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial. Por su parte, Ecuador ya en el año 1991 sancionó la ley Especial del Anciano (ley No 127), que entre las diferentes servicios que regula se encuentra el de *“Impulsar programas que permitan a los ancianos desarrollar actividades ocupacionales, preferentemente vocacionales y remuneradas estimulando a las instituciones del sector privado para que efectúen igual labor”* (art.

204. V. Plan de Acción citado. Es indispensable integrar el proceso del envejecimiento mundial, que está en curso de evolución, en el proceso más amplio del desarrollo. Las políticas sobre el envejecimiento deben ser examinadas cuidadosamente desde una perspectiva de desarrollo que incluya el hecho de la mayor duración de la vida y con un punto de vista que abarque toda la sociedad, tomando en cuenta las recientes iniciativas mundiales y los principios orientadores establecidos en importantes conferencias y reuniones en la cumbre de las Naciones Unidas.

4, inc. d). También cabe mencionar la ley que crea el Instituto Nacional de Geriátrica y Gerontología de Venezuela, cuya reforma parcial en el año 1998 donde se establece en su primer articulado “*que el Estado prestará servicios a los ancianos en el campo social médico, económico, jurídico y cultural. Esta obligación que asume el estado no excluye la que por Ley corresponde a los familiares*”.

4.3. EL RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

4.3.1. EL CUIDADO Y LA COMUNICACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS COMO ELEMENTOS A SER PRESERVADOS.- El vínculo entre abuelos y nietos en los aspectos que aquí queremos resaltar, que son los que se observan con mayor frecuencia y que interesan al Derecho de Familia, como lo son la custodia, el derecho de comunicación entre ambos y los alimentos, tienen cada uno de ellos sus fundamentos en el ámbito internacional como en el nacional.

Es de advertir que el derecho argentino carece de una normativa específica e integral que regule todas las cuestiones atinentes a esta particular interacción afectiva entre los abuelos y los nietos como acontece en el derecho español con su ley 42/2003 del 21/11/2003. Son particularmente elocuentes las afirmaciones de esta ley en su Exposición de Motivos: “*Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil*”.

En este apartado nos dedicaremos al cuidado de los nietos menores de edad por parte de los abuelos y a la comunicación entre ambos, ya que ambos aspectos tienen los mismos fundamentos. La custodia o cuidado y la comunicación, son dos figuras –con distinto grado de intensidad– que hacen a la preservación de los afectos entre abuelos y nietos. El primero representa un protagonismo mas intenso de los abuelos en la vida de los nietos cuando éstos se encuentran a su cargo por diferentes razones o situaciones fácticas en los casos en que los padres –principales responsables de los hijos– no pueden o no quieren hacerse cargo de ellos.

En cambio, la comunicación alude al mantenimiento de los vínculos afectivos en los supuestos en que los niños conviven con sus padres y, por distintas razones, uno de los progenitores o ambos se oponen a que los abuelos y nietos tomen contacto y continúen forjando lazos.

Más allá de esta importante divisoria de aguas –que trae consigo deberes y obligaciones bien distintas y también conflictivas y procedimientos diferentes– lo cierto, es que ambas parten del mismo núcleo o centro jurídico internacional: el respeto por la preservación de los vínculos afectivos y los derechos fundamentales

de niños y adolescentes y el consecuente acatamiento, cumplimiento y efectividad del derecho a la identidad. No sólo en lo que respecta a su faz estática (los orígenes biológicos, como en el caso de los abuelos que hacen al parentesco), sino también a su faz dinámica, o sea, al desenvolvimiento de lazos significativos para los niños que hacen al desarrollo de su personalidad²⁰⁵ y a esa “mismidad” a la cual se ha referido en varias ocasiones un estudioso de este derecho como lo es el doctrinario peruano, Fernández Sessarego²⁰⁶.

Ingresando a la normativa internacional que nutre y condiciona al derecho nacional, cabe citar en primer lugar el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional de jerarquía constitucional en nuestro país, desde la reforma de 1994, que reza en su primer párrafo: “*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”. Por lo tanto, la herramienta más importante en el plano internacional que regula los derechos de niños, niñas y adolescentes (los nietos a los que nos referimos en este trabajo y sobre los cuales se plantean problemas jurídicos suelen ser, generalmente, personas menores de edad), le brinda un lugar preponderante al mantenimiento de las relaciones familiares. ¿Qué se entiende por familia? Y para responder a este interrogante se debe compulsar el art. 5 del mismo cuerpo legal, donde no sólo interesa la responsabilidad de los padres, sino también el rol de la familia ampliada e incluso, de la comunidad.

Esta misma línea es seguida —y así debía ser para responder a la correspondiente “coherencia normativa”— por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes sancionada el 28/09/2005, al disponer en el primer párrafo del art. 11 que “*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil*”. Agregándose en la segunda parte del párrafo siguiente que “*Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar*”.

205. “La identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). En cambio, la identidad dinámica por el despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los de carácter éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales” (citado en Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 64 y ss).

206. Ver Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Retomando la amplitud del concepto de familia que impone la Convención, cabe destacar que el decreto 415/2006, que reglamenta la mencionada ley 26.061, en su art. 7 advierte que *“además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada...podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”*.

Precisamente, esta revalorización y respeto por los lazos con aquellas personas con las cuales los niños, niñas y adolescentes tienen “vínculos significativos y afectivos” por fuera o sin importar si entre el adulto y la persona menor de edad los une un vínculo de parentesco, es uno de los fundamentos infraconstitucionales más claros que permiten defender la idea de que el vínculo entre abuelos y nietos “afines”, es decir, aquellos que nacen dentro de una familia ensamblada, también tienen su lugar y su consecuente visibilidad en el derecho argentino.

En suma: tanto en el plano internacional como en el nacional, fácil se observa el expreso reconocimiento normativo de la preservación de los vínculos afectivos de los niños, en este caso, de éstos con sus abuelos, ya sea a través de la figura de la guarda o tutela cuando se refiere a las situaciones extremas donde ellos deben hacerse cargo del cuidado de sus nietos, como del derecho de comunicación entre los niños y sus abuelos.

4.3.2. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.- En esta materia la normativa central o protagonista en el fuero internacional es el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que tras decir en su primer párrafo que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”, señala que tal obligación está a cargo de los padres *“u otras personas encargadas del niño”* y que *“les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”* (párrafo 2°). Agrega la normativa que si éstos (tanto los padres como otras personas encargadas, dentro de las cuales debemos entender incluidos a los abuelos), están imposibilitados o no pueden cumplir con este deber *“Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”* (párrafo 3°).

Esta normativa expresa la importancia y entidad del derecho que está en juego. Es que el derecho alimentario involucra el derecho a una vida digna y a un nivel de vida adecuado y consigo, al desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, el derecho alimentario forma parte del vasto campo de los derechos económicos, sociales y culturales y por lo tanto, le caben ciertas normas específicas que se inscriben en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -también de rango o jerarquía constitucional en la Argentina -y disposiciones que se derivan de este instrumento internacional-.

Como bien se ha aseverado: “(...) *hacer efectivo el derecho de alimentos de los niños es contribuir a la concreción de sus derechos sociales, lo que significa en última instancia atenuar sus carencias y reducir los niveles de pobreza porque, como se ha señalado, la pobreza es un problema estructural que no puede ser resuelto sin el respeto de los derechos humanos*”²⁰⁷.

En este sentido, el art. 11 del Pacto expresa en su primera parte que “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...*”. Por su parte, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha emitido la Observación No 12 referida a esta norma, donde se afirma que “*el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Este derecho se aplica a todas las personas*” (conf. párrafo 1).

Todas estas disposiciones son relevantes para elaborar una revisión crítica de las posturas tradicionales sobre las cuales ha girado el tema de la obligación alimentaria de los abuelos, básicamente las ideas de subsidiariedad (de fondo como procedimental), como así también, la mayor o menor extensión de dicha obligación.

5.- UNA RELACIÓN FAMILIAR SIGNIFICATIVA DESDE LO SOCIAL Y DESDE LO JURÍDICO: DE ABUELOS Y DE NIETOS

5. 1. IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN PARA EL DERECHO DE FAMILIA

Bueno es aclarar, antes de avanzar en el tema, que aún cuando no identificamos al abuelo/abuela con las personas mayores de edad, ya que ese lugar puede ser ocupado por personas aún muy jóvenes –por ejemplo, en los casos de madres

207. Grosman, Cecilia P. “Alimentos a los hijos y Derechos Humanos. La responsabilidad del Estado” en Grosman, Cecilia P (directora), *Alimentos a los hijos y Derechos Humanos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 19 y ss.

adolescentes cuyos abuelos suelen ser personas que no deberían ser consideradas dentro del grupo de lo que se entiende por adultos mayores-, lo cierto es que estos últimos forman parte, en gran medida, de esta categoría de parentesco. En otras palabras, si bien no es un requisito sine qua non que cuando uno se refiere a los abuelos éstos sean adultos mayores, lo cierto es que en su gran mayoría lo son. En esta línea, aún cuando no todos los nietos son personas menores de edad y, por ende, se encuentran bajo el manto de las leyes internacionales, regionales, nacionales y locales de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo cierto, es que en la mayoría de los conflictos jurídicos que involucran la relación entre abuelos y nietos, éstos últimos suelen ser personas que no alcanzaron la plena capacidad civil que en el derecho argentino, tras la importante reforma que introdujo la ley 26.579 en vigencia desde diciembre del 2009, se ha bajado de los 21 a los 18 años de edad.

Dicho esto, cabe afirmar que cuando los vínculos familiares son sólidos, la relación abuelos-nietos se la reputa de gran valor, ya que la figura del abuelo ocupa un lugar importante para los nietos, tanto en el plano afectivo como en su socialización²⁰⁸. No sólo como proveedores de cuidados y asistencia económica, sino también para la reafirmación de su identidad y su pertenencia al grupo familiar tal como hemos visto cuando sintetizamos las normativas internacionales y la relación entre los lazos afectivos y el derecho a la identidad.

Esta valoración altamente positiva es la que se pone de resalto en la mencionada ley española sobre la relación entre abuelos y nietos sancionada en el 2003 en cuya Exposición de Motivos se subraya el papel importante de los abuelos en la *“cohesión y transmisión de valores en la familia”*, destacando que *“pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor”* pues *“disponen de una autoridad moral y de una distancia respecto de los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo”*.

Dicho esto de manera introductoria, cabe entrar en el análisis de los cuatro ejes temáticos ya mencionados en la apertura del trabajo: 1) cuidado o crianza, 2) comunicación, 3) obligación alimentaria y 4) el vínculo entre abuelos y nietos afines, es decir, el papel de ambos dentro de las llamadas familias ensambladas. En este orden pasamos a indagar cada uno de ellos.

208. Kemelmajer de Carlucci, Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?, op. cit.p. 662.

5.2. LA CRIANZA Y CUIDADO DE LOS NIETOS POR SUS ABUELOS

Es frecuente que los abuelos asuman de hecho el cuidado de sus nietos por ausencia de sus padres o la imposibilidad de cumplir con su responsabilidad parental por distintas causas (drogadicción, violencia contra el niño o adolescente, reclusión, entre otros).

La guarda de hecho “*tiene lugar cuando una persona, sin atribución de ley o delegación del juez, en los hechos y por propia autoridad, toma a un menor a su cargo*”²⁰⁹. Situación fáctica con clara incidencia jurídica que, a diferencia del derecho español por citar una legislación comparada, no se encuentra regulada en el derecho argentino. Esto implica que hay niños bajo el cuidado de sus abuelos sin intervención alguna por parte de la justicia u órgano administrativo competente, según las competencias atribuidas por las leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes²¹⁰.

Esta carencia o silencio normativo en torno a la guarda de hecho conlleva a que la misma se visualice recién cuando interviene un órgano público (por lo general, la justicia). Son los jueces a través del dictado de la guarda –ya sea como medida cautelar, por ejemplo, en el marco de un proceso de violencia familiar o como figura independiente– quienes determinan los derechos y deberes de los guardadores. Sin embargo, se ha considerado que el guardador de hecho, tiene el deber de criar y educar al niño o adolescente a su cargo²¹¹.

Por otra parte, tampoco se regula la figura de la delegación de la responsabilidad parental (la mal llamada “patria potestad”), como sí acontece en otras legislaciones. Verbigracia, el art. 377 de su Código Civil francés establece que “*El padre y la madre, en forma conjunta o separadamente, pueden, cuando las circunstancias lo exijan, presentarse ante el juez para delegar total o parcialmente el ejercicio de la autoridad parental a un tercero, a un miembro de la familia, a una persona digna de confianza, a un establecimiento*”.

Cabe agregar que esta posibilidad es regulada de manera expresa en algunas legislaciones locales como en la Provincia de Chubut que en su ley 5641, mediante

209. Cafferata, José Ignacio, *La guarda de menores*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 96.

210. Para profundizar sobre este tema que se deriva de la falta de regulación de la figura de la guarda en general y la guarda de hecho en particular en la legislación civil de carácter nacional ver Herrera, Marisa y Famá, María Victoria, “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 39, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 19 y ss.

211. Cafferata, J. I. op. cit, p. 96.

la cual se crea y estructura el registro de pretensos adoptantes, permite de manera expresa la delegación de la responsabilidad parental (conf. inc. d del art.10²¹²). Empero, la operatividad de esta normativa es discutida ya que las provincias no están facultadas a regular cuestiones de fondo como las que estamos analizando, materia que está reservada al Congreso de la Nación (conf. art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional)²¹³.

En este contexto poco claro que existe sobre a la figura de la guarda y la guarda de hecho en el ordenamiento argentino, la labor de cuidado de los nietos se encuentra expresamente prevista a través de la figura de la tutela. Así, el art. 377 del Código Civil la define como el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. Se trata de una institución subsidiaria de la “patria potestad”, que entra a funcionar ante la ausencia de la misma y, por consiguiente, contiene idénticos elementos que la que se ejerce por los padres²¹⁴. Subsidiariedad que no sólo emana de las propias normas de la legislación civil, sino también del mencionado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño en donde se afirma que *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*²¹⁵.

Los cometidos principales de la tutela con respecto al niño son: a) el cuidado de su persona; b) la administración de sus bienes y c) su representación. Esta insti-

212. Reza este articulado: “Los Juzgados de Familia que correspondan respetarán el orden de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro Único Provincial de Pretensos Adoptantes. Podrá apartarse del orden establecido con carácter restrictivo y excepcionalmente, por resolución fundada, valorando el interés superior del niño cuando: a) Se trate de grupos de hermanos. b) Se trate de niños con capacidades diferentes. c) La guarda sea solicitada por miembros de la familia extensa del niño. d) Los padres en ejercicio de la patria potestad deleguen la guarda y el juez competente haya valorado la legitimidad y conveniencia del niño” (el destacado nos pertenece).

213. Precisamente ante la falta de una regulación expresa de la delegación de la “patria potestad” de los padres a favor de un tercero —en este caso, los abuelos—, en un fallo se sostuvo: “Cabe otorgar la guarda del menor a su abuela conforme ha prestado su consentimiento la madre, pues, si bien los artículos 275 y 276 del Código Civil disponen que la persona que ejerce la patria potestad puede determinar con quién viva el niño, la necesidad del otorgamiento de la guarda excede esa facultad porque, en la complejidad de la vida actual, las múltiples actividades que pueden y deben realizar los niños en procura de su desarrollo espiritual, físico y educacional, requieren de algo más que la voluntad materna expresada en un acto”. De (de) este modo, la guarda la decretó el juez y no fue suficiente la manifestación de voluntad por parte del progenitor (Capel, Civ. y Com., Santa Fe, sala I, 11/09/2007, S., S. I., LLLitoral 2008 —febrero—, 108).

214. Belluscio Augusto, *Manual de Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, t. 2, p. 441; Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel H., *Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, t. III, p. 243 y ss. y Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 2, p. 859.

215. El destacado nos pertenece.

tución se caracteriza, además, por: a) su carácter tuitivo y subsidiario (art. 377 mencionado); b) el modelo del tutor es el de un buen padre de familia (arts. 398, 412, 413 y 415 del mismo cuerpo normativo); c) es un cargo personalísimo y constituye una carga pública (art. 379); d) la idoneidad es un requisito esencial para el otorgamiento judicial de tutor (art. 378); e) es unipersonal (art. 386); f) es una función representativa (arts. 377, 380, 404, 406, 408); g) se encuentra bajo permanente contralor del Estado (arts. 381, 399, 404, 408, CC) y h) el desempeño es gratuito.

Si bien no es el objetivo de este ensayo analizar en profundidad cada uno de estos elementos y así hacer una revisión crítica sobre esta figura, sólo a modo introductorio para su posterior estudio, sería bueno preguntarse si es compatible con la idea de mantener los lazos afectivos de niños, niñas y adolescentes, que esta figura fuere de carácter unipersonal o bien pudiere ser bipersonal. ¿Qué sucede cuando los niños quedan a cargo de ambos abuelos —ya sea paternos o maternos—? ¿Armoniza con el principio del interés superior la obligación de tener que elegir a uno de ellos a los fines de cumplir con los postulados de una norma infraconstitucional que sólo prevé el carácter unipersonal? ¿Acaso ambos abuelos no cumplen roles complementarios en el cuidado de los nietos?

Por su parte, la tutela puede ser de tres tipos: 1) tutela testamentaria, 2) tutela legal y 3) tutela dativa, en este orden. Por lo cual, si la persona que los padres designaron para que se quede a cargo de los niños tras su fallecimiento no puede o no se encuentra en condiciones de tomar esta responsabilidad, se pasa a analizar las personas que la ley presume aptas para asumir dicho compromiso, ocupando los abuelos un lugar preponderante entre estas personas. En este sentido, el art. 390 del Código Civil establece un orden, encontrándose los abuelos en primer lugar, al decir expresamente que *“La tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor sin distinción de sexos”*. Y si ninguno de ellos pueden o están en condiciones, lo decide el juez.

Se ha considerado que los abuelos cuando cumplen la función del tutor tienen el derecho y el deber de educar y formar a los niños y adolescentes, con el entendimiento que vienen a llenar un vacío dejado por sus padres, lo que explica que sean análogos sus atributos, como se ha destacado en la jurisprudencia²¹⁶. Si bien la forma en que se regula la tutela siempre estuvo vinculada a los aspectos patrimoniales del pupilo, hoy en día se valora y se otorga gravitación a los aspectos

216. CNCiv., Sala A, 3/08/82, JA, 1983-II, síntesis.

personales teniendo en cuenta las reiteradas normas internacionales –en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño- y la ley nacional 26.061²¹⁷.

Igualmente a los abuelos se les atribuye la curatela de sus nietos mayores, siempre que no concurrieren parientes de grado preferente (arts. 477 y 478 del Código Civil).

Por lo tanto, no se duda que los abuelos –entre los parientes considerados en el plano jurídico según la legislación civil- tienen un lugar prioritario ante la imposibilidad o dificultad en la crianza de los niños por sus principales responsables, los padres.

Hasta aquí, salvo el silencio y el debate que esta situación despierta en la práctica en torno a la figura de la guarda y la guarda de hecho en el derecho argentino-, pareciera que la cuestión en torno a la crianza de los nietos por los abuelos estaría clara, al menos cuando se trata del discernimiento judicial de la tutela. Sin embargo, la cuestión es más compleja.

Un análisis más profundo implicaría preguntarse cuándo o ante qué supuestos el cuidado de los niños por parte de sus abuelos es una medida positiva y no esconde, una situación de “sustitución”²¹⁸ y conflicto psico-social- afectivo por parte de los abuelos con el o los progenitores del nieto. Estas son algunas de las disputas que se presentan en la justicia en torno a la crianza de un niño. Por lo general, se desatan cuando se trata de padres adolescentes o progenitores que tienen dificultades en su salud mental a raíz de problemas de drogadicción o alcoholismo.

La prioridad de los padres por sobre los abuelos en la crianza de los niños es una manda constitucional y legal clara que la jurisprudencia aplica, salvo supuestos de excepción donde se ha considerado que los primeros no se encuentran capacitados para llevar adelante la responsabilidad que le cabe, no habiéndose demostrado su aptitud para que los niños salgan de una situación de vulnerabilidad generada por éstos.

¿Cómo sumar afectos y referentes en la vida de los niños y evitar o prevenir las disputas entre los adultos que tanto los perjudican? Este es uno de los desafíos de

217. D'Antonio, Hugo D., *Responsabilidad de los tutores*, en *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, cap. XVIII.

218. Como bien se ha sostenido: “*Los abuelos no deben ejercer el rol de padres... Los padres deben encargarse de educar a sus hijos, criarlos, amarlos, fijar límites, responder por ellos. Los abuelos deben ocupar el lugar de tales, “consintiéndolos”, “jugando con ellos” y colaborando en su educación y crianza, pero sin invadir espacios*” (Pietra, María L. “El interés superior del niño y la atribución de tenencia a los abuelos maternos. Un fallo poco convencional”, LNBA 2006-9-1008).

carácter interdisciplinario que encierran varios de los conflictos que se dirimen en la justicia de familia.

Una vez más, reiteramos la relevancia de la mediación especializada como así también, de manera complementaria y coadyuvante al papel de los mediadores, los tratamientos terapéuticos de tipo familiar e individual –según el caso-. Cuando las disputas judiciales son el producto de enfrentamientos sostenidos por muchos años, es incompleta o al menos muy dificultosa la respuesta adecuada y útil que pueda brindar la justicia para desentrañar y resolver el conflicto afectivo que yace detrás.

Adelantando el tema que viene, pero también relativo al aquí abordado, marcando así la interacción entre ambos, cabe traer a colación la siguiente afirmación esgrimida por Husni y Rivas: *“Reestablecer el contacto entre abuelo y nieto, sin abrir un adecuado espacio para saldar las deudas pendientes entre padre/madre e hijo adultos, contribuirá a perpetuar el ejercicio de una abuelidad disfuncional, apoyada en la idealización del nieto y en la exclusión del hijo como padre, cronificando el conflicto y acentuando la disfunción familiar”*²¹⁹.

Los abuelos cumplen un rol fundamental. Estos deben asumir un papel mas activo respecto de sus nietos, en virtud de ciertas circunstancias adversas o negativas por parte de los progenitores. Es aquí donde las figuras de la guarda y la tutela suben a escena. El desafío es lograr el equilibrio, saber cuándo los abuelos deben asumir este complejo papel, siempre respetándose el lugar de los padres. No se debe perder de vista que detrás de todos estos temas se encuentra un derecho humano como el derecho a la identidad, es decir, el respeto por la preservación de todos los vínculos familiares, encontrando como límite infranqueable el reiterado “interés superior del niño”.

5.3. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS²²⁰

¿Por qué le interesa al Derecho el mantenimiento de los lazos afectivos a través de la comunicación periódica entre abuelos y nietos? De manera elocuente, se ha expresado que *“Tratándose de los abuelos, que son los padres de los padres, se produce esa unión estrecha que los une, les permite el disfrute de ver en sus nietos la perpetuación*

219. Husni, Alicia y Rivas, María Fernanda, op. cit. p. 174.

220. Algunas de las ideas y/o propuestas que se expresan en este apartado han sido expresadas en Chechile, Ana María y Marisa Herrera, “El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada centrada en los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos en el derecho argentino”, Revista da AJURIS 115 que edita la Asociación de Magistrados de Río Grande Do Sul, en prensa, 2010 y una versión anterior en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, No 40, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 17 y ss.

de ellos mismos, y a los otros el imperceptible gozo de ser queridos”²²¹. En consonancia con esta idea, se ha dicho que el efecto que se deriva del impedimento de contacto es el empobrecimiento de la vida emocional²²², tanto para los abuelos como para sus nietos, tratándose de una relación o vínculo reflejo de retroalimentación mutua.

Es por ello que nos interesa indagar acerca de los conflictos que se suscitan en nuestra sociedad respecto del mantenimiento del vínculo y comunicación entre los abuelos y nietos, siendo éstos uno de los que se presentan de manera más frecuente en la práctica tribunalicia y que compromete a la relación en estudio.

¿Cuándo se suele impedir o dificultar el contacto entre abuelos y nietos? Básicamente podemos encontrar las siguientes situaciones: a) por fallecimiento de uno de los progenitores. Este caso puede darse cuando el padre sobreviviente ha conformado una nueva pareja y la presencia de los abuelos, padres del fallecido, es visto como un elemento perturbador para la nueva relación; b) por diferencias personales entre los abuelos y uno o ambos progenitores de los niños o adolescentes, ya sea por razones de tipo personal o económico²²³ y c) el caso más común tiene lugar, tras la ruptura del matrimonio o convivencia de los padres. En este supuesto, la causa probable de esta obstrucción es el conflicto que uno de los progenitores mantiene con el otro, que se canaliza con estos impedimentos de trato lesionándose, como señalan Husni y Rivas, una relación positiva que trae beneficios, tanto a los adultos mayores como a los nietos²²⁴. Esta situación fáctica que tiene incidencia o consecuencias jurídicas a través de la figura del impedimento de contacto revela, claramente, la importancia de que se logre una buena separación, para lo cual la mediación como así también las terapias de familia o cualquier intervención profesional especializada que acompañe esta etapa de ruptura y reacomodamiento familiar, constituyen herramientas hábiles para prevenir este tipo de conflictos que se extienden a los abuelos²²⁵.

Esta es la primera conclusión que se propone, a tono con la doctrina internacional de los derechos humanos que se inclina por evitar daños y llevar adelante toda política y/o acciones pertinentes de carácter preventivo. Máxime en ordenamientos jurídicos como el argentino que carece –como acontece en el derecho

221. CNCiv., sala E, 11/08/1987, “S., F. c. C., C. D.”, con comentario de Gregorini Clusellas, Eduardo L., “Fundamentos del régimen de visitas de los abuelos y sus efectos en la decisión judicial”, LL, 1988-E, 290.

222. Husni Alicia y Rivas María Fernanda, op. cit., p.174 y ss.

223. Antonio Acevedo Bermejo, *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 24.

224. Husni, Alicia y Rivas, María Fernanda, *Familias en litigio. Perspectiva psicosocial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 149.

225. Para ampliar este tema compulsar, Chechile, Ana María y Herrera, Marisa, op. cit., p.17 y ss. y Jaggli, Marisa Andrea, “El niño y la familia extendida”, *Foro de Córdoba*, año XIV, n° 83, 2003, p. 39.

español a través de diferentes leyes autonómicas²²⁶- de servicios de mediación familiar previa y obligatoria. En la Argentina, y en el ámbito nacional, existe la etapa de mediación obligatoria pero no es especializada, por lo cual, aquel mediador que ha sido sorteado en un conflicto como lo es el impedimento de contacto entre abuelos y nietos por parte de uno de sus progenitores, puede ser atendido por un mediador capacitado en accidentes de tránsito, en seguros o en cualquier materia totalmente alejada de la particular formación que posee un mediador familiar.

Ingresando a la normativa específica que regula el derecho de comunicación entre abuelos y nietos, amén de las normas ya citadas de carácter general sobre la preservación de los vínculos de afecto –haya o no vínculo de parentesco- que establece la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006 en su art. 7, se encuentra en el Código Civil el art. 376 bis – artículo incorporado al Código Civil tras la sanción de la ley 21.040 en el año 1975, donde se establece: *“Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces (...) deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso, según la ley”*. Este texto merece varios comentarios y/o reparos.

En primer término, consideramos que es inadecuado el uso del término “visitas”²²⁷, ya que el vocablo “visitas” proviene del latín *visitare*, “*ir a ver a uno en su casa por cortesía, amistad o cualquier otra razón*” y en este supuesto, como ha sido puesto de manifiesto por otros autores, la relación entre abuelos y nietos no se limita a la acción de visitar, sino que tiene un contenido más amplio pues implica un trato, una comunicación, una relación afectiva con el otro²²⁸.

226. A modo de ejemplo, citamos la ley 7/2001 del 26 de noviembre reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Cabe destacar que su art. 3 referido a “*Del objeto de la mediación familiar*”, enumera entre otros la de brindar “*solución de aquellos conflictos contemplados en el artículo 13 de esta ley, que surjan entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad*”. Por lo tanto, los conflictos que se suscitan en el campo del derecho de familia y que involucran a los abuelos (parientes consanguíneos en línea recta), entran en esta normativa o sea, se ven beneficiados de esta herramienta.

227. El término “visitas” –como el de “patria potestad” y “tenencia”- hace tiempo que son puestos en crisis por la doctrina y jurisprudencial nacional como extranjera. En el derecho nacional, varios autores como ser Lloveras, Salomón, Zannoni, Grosman, Mizrahi, Makianich de Bassat entre tantos otros, objetan la terminología de “visitas” utilizada en el art. 376 bis del Código Civil, como así también la de “régimen de visitas” que yace en el art. 236 del mismo cuerpo normativo, alegándose que “*(...) la denominación derecho de visita, en el ámbito jurídico familiar, no refleja el profundo contenido de ese derecho, que posee una trascendencia espiritual superior a lo material; importa la realización, mediante el trato y la comunicación, de importantes funciones educativas y de vigilancia*” (Bellusci, Augusto C., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1969, p. 744).

228. Bellusci, Augusto C., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1969, p. 744.

Es de destacar que en el marco de una investigación socio-jurídica sobre el tema presentada a la Universidad de Buenos Aires, uno de los objetivos ha sido examinar el contenido de los fallos judiciales frente a la negativa de uno o ambos progenitores para que los abuelos paternos o maternos tengan trato y comunicación con los nietos, con el objeto de determinar la relevancia de los distintos supuestos que se han presentado, observar en qué medida los jueces han hecho lugar a tales oposiciones, los fundamentos de los pronunciamientos y los valores que se han defendido; o sea, si hubo una mayor apoyatura en los derechos humanos y los cambios acaecidos en cuanto a la relevancia de la figura del abuelo.

Aún cuando la finalidad de este ensayo no es realizar un recorrido por el desarrollo jurisprudencial nacional en la temática²²⁹, citaremos, a título ilustrativo, un precedente recogido en nuestro estudio que sintetiza el pensamiento doctrinario y jurisprudencial que gira en torno a esta cuestión, permitiendo observar que ha prevalecido la idea de considerar a la comunicación entre abuelos y nietos un derecho subjetivo que titularizan, compromete y es beneficioso –a priori– para ambos (tanto para el abuelo como para el nieto).

En este sentido, se ha expresado que *“el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con sus nietos, es de carácter inalienable e irrenunciable, por lo que solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como para descartar la continuidad de las visitas”*, señalándose que *“el derecho de visita, además del contacto periódico del menor con sus abuelos importa desde el punto de vista psicológico, tratarlo y mantener con él relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación”*. Igualmente, aquí se ha insistido que este derecho de abuelos y nietos *“es una importante manifestación extrapatrimonial de las relaciones intersubjetivas nacidas del parentesco y posee una trascendencia espiritual que supera lo meramente material y que resulta necesaria su protección en pro de la formación de las personas”* y que *“La jerarquía del derecho de visitas de los abuelos surge del hecho de ser padres de sus padres, prueba de la perduración de la familia, lo que fue receptado por nuestra legislación toda vez que el niño debe tener una visión completa de su familia, visión panorámica que lo prepara para su desenvolvimiento en la vida de relación”*²³⁰.

Pese al reconocimiento legal, doctrinario y jurisprudencial del derecho de comunicación entre abuelos y nietos debe admitirse que la aplicación de este derecho en la práctica cuando los progenitores o uno de ellos se oponen, no es nada sencilla. Es que aquí, como acontece también cuando hay desaveniencias entre los

229. Este tipo de análisis se puede obtener en Chechile, Ana María y Herrera, Marisa, op. cit.

230. CNCiv., Sala L., 05/06/2008, G., G. R. v. S. C., M. de las N., Citar Lexis N° 70047192.

propios padres, los niños (por lo general los de corta edad, ya no los adolescentes que cuentan con mayor grado de autonomía e independencia), suelen tener cierta “lealtad” con el o los progenitores que se oponen al vínculo con los abuelos, por lo cual, esta cuestión “extrajurídica” termina siendo decisiva para que la sentencia que reconoce el derecho de comunicación no pueda verse cumplida por presión de los adultos. Nuevamente aquí volvemos a reiterar las virtudes y bondades de la mediación especializada, como así también de la terapia familiar.

A modo de cierre sobre los conflictos que se desatan en sede judicial donde los abuelos reclaman retomar o mantener la comunicación con sus nietos, un tema particular, que recién en los últimos años está teniendo mayor presencia efectiva en los procesos donde se dirimen estas cuestiones, se refiere a la voz o escucha de los nietos. ¿Sus deseos o apreciaciones son tenidas en cuenta por los jueces al resolver la contienda?. Son muchos los interrogantes que se abren: Quién los escucha, cómo se los escucha, con qué preparación, cómo es la valoración de sus manifestaciones. Finalmente, cuál es la capacidad para observar lo que está detrás de estos dichos ya que, en la mayoría de los casos, los niños y adolescentes se encuentran influidos –hasta a veces presionados– por el progenitor que se opone al vínculo con el o los abuelos. Por lo general, suele ser el padre con el cual el niño convive, jugándose aquí, como también acontece con los conflictos entre los padres cuando se separan, una cuestión de “lealtades” que el órgano decisor debería tener presente. Esto significa que se debe dar importancia a la formación de los operadores del derecho de carácter integral, no sólo focalizada en el ámbito jurídico, para poder hacer de esta “escucha” de los niños, niñas y adolescentes una verdadera garantía procesal, y no un mero requisito burocrático que nada o poco aporte. O más aún, que sea peor, abusivo e iatrogénico para el niño.

5.4. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS A FAVOR DE SUS NIETOS²³¹

Tomando como punto de partida la normativa internacional básica y contundente en materia de obligación alimentaria a favor de niños, niñas y adolescentes ya citada, es decir, el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, uno de los desafíos pendientes en el derecho nacional reside en cotejar la normativa infraconstitucional con aquélla y en el supuesto que se advirtieran algunas incoherencias o desfases, proyectar el modo en que la legislación civil debería adecuarse para respetar el mandato que en nuestro país es de orden superior.

231. Algunas ideas que inspiran este apartado han sido expresadas en Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa, “Un fallo que actualiza el debate sobre la diada alimentos a los hijos y derechos humanos”, Lexis Nexis Córdoba, Buenos Aires, LNC 2007-6-477 y Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, Revista Jurídica on line El Dial, Número Especial, en coautoría con María Victoria Famá, 17/11/2008, Año XI nro 2659.

Para llevar adelante este ejercicio intelectual, es necesario conocer en qué términos está regulada la obligación alimentaria entre parientes —como lo son los abuelos de sus nietos y éstos de sus abuelos, fiel a una relación refleja— en el Código Civil y la interpretación de ella que vienen haciendo la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

Veamos, dentro del capítulo 4 dedicado a los “Derechos y obligaciones de los parientes” ubicado en el título VI referido al “Parentesco” del Código Civil, el art. 367 expresa: *“Los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: 1. Los ascendientes y descendientes. Entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos. 2. Los hermanos y medio hermanos. La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca”*. Fácil es advertir que la ley coloca a la obligación alimentaria en cabeza, primordialmente, de los principales responsables de la crianza y cuidado de los niños que son sus padres. Es así que siempre se defendió la idea de “subsidiariedad” de la obligación alimentaria por parte de los parientes —en especial, los abuelos— ante dicha obligación paterna (art. 265 del mismo cuerpo normativo), criterio que según nuestra opinión debería ser revisada, ya que contraría el art 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, como vimos, en ningún momento refiere a subsidiariedad alguna.

Esta cuestión de la supuesta subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos, involucra dos aspectos. La subsidiariedad de fondo o material, es decir, quién debe hacerse cargo de la obligación y la subsidiariedad formal o procedimental, el orden o concomitancia en la petición de dicha obligación que es incumplida —ya sea de manera parcial o total por parte de los progenitores.

Sobre la subsidiariedad de fondo o material se observan dos posturas²³²: 1) la tradicional, que defiende la idea de que la obligación alimentaria de los abuelos es de carácter subsidiaria y sólo opera cuando el padre no pueda cumplir con su deber y la madre no tenga recursos ni pueda procurárselos y 2) la que podría definirse como “moderna” o “contemporánea” que entiende que la obligación alimentaria no deber ser subsidiaria del modo tan rígido como lo regula el Código Civil, es decir, se promueve la idea de una “subsidiariedad flexibilizada”. No se defiende, como algunos autores sostienen²³³ - que se está ante una obligación simultánea a secas y sin reparo alguno. Nadie duda que no es lo mismo ser padre que abuelo y su clara incidencia en la obligación alimentaria. En este sentido, el principal respon-

232. En un trabajo se exponen que serían tres las posturas que existen en este tema (conf. Belluscio, Claudio, “Otro fallo que determina acertadamente la obligación alimentaria que les corresponde a los abuelos”, Doctrina Judicial, 08/07/2009, p. 1841 y ss y LBA 2009 (julio), 597).

233. Belluscio, Claudio, op. cit. en nota anterior.

sable en la crianza, educación y también la alimentación de los niños y adolescentes (hasta los 21 años, a pesar de que la mayoría de edad se haya bajado a la edad de 18 años²³⁴) son sus padres y en segundo término, los abuelos.

Pero la aludida “subsidiariedad” no sólo involucra consideraciones de fondo como el orden en la obligación, sino también el aspecto procesal o procedimental que es de sumo interés desde el punto de vista de la práctica y la consecuente efectiva satisfacción de los alimentos. Es aquí donde se propone diluir esta idea de “subsidiariedad” cuando el destinatario de los alimentos son niños, niñas o adolescentes, tal como surge de diversos fallos jurisprudenciales donde se ha admitido la acción simultánea contra los padres y abuelos que no destruye el orden de los obligados. Es el criterio que se ha seguido en otros países (Cataluña en España, Québec y Nicaragua) y en proyectos de ley presentados en nuestro país.

Si bien la jurisprudencia mayoritaria²³⁵ sigue la postura más tradicional apegada a la noción de subsidiariedad que se desprende de la legislación civil sin llevar adelante una mirada integral y obligada con normas de rango superior como el reiterado art. 27 de la Convención, en buena hora se han observado algunos precedentes de “avanzada” e “innovadores” que receptan la postura sintetizada en segundo término en lo que respecta a la subsidiariedad formal.

Como ejemplo de ello, cabe traer a colación el fallo dictado por el Tribunal de Familia No 1 de Quilmes, Provincia de Buenos Aires de fecha 18/04/2007 donde se declara la inconstitucionalidad²³⁶ del art. 367 del Código Civil, en cuanto establece “una preferencia en la obligación alimentaria para los ascendientes más próximos

234. Para profundizar sobre el impacto de la disminución de la edad en la cual se alcanza la plena capacidad civil en el tema alimentario recomendamos compulsar: Belluscio, Claudio, “Los alimentos debidos a los hijos conforme la nueva legislación, Revista La Ley, Suplemento Especial sobre Mayoría de edad, 2009 (diciembre), 7 y ss. Cabe destacar que si bien la baja es de 21 a 18 años de edad, en materia alimentaria se sostiene la edad de 21 años. En este sentido, el art. 3 de esta ley 26.579 agrega como segundo párrafo al art. 265 del Código Civil, el siguiente texto: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

235. Por citar algún precedente, en el fallo dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul en fecha 30/04/2009 donde se rechazó la demanda de alimentos incoada por la madre contra los abuelos paternos, se puso de resalto que “si bien se encuentra acreditada la imposibilidad del padre de los niños de cumplir con su deber, la actora omitió demostrar su propia insuficiencia de recursos o la imposibilidad de procurárselos” (Cam. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala II, 30/04/2009, Y. J. D. c. T. A. D. y T. M. A., LLBA 2009 -junio-, 537).

236. Como lo hemos expuesto en su oportunidad al comentar este precedente: “En la sentencia se utiliza otro vocablo que, a nuestro entender, es confuso al “Declarar de oficio la inaplicabilidad para el caso concreto de la primer parte del párrafo segundo del inciso 1º del art. 367 C. Civil, Técnicamente lo que se declara, de oficio, es la inconstitucionalidad –no inaplicabilidad– de la norma, la cual es obvio que en el derecho argentino es para el caso concreto ya que se recepta la declaración de inconstitucionalidad de carácter difuso y no concentrado como en tantísimos países del globo como ser Perú, Costa Rica, Francia, España, Alemania, por citar algunos” (Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “La obligación de los abuelos hoy”, op. cit).

en grado” (padres) que implica una subsidiariedad en dicha obligación para los menos próximos en grado (abuelos), por contravenir la Constitución Nacional (arts. 3 inc. 1 y 27 CDN, art. 75 inc. 22” Para arribar a tal conclusión, se expusieron diferentes argumentos –todos ellos relativos a la supremacía de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre las normas de menor jerarquía como el Código Civil, pues “*las disposiciones constitucionales desplazan la operatividad del art. 367 C.C., el cual no resulta oponible al menor titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente (no de modo sucesivo o subsidiario) la acción por alimentos contra sus abuelos, obligados sin más, acreditados los requisitos de procedencia, a su cumplimiento*”²³⁷.

Estos son los nuevos aires jurisprudenciales que anuncian un cambio de criterio²³⁸ que deben ser acompañados desde la doctrina con el objeto de movilizar y lograr modificaciones legislativas en este sentido, claramente en consonancia con el principio rector del “interés superior del niño”.

De este modo, y a modo de cierre, traemos a colación un proyecto de ley presentado en el año 2007 que proponía agregar al Código Civil argentino como artículo 369, el siguiente texto: “*Para demandar alimentos de los abuelos de un incapaz, no es necesario haber demandado simultánea o previamente al progenitor hijo de estos. La acción procederá, en su caso, sin menoscabo del derecho de los abuelos condenados a suministrar alimentos de repetirlos contra su hijo*”²³⁹.

Por otra parte, cabe destacar que no es sólo el problema de la acción sucesiva lo que lesiona el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nos referimos a la extensión, alcance o cuantificación de la cuota. Nos explicamos. Es sabido que la obligación alimentaria que deriva de la patria potestad es de tipo “amplia” ya que

237. Trib. Fam. Nro 1, Quilmes, 18/04/2007, B., L. E., v. C., D. y otra s/alimentos, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro 38, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 219 y ss.

238. Citamos otros fallos. Uno que también se cuestiona la cuestión de fondo de la subsidiariedad como lo es el orden de prelación, y el otro menos comprometido ya que se mete con la subsidiariedad pero en el aspecto procesal, línea en la cual se pueden observar una mayor cantidad de precedentes. El primero la sentencia dictada por la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concordia de fecha 22/10/2008, donde se expuso que “*Aún cuando los padres de los menores no carezcan totalmente de bienes o ingresos, los abuelos se encuentran obligados a prestar alimentos a sus nietos cuando, dichas rentas son insuficientes para cubrir las necesidades de aquéllos conforme al nivel social al que estaban acostumbrados*” (Cam. Apel. Concordia, Sala civil y comercial, 22/10/2008, I., R. c. I., E. S., LLitoral 2009 –marzo-, 196). El otro, es el de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín en fecha 16/12/2008, donde se entendió que “*Resulta improcedente exigir a la madre que reclama a los abuelos paternos alimentos para sus hijos menores que inicie previamente un incidente de ejecución contra el progenitor alimentante, si surge acreditado que éste carece de recursos suficientes como para cumplir con la condena allí impuesta*” (Cam. Apel. Civ. y Com., Junín, 16/12/2008, T. N. L. c. G. VDA. DE L. M. E.”, La Ley on line).

239. Proyecto presentado por el senador Jacobo A. Abrameto, S-2659/07 http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2659/07&nro_comision=&tConsulta=3, consultado el 28/01/2010.

abarca una gran cantidad de rubros que hacen al efectivo desarrollo de la personalidad de los hijos. En este sentido, el art. 267 del Código Civil dentro del título relativo a la mal llamada “Patria potestad”, indica que *“La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”*.

Por el contrario, en materia de obligación alimentaria entre parientes (sin distinguirse si una de las partes es una persona menor de edad y en plena etapa de desarrollo con necesidades y urgencias distintas que los adultos), establece una obligación más acotada, exigua o de mínima, que se materializa en la menor cantidad de rubros a ser solventados. Así, el art. 372 del mismo cuerpo legal expresa: *“La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades”*. La diferencia entre ambas normativas es clara. Mientras la primera que se desenvuelve en el marco de la patria potestad se refiere a la *“satisfacción de las necesidades”* que tiene un hijo de manera amplia; la segunda en el contexto del parentesco, alude a *“lo necesario para la subsistencia”*.

Siguiendo con el análisis de la cuestión, cabría preguntarse cuando la obligación alimentaria entre parientes lo es, específicamente, entre abuelos y nietos menores de edad, si éstos últimos deben soportar o ver restringido su derecho a un nivel de vida adecuado y, en particular, a la alimentación, por esta distinción infraconstitucional. ¿Acaso debe recaer sobre los niños que uno o ambos padres no puedan o no quieran cumplir con su obligación a cargo y, aunque los abuelos sí estén en condiciones, disminuir la cuantía alimentaria a priori y en abstracto porque la legislación civil lo impone?. Desde el crisol de los Derechos Humanos, básicamente, el reiterado art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños no deben sufrir una reducción en su derecho alimentario.

¿Cuándo una limitación o recorte en la obligación alimentaria de los abuelos a favor de sus nietos en los términos que propone el actual art. 372 del Código Civil sería razonable o proporcionable? Cuando los abuelos se encuentran también en una situación o estado de debilidad, por lo cual pueda ser atendible que la fijación de la cuota alimentaria sea menor que la que se debería establecer según las necesidades del niño. Esta perspectiva más flexible que se propone respondería, en definitiva, al mejor interés del niño, principio rector cuando de infancia y adolescencia se trata.

5.5. LOS ABUELOS Y NIETOS “AFINES”

Uno de los temas novedosos que abordamos gira en torno a la relación entre abuelos y nietos dentro de una particular forma de organización familiar: la familia

ensamblada conocida de manera corriente como “los míos, los tuyos y los nuestros”. Tipo de familia que tiene cada vez mas presencia en la realidad social, principalmente por dos factores. El primero, la mayor perspectiva de vida que trae como consecuencia que las personas a lo largo de sus vidas pueden constituir nuevos núcleos familiares. El segundo factor es el aumento de los divorcios y ruptura de las parejas convivientes.

Estos hechos que se observan claramente en la sociedad conducen a que las familias ensambladas sean un tipo de organización familiar con mayor incidencia en las relaciones de familia. Esta afirmación de carácter sociológico refuerza la relevancia del tema que tratamos en este apartado.

Cuando hablamos de familia ensamblada – como ya hemos señalado – aludimos a la organización familiar que nace de un matrimonio o convivencia donde uno de ellos o ambos tienen hijos provenientes de una unión anterior, haya o no hijos propios de la nueva pareja. Hemos elegido esta denominación, entre tantas que circulan en el medio social y científico como “familia reconstituida” o “familia recompuesta”, por citar algunas, porque, a nuestro entender, simboliza con mayor precisión los intercambios que tienen lugar entre el nuevo núcleo que se constituye y los grupos familiares precedentes. Justamente, la idea de “ensamble” es la que permite visualizar rápidamente uno de los elementos centrales que tipifican a este tipo de familia. Por el contrario, las otras designaciones aludidas precedidas por la sílaba “re”, sugieren reconstrucciones de las familias anteriores, cuando en realidad se trata de una forma de familia que tiene su propia individualidad, diferente a la anterior de cada uno de los miembros de la pareja. Siguiendo con la cuestión terminológica que no es menor, tal como lo hemos adelantado, a los integrantes de esta familia les agregamos la noción de “afín”. Si bien desde el punto de vista jurídico, no todas las relaciones jurídicas que se entretienen entre los integrantes de las familias ensambladas derivan del vínculo de afinidad –lo que acontece cuando la pareja no contrajo matrimonio–, lo cierto es que este agregado permite ubicarnos dentro del contexto de la familia ensamblada. Por lo tanto, nos referimos a la madre afín, el padre afín, el hijo afín, el abuelo afín y el nieto afín, nuevos términos que simbolizan sin tradiciones sombrías estos lazos familiares tan frecuentes en nuestra sociedad. La intención es apartar el estereotipo estigmatizante que deriva de la denominación “madrastra” y “padastro”, vivenciados en el imaginario social como seres crueles e indeseables.

Aclarado esto, cabe preguntarse cuál es la especialidad que presenta la relación entre abuelos y nietos afines en el derecho de familia contemporáneo y si este vínculo afectivo es reconocido en el plano jurídico.

Para ello debemos recordar las normativas internacionales como nacionales citadas que regulan y revalorizan la llamada “familia ampliada” o “extendida”, como así, todo

vínculo significativo para los niños, niñas y adolescentes (conf. art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 7 del decreto reglamentario 415/2006). Fundándonos en estas disposiciones, fácil se puede observar que si la relación entre abuelos y nietos afines es un lazo afectivo relevante para el desarrollo de la personalidad y consolidación de la faz dinámica del derecho a la identidad de ambos, encuentran en el Derecho un lugar de protección y respeto pues son titulares de un derecho de comunicación e incluso un derecho al cuidado del nieto afín ante la imposibilidad o dificultad de suma gravedad por parte de los progenitores. Si bien el Código Civil al regular la figura de la tutela en sus orígenes (allá por el año 1871) jamás pudo tener en cuenta estos cambios en las formas de organización familiar, lo cierto, es que como toda tutela debe ser discernida por el juez, es posible que si bien pueden existir otros familiares más directos que tengan un mejor derecho a hacerse cargo de la tutela de su nieto, es factible que en una situación particular la persona más apta resulte el padre o madre afín de acuerdo a los informes provenientes de otras ramas del saber. Ello, aún cuando estos familiares no se encuentren específicamente enumerados en el art. 390 del Código Civil que regula la figura de la tutela legal disponiendo que ella corresponde “*únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos*”.

Si bien la normativa transcripta alude de manera terminante a la idea de que esta enumeración es taxativa al decir “únicamente”, entendemos que desde un análisis sistémico, integral y coherente del ordenamiento jurídico, tanto suprallegal (en este caso, la Convención sobre los Derechos del Niño) como normas posteriores a la legislación civil – más modernas – como la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006, tal disposición se vería flexibilizada.

En lo relativo al derecho de comunicación y, sobre la base de la normativa constitucional y nacional posterior a la legislación civil, debe interpretarse de manera amplia el art. 376 bis del Código Civil y admitir el ejercicio de ese derecho entre abuelos afines y nietos afines en la medida que ello resulte beneficioso para niños o adolescentes.

Para evitar toda actitud discrecional o debates de carácter interpretativo, en el año 2008 se presentó un proyecto de ley denominado “Normas protectoras de los hijos de las Familias ensambladas” ingresado por la Cámara de Senadores, aprobado por esta Cámara que luego pasa a estudio de la Cámara de Diputados²⁴⁰. Esta iniciativa introduce varias modificaciones en la legislación civil con el objeto de incorporar a la familia ensamblada y así lograr su reconocimiento jurídico expreso.

240. S-1299/2008 presentado por los senadores Daniel Filmus y Marita Perceval, aprobado por la Cámara de Senadores en fecha 02/12/2009, ver http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1299/08&nro_comision=&tConsulta=3, compulsada el 29/01/2010.

Si bien en la normativa se regula la relación entre padres e hijos afines, quedando afuera el reconocimiento jurídico del lazo entre abuelos y nietos afines, lo cierto es que un avance en la visibilidad de la familia ensamblada en el cuerpo normativo civil significa una conquista normativa relevante que dejaría el terreno más fértil para una regulación expresa de la relación entre abuelos y nietos afines. A lo mejor desde la técnica legislativa, el lugar adecuado para dicha actividad lo sea una ley integral que nucleé todas las cuestiones relativas a los abuelos y nietos (afines y no afines), siguiendo los pasos de la legislación española.

En suma, y de mínima, ciertas disposiciones normativas internacionales –de valor jurídico por arriba de las leyes, es decir, del Código Civil- como así también legislaciones nacionales posteriores a ésta, indican que todos los lazos socio-afectivos que forjen los niños, niñas y adolescentes con personas con las cuales se tiene un vínculo de parentesco o por fuera de esta relación jurídica, tienen su espacio y reconocimiento legal y por ende, deben ser tenidos en cuenta por los operadores del derecho. En definitiva, no se duda que los abuelos y nietos afines integran el concepto amplísimo de familia, a tono con la noción de pluralismo que envuelve todo Estado Democrático.

6.- CIERRE

Este ensayo ha sido extenso, por eso este último apartado final será, como dice, breve.

Los Derechos Humanos han hecho una verdadera “eclosión”, han producido una concreta “revolución” en los derechos nacionales. No sólo obligando a revisar tantísimas regulaciones o concepciones acerca de varias instituciones, sino también, subiendo a escena a otras, dándoles visibilidad y prestancia.

Este cambio significó, de manera ineludible, denunciar la conculcación de derechos humanos y las particularidades que han asumido estas violaciones en los diferentes actores sociales, varios de ellos en una situación de mayor vulnerabilidad.

De este modo, mujeres; niños, niñas y adolescentes; personas con necesidades especiales y adultos mayores, cuentan hoy en el plano internacional como nacional con una protección especial.

¿Esta especialidad, en el caso de los adultos mayores, ha arraigado o aterrizado con todo su potencial al campo jurídico? La respuesta negativa se impone.

De lo expresado a lo largo de este trabajo, fácil se puede observar que todavía resta muchas transformaciones por alcanzar en esta búsqueda sin freno por acortar la brecha entre Derecho y Realidad.

En este ensayo se han puesto sobre el tapete algunos avances pero también, varios retos que se deben afrontar que no sólo interpelan a los legisladores, sino a todos los operadores del derecho. Aquellos que desde los distintos lugares (abogados, defensores, jueces, docentes, investigadores, por citar algunos) tienen el real compromiso de hacer efectivos los Derechos Humanos de todos y todas, siempre teniendo en cuenta sus diferencias.

Este ha sido un primer acercamiento a modo de “semillero” para un futuro – no lejano – estudio crítico y profundo sobre los adultos mayores en las relaciones de familia y su incidencia en el Derecho de Familia contemporáneo.

Si este objetivo fue cumplido, lo dirá el lector.

CAPITULO X

Orden público e intersexualidad en la jurisprudencia argentina

Laura Cantore²⁴¹.

RESUMEN

En lo que sigue propondré que la expresión “orden público” es tautológica y no genera operadores deónticos sobre lo prohibido, obligatorio y permitido en relación a los cuerpos intersex en particular. Me concentraré en el análisis de casos en que el órgano de aplicación ingresó –con o sin consentimiento– en la esfera íntima de una persona para decidir sobre su identidad de género, centrándome en la jurisprudencia argentina relevada entre los años 1994 y 2008.

Palabras Claves: Orden Público- Intersexualidad-

ABSTRACT

In what follows I will propose that the term “public order” is tautological and does not generate deontic operators on the forbidden, required and allowed in relation to intersex bodies in particular. I will concentrate on the analysis of cases where the implementing body entered with or without consent, in the intimate sphere of a person to decide on their gender identity, focusing on Argentina jurisprudence surveyed between 1994 and 2008

Key Words
Public Order-Intersex

SUMARIO

1.- La norma jurídica y su interpretación: marco teórico. 1.1. El principio de clausura del art. 19 de la CN. 1.2. El principio de clausura y el art. 19 de la CN. 1.3. Lagunas normativas. 2. Los casos. 3. Estudio de Casos- Intersexualidad y Orden Público. 4. Conclusiones.

241. Laura Cantore. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Asistente de Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y la Opcional Familias y Derechos con equidad de Género de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

1.- LA NORMA JURÍDICA Y SU INTERPRETACIÓN: MARCO TEÓRICO

Pese al lugar central que la noción de norma ocupa en el pensamiento jurídico y filosófico no hay acuerdos básicos en como caracterizarlas, cuantos tipos de normas hay y que es lo que les da a las normas carácter de jurídico.

Los filósofos del derecho coinciden sin embargo en que el concepto de norma constituye la base para la caracterización y descripción del derecho.

Alchourrón y Bulygin²⁴² señalan que una dificultad básica para identificar la norma es la ausencia de coincidencia entre los pensadores respecto al “status ontológico de la norma”.

Así para Hans Kelsen²⁴³ las Normas Jurídicas son sentidos de actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros; para Alf Ross²⁴⁴ son directivas; para Herbert Hart²⁴⁵ son prácticas sociales.

En cualquier caso no se puede negar la estrecha vinculación entre las normas jurídicas y el lenguaje, ya que solo pueden ser expresadas a través de él.

Desde esta perspectiva las normas se conciben como significados de expresiones lingüísticas usadas para calificar con operadores deónticos –prohibido, obligatorio o facultativo– conductas o estados de cosas.

Por otro lado es posible distinguir entre la formulación de una norma como una expresión lingüística y el significado de esa expresión:

- a. Por un lado una norma puede ser expresada con distintos operadores deónticos (vgr. obligatorio débito conyugal y facultativo débito conyugal).
- b. Y esta misma formulación puede ser utilizada para expresar diferentes normas.

Los juristas tienden a identificar normas con su formulación lingüística, lo que lleva a que en un mismo sistema de normas, la acción esté prohibida y permitida simultáneamente.

242. Alchourrón Carlos. E., Bulygin Eugenio. Norma Jurídica p. 133 y ss. En “El derecho y la Justicia”. Edición de Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta. Consejo Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Consejo Superior de Investigaciones Científicas 1996. Boletín Oficial del Estado 1996. Editorial Trotta S.A. 1996 Madrid.

243. Kelsen, Hans “Teoría pura del derecho” Ed. Porrúa México 1991 p 17 y ss.

244. Ross, Alf “Sobre el derecho y la justicia” Ed. Universitaria de Buenos Aires Argentina 1974 p29 y ss.

245. Hart Herbert “El concepto de Derecho” Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2007 p23 y ss.

Un ejemplo de esta situación está dada por la noción de débito conyugal que en una época y para ciertos tribunales, impedía que la mujer casada hiciera una denuncia por violación, toda vez que dentro del matrimonio, “débito conyugal” implicaba la obligación de tener relaciones sexuales siempre que el marido lo exigiera. En la actualidad la noción de débito conyugal no significa relaciones sexuales no consentidas.

Puede sonar extraño pensar que una misma norma permita el acceso carnal no consentido y otra solo el acceso carnal consentido en el matrimonio.

Tal vez sea más razonable hablar de normas diferentes y por lo tanto que un cambio de interpretación en un texto produce el cambio de la norma expresada en ese texto.

Este último punto de vista es el que utilizan Alchourrón y Bulgin cuando identifican normas jurídicas con los significados que los jueces atribuyen a las expresiones lingüísticas y no con estas últimas, es decir con las expresiones lingüísticas.

Esta última manera de pensar lo normativo es la que utilizaremos como marco teórico: la norma jurídica es atribución de significado – interpretación – de las expresiones lingüísticas de la norma jurídica.

Nos centraremos además en las normas de conducta jurídicas positivas, legisladas y como un sub grupo de ellas las normas generales (vgr. art. 15 y 16 del CC) y las individuales (resoluciones judiciales, jurisprudencia).

Sin embargo quedan pendientes otros problemas estructurales de los sistemas normativos, entre ellos el de completitud y las lagunas normativas que autores como Kelsen pretendieron resolver con el principio de clausura.

A continuación abordaremos tanto la cuestión del principio de clausura cuanto el de las lagunas normativas.

1.1. EL PRINCIPIO DE CLAUSURA DEL ART. 19 DE LA CN

El art. 19 de la Constitución Nacional funda el principio de que “Todo lo que no está prohibido está permitido”.

La expresión “permitido” puede tener dos significados diferentes:

- a. Como equivalente a “no prohibido”, lo que implica que no existe en el sistema una norma que prohíba la conducta en cuestión; o

- b. Como equivalente a una autorización positiva lo requiere la existencia de una norma que permita la acción de que se trata.

Si en el principio de clausura la palabra “permitido” se usa como equivalente a no prohibido, el principio debe leerse como: “todo lo que no está prohibido, no está prohibido”.

Así formulado, se convierte en un enunciado tautológico, es decir necesariamente verdadero para cualquier sistema normativo, por aplicación del principio lógico de identidad.

Sin embargo también es obvio que así interpretado, el llamado “principio de clausura” no sirve para completar un sistema, y eliminar sus lagunas.

Afirmar que todo lo que “no está prohibido no está prohibido” es una trivialidad que impide que a tal o cual caso se le dé una solución normativa que prohíba, obligue o faculte tal conducta cuando no existe una norma expresa.

Con el segundo significado de “permitido” –como equivalente a una autorización positiva– el principio de clausura queda formulado de esta manera: “si en un sistema jurídico no hay una norma que prohíba cierta conducta, esa conducta está permitida por otra norma que forma parte del sistema”.

En este caso el principio de clausura deja de ser una mera tautología trivial, para convertirse en un enunciado de contenido empírico.

Debe hacerse aquí la salvedad que la verdad de este enunciado es contingente: no se la puede predicar a priori de todo el sistema jurídico, pues depende de que, efectivamente en el sistema de que se trate –en el caso concreto– exista una norma que autorice tal conducta.

En este sentido si bien en la actualidad no es concebible que un juez se expida a favor de relaciones sexuales no consentidas en el matrimonio como consecuencia de la noción “débito conyugal”, no es empíricamente imposible que exista una norma individual de un juez que entienda que tal conducta no está prohibida.

Remarcamos en consecuencia que la norma es atribución de significado o interpretación de los enunciados normativos por los jueces.

1.2. LAGUNAS NORMATIVAS

Para referirnos a las lagunas normativas, debemos previamente establecer el significado de los términos “caso” y “solución normativa”. La expresión “caso” en un sentido genérico hace referencia a clases de acontecimientos. La expresión “solución normativa” se refiere a alguna calificación normativa que tiene el “caso” dentro del sistema normativo.

Un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa para una conducta. O sea el caso carece de calificación normativa, norma jurídica o solución²⁴⁶.

Un ejemplo posible es, en el marco de esta investigación, preguntarnos si existe una norma jurídica -“solución normativa”- que autorice a intervenir médicamente el cuerpo **intersex** de un menor de edad sin consentimiento informado, cuando no hay riesgo para la vida y la salud. Entenderemos por **intersex** – antes hermafrodita- a la persona que ha nacido con cariotipos que no son ni **XX** ni **XY**, con una genitalidad diferente al standard heteronormativo.

Para observar las soluciones posibles hay que partir del “caso” cuyo encuadramiento jurídico pretendemos determinar – intervenir médicamente el cuerpo **intersex** de un menor de edad sin consentimiento informado, cuando no hay riesgo para la vida y la salud- y relacionarlo con las distintas soluciones o calificaciones normativas que el caso puede recibir.

La laguna normativa se configura cuando el sistema no tiene ninguna previsión o solución normativa para el hecho o acontecimiento – caso-. Podría argumentarse contra la noción de laguna normativa, que “todo lo que no está prohibido está permitido”.

Al explicar el principio de clausura señalamos que el mismo a través de la interdefinición, puede formularse en sentido trivial y tautológico como “todo lo que no está prohibido no está prohibido”.

O bien como un enunciado de contenido empírico, con una verdad contingente, no determinable a priori, toda vez que la permisión, obligatoriedad, prohibición o su ausencia, dependerán de un acto discrecional del juez.

246. Alchourrón Carlos E., Bulygin Eugenio “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales” Ed. Astrea Buenos Aires 1974, p 42 y ss.

Tal como veremos a continuación en la práctica actual la permisón o prohibición de la intervención médica a un **intersex** es un acto discrecional del juez.

1.3. HIPÓTESIS

En nuestro país la impronta para interpretar el cuerpo **intersex** de niños y adultos, es heteronormativa²⁴⁷ tanto en relación a los niños como a los adultos. Esto adquiere especial relevancia en relación a los niños que no pueden dar consentimiento informado sobre una intervención quirúrgica que no tiene que ver necesariamente con salvaguardar su vida, y que tendrá profundo impacto sobre su sexualidad futura, más allá de sus representantes necesarios.

En este contexto la operación quirúrgica y/o el tratamiento médico, aparecen como una urgencia familiar y social, más que como una necesidad del niño o niña.

No existe en la legislación argentina previsión legal alguna que legisle o contemple las intervenciones quirúrgicas en el cuerpo **intersex**, esto implica, que existe una laguna normativa tanto para el supuesto de una intervención quirúrgica a un menor **intersex** que no puede prestar su consentimiento informado, cuanto para un mayor de edad que solicita reasignación de sexo. Esto es así toda vez que para ambos casos no existe una solución normativa²⁴⁸.

Por otro lado la legislación argentina en sus arts. 15 y 16 del CC no solo establece la obligación de los jueces de resolver los casos llevados a los estrados judiciales, sino de resolverlos conforme a derecho²⁴⁹.

Partiendo de la base de que identificaremos normas jurídicas con los significados que los jueces atribuyen a las expresiones lingüísticas²⁵⁰, parece importante señalar, que pese a existir la laguna normativa, los jueces argentinos en los casos que estamos investigando, por distintas razones han entendido que deben intervenir en supuestos de **intersexualidad**.

247. La expresión heteronormatividad aquí es utilizada como una regla social en función de la cual los seres humanos nacieron para ser varones o mujeres en correspondencia con sus cariotipos XY o XX, con una orientación sexual heterosexual. Desde esta perspectiva esta es la única manera de concretar un proyecto de vida. Cualquier modificación a esta regla social implica desviación perversa.

248. Cfr.: Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Eugenio. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Astrea. Bs. As. 1971, p. 169 y ss.

249. Cfr. Nino, Carlos Santiago "Introducción al análisis del Derecho" Ed. Astrea Buenos Aires 2005 p. 285 y ss

250. Cfr. Alchourrón Carlos. E., Bulygin Eugenio. Norma Jurídica p. 133 y ss. En "El derecho y la Justicia". Edición de Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta. Consejo Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Consejo Superior de Investigaciones Científicas 1996. Boletín Oficial del Estado 1996. Editorial Trotta S.A. 1996 Madrid.

Desde esta perspectiva le atribuyeron a las normas que citaron en sus decisiones, la capacidad de afirmar cual es el sexo de una persona, ordenar cirugías, rectificaciones de documentos, etc.

Veremos como operó esto en la práctica en el tema que analizamos: de qué manera y en base a que normas los jueces resolvieron en la jurisprudencia argentina, intervenciones en un cuerpo **intersex** de un menor o mayor de edad.

Relevaremos los casos disponibles en los buscadores on line de uso común en argentina desde el año 1994 fecha de la reforma constitucional hasta 2008. En ellos observaremos los casos y las normas más frecuentemente utilizadas por los jueces en el marco de:

- a. La Constitución nacional, fundamento y vértice de nuestro sistema jurídico.
- b. Las normas con alcance nacional -esto es aplicable a todas las provincias argentinas y territorio nacional.
- c. Otras normas que parecen relevantes en su uso, vgr. de alcance nacional, pero no provincial
- d. Jurisprudencia nacional y extranjera citada por los jueces.

2.- LOS CASOS

Los casos de intersexualidad llevados a los estrados judiciales y ocurridos entre los años 1994 y 2019 en Argentina fueron resueltos por los Tribunales de San Nicolás -L., J. C.²⁵¹-, Mar del Plata -M., M. A.²⁵²-, San Isidro -M., J. C.²⁵³- La Rioja -A. D. M. S.²⁵⁴-, Rosario -NN²⁵⁵- y O. M. L. Corrientes²⁵⁶.

251: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L., J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

252. *Juzg. Crim. Mar del Plata*, n. 3, “M., M. A. *slamparo*”, 06/11/1997, JA 1998-III-339. *Lexis* N° 983266.

253. Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 9 de San Isidro, “M., J. C.”, 12/11/1998, LLBA 1999, 1106. Cita Online: AR/JUR/2549/1998

254. Cámara 2a en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja, 16/06/1999, “A. D. M. S”. Publicado en: LLGran Cuyo 1999, 695, con nota de Santos Cifuentes; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil. Parte General Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY. Cita Online: AR/JUR/3309/1999

255. Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4ª Nominación de Rosario. “NN”. 21/05/1999, LA LEY 2000-D, 854 – LLLitoral 2000, 300. Cita Online: AR/JUR/472/1999

256. Juzgado Civil y Comercial Nro. 12 de Corrientes .04/04/2008 en autos “O. M. L.” Publicado en: DJ 13/08/2008, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; DJ 2008-II, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; Cita Online: AR/JUR/1835/2008

Cada una de estas resoluciones judiciales planteó distintas problemáticas en torno a la **intersexualidad**. Vamos a reseñar a continuación, cada uno de estos casos jurisprudenciales argentinos, observando la plataforma fáctica y lo resuelto por los jueces.

En el análisis, apuntamos con la voz “el caso” la plataforma fáctica, y con las voces “la resolución” a la decisión a que arriba el juez o tribunal.

2.1. “L. J. C.” INTERSEXUALIDAD. PSEUDO HERMAFRODITISMO. DISMORFISMO GENITAL CONGÉNITO. SAN NICOLÁS. AÑO 1994

2.1.1 EL CASO.- Se trata de una persona de 47 años²⁵⁷, soltera, sin familiares salvo la mención aislada de un hermano con el que aparentemente no se trata, que vive sola y accede al proceso civil por “una disfunción tajante entre el rol sentido y aparente y el legalmente adjudicado”²⁵⁸.

La acción la intenta una persona anotada como de sexo masculino y con nombre de ese género, solicitando se anule la partida de nacimiento, se proceda a una nueva inscripción y se autorice la intervención quirúrgica, para adecuar las anotaciones registrales y los genitales al sexo femenino.

La causa llega en alzada a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás toda vez que en la primera instancia el resultado fue adverso, fundado en un razonamiento según el cual “aun cuando se admita que el sexo involucre una noción compleja, no es posible cambiarlo en bloque, más todavía cuando existe un elemento inalterable, que es el sexo genético. Y en el caso, aun cuando el actor presenta una morfología genital anómala, que corresponde más al sexo femenino que al masculino, e incluso que psicológicamente se identifica con el sexo femenino y socialmente se comporta como tal, su sexo jurídico sigue siendo masculino, y el mismo no puede ser alterado por una decisión unilateral, por estar involucrado el orden público y la moral social”²⁵⁹.

2.1.2. LA RESOLUCIÓN.- La alzada resuelve invalidar la resolución de la primera instancia y acoger la petición de revocatoria, disponiéndose se proceda a las rectificaciones documentales que sean menester para establecer que el sexo de la peticio-

257. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L. J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

258. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L. J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

259. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L. J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

nante es femenino y su nombre J., como también la autorización de la intervención quirúrgica para corregir el dismorfismo genital congénito²⁶⁰.

Los votos pertenecen a los Dres. Juan C. Maggi y Carlos A. Vallilengua.

2.2. “M. M. A” INTERSEXUALIDAD. HERMAFRODITISMO. “SÍNDROME DE REIFENSTEIN”. MAR DEL PLATA. 1993

2.2.1. EL CASO.- Se trata de una persona ²⁶¹ cuya edad no se explicita – pero podemos afirmar por nuestra parte que es mayor de edad –que mediante un recurso de amparo solicita “remediar las severas limitaciones que padece para gozar de los derechos constitucionales, asegurados por nuestra Carta Magna a todos los habitantes de la Nación; todo a raíz de la falta de concordancia entre su identidad sexual y la que surge de la partida de nacimiento, y por ende del documento de identidad”.

Fundamenta su petición en la circunstancia de haber nacido con genitales ambiguos por los que debió optarse imprescindiblemente entre uno de los dos géneros, oportunidad en que fue elegido el masculino a los fines de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Se puntualiza luego que un estudio genético efectuado al amparista indicó la existencia del denominado “Síndrome de Reifenstein”, debido a lo cual si bien el cariotipo cromosómico es de 46 XY y el sexo gonadal masculino, este último no pudo trasladarse al sexo fenotípico, debido a una falla genética en los receptores celulares especializados en recibir las hormonas masculinas que resultan parcialmente resistentes a las mismas.

Se hace mención también de la morfología básicamente femenina que presenta la persona peticionaria, que incluye la voz, generándose serios padecimientos y conflictos emocionales, en contradicción con la inscripción en el Registro Civil como de sexo masculino y con nombre de varón (M. M.).

Informa que ha sido sometido a un experimento endocrinológico en el cual, sin su conocimiento, se le aplicaron bombas de testosterona con resultados realmente negativos, hasta tal punto que le originó el desarrollo de un hirsutismo del que carecía, al tiempo de acentuar trastornos hormonales.

260. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L., J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

261. *Juzg. Crim. Mar del Plata*, n. 3, “M., M. A. s/amparo”, 06/11/1997, JA 1998-III-339. *Lexis* N° 983266

Solicita se otorgue la autorización para la práctica de las intervenciones quirúrgicas necesarias tendientes a compatibilizar en la medida de lo posible, sus ambiguos órganos genitales, con los del sexo femenino, y la consecuente rectificación de los datos consignados en su partida de nacimiento, y documento de identidad, declarándose su pertenencia al sexo femenino, y sustituyéndose el nombre de pila M.M. – en la sentencia se inserta inexplicablemente el prenombre y nombre completo – M. C. Idéntica rectificación solicita se haga en los títulos de estudios universitarios, y secundario.

Se solicita la intervención de un Comité de Bioética y el Tribunal evalúa que hay suficiente consentimiento informado del accionante para la práctica que se solicita.

2.2.2. LA RESOLUCIÓN.- El Tribunal resuelve: a) ordenar la anulación parcial y absoluta de la partida correspondiente al nacimiento de M. M. A., ocurrido en la ciudad de Mar del Plata el 24 de febrero de 1974 (ver certificado de nacimiento autenticado), por contener la misma un error esencial respecto de la identidad de la persona (en el caso, su identidad sexual que en realidad corresponde al género femenino, y no al masculino asentado en el acta), siendo por consiguiente también erróneo el nombre asignado en dicha circunstancia, por corresponder a una persona de sexo masculino (arts. 979 inc. 2, 986, 1046 y concs. CC., 14 y concs. DL 8204/63); b) Ordenar la nueva inscripción del nacimiento de la misma persona pero con el nombre de M. C. A., como de sexo femenino y con todas las demás circunstancias consignadas en la partida originaria; c) Decretar en vista de ello las rectificaciones documentales peticionadas con relación al título universitario de la amparada, actualmente el trámite ante la Universidad Nacional de Mar del Plata, y a su título secundario; d) Disponer la emisión de un nuevo Documento Nacional de Identidad a nombre de M. C. A., como de sexo femenino, y con las demás circunstancias personales que obran actualmente en el DNI expedido a nombre de M. M. A.; e) Autorizar la intervención quirúrgica y/o todas las demás intervenciones médicas que resultaren convenientes conforme a las reglas del arte de curar a los efectos de lograr corregir el disformismo genital congénito y compatibilizar en la medida de lo posible sus ambiguos órganos genitales con los del sexo femenino. Sin costas, atento la complejidad de la cuestión traída a decisión.

Juez: Pedro F. Hooft; Sec. Marcos R. Pagella.

2.3. “M.J.C.” INTERSEXUALIDAD. SÍNDROME DE KLINEFELTER REIFENSTEIN Y ALBRIGHT. SAN ISIDRO. 1999

2.3.1. EL CASO.- Una persona solicita²⁶² se adecue la inscripción registral de nacimiento, a la que considera su verdadera identidad sexual y se la rectifique en consecuencia con la modificación del nombre de pila y el sexo, así como que se autorice la intervención quirúrgica acorde a la adecuación pedida.

De las pruebas producidas surge un diagnóstico de síndrome de Klinefelter por mosaicismo” y describe las características que presentan estas personas: talla alta, hipogonadismo, ginecomastia, esterilidad y desarrollo incompleto de caracteres secundarios y de la interconsulta por riesgo de transformación neoplásica del tejido testicular que incluye el estudio cromosómico, surge existencia de un cromosoma “X” extra. La persona actúa, vive y luce como socialmente del sexo femenino.

La historia clínica remitida por el Hospital Ramos Mejía da cuenta de la atención del causante por una lesión prepucial; allí se constata pene de escasa longitud y semiculto en estrato.

El Hospital Municipal de Vicente López remite estudios hormonales practicados al causante y que arrojaron resultados anormales para un hombre: v.g. “estradiol: 320 pg /ml (V.N. hasta 50)”.

En el estudio ordenado por el Hospital Durand (tomografía computada de abdomen y pelvis) se informa sobre formaciones redondeadas a nivel de la pared abdominal que podrían corresponder a testículos no descendidos. Próstata, vesículas seminales y pene pequeño, lo cual configura un cuadro de hipogonadismo.

La Asesoría Pericial Departamental, luego de distinguir tres aspectos del sexo (biológico, psicológico y social), llega a la conclusión de que en el aspecto biológico el sexo del actor es preponderantemente masculino y psicológicamente y socialmente femenino. Estima el experto que por el porcentaje de cromosomas alterados que presenta., debe encuadrárselo bajo el patrón genético denominado “mosaico” en función de que no todas sus células reconocen el mismo número de cromosomas. Lo define como “síndrome de Klinefelter, Reifenstein y Albright”.

2.3.2. LA RESOLUCIÓN.- Por todo lo expuesto y llamada a sentenciar, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda y en consecuencia, ordenar la rectificación del acta N°.... de fecha 30 de octubre de...., folio.... del libro respectivo de la

262. Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 9 de San Isidro, “M., J. C.”, 12/11/1998, LLBA 1999, 1106. Cita Online: AR/JUR/2549/1998.

Sección... del Registro del Estado Civil de la Ciudad de Buenos Aires correspondiente al nacimiento de J. C. M., en lo atinente al nombre y sexo del nacido, que pasará a quedar asentado como B. M., de sexo femenino. En sentido coincidente se modificarán todos los documentos de identidad y asientos registrales referidos a la peticionante. II. Autorizar la intervención quirúrgica necesaria para corregir el dismorfismo genital denunciado, para adecuarlo en cuanto sea posible, al sexo femenino que se atribuye a la causante. III. Instar a la peticionante a requerir apoyo psicológico profesional para acompañar las medidas ordenadas. Imponer las costas a la peticionante.

Suscribe la decisión: Jueza Dra. Delma B. Cabrera.

2.4. “A.D.M.S.” INTERSEXUALIDAD. DISFORIA DE GÉNERO TRANSEXUAL, TRANSGENÉRICA. LA RIOJA. 1999

2.4.1. EL CASO.- Una persona nacida ²⁶³ en la Ciudad de Córdoba en el año 1956 –registrada como de sexo masculino nació con los genitales masculinos semiatrofiados. (“no útiles”).

En fecha no precisada pero antes de recurrir a la justicia es sometido a un tratamiento endocrinológico con hormonas sin resultado positivo. Así mismo, se somete a una operación voluntaria en la República de Chile de reasignación de sexo consistente en una transformación sustancial de sus órganos genitales, a fin de dejar dicha zona corporal con apariencia femenina.

Con un diagnóstico de “Disforia de Género, Transexual-Transgénica” (sic) se sostiene que en los transexuales (sic)²⁶⁴ suele existir una alteración genético-hormonal, que determina su sentimiento de enajenación sexual. Señala que lo que vive no es una patología psiquiátrica, y su único tratamiento es hormonal y quirúrgico. Solicita la rectificación de la partida de nacimiento modificando su nombre masculino, por uno femenino.

2.4.2. LA RESOLUCIÓN.- El tribunal resuelve: I) Hacer lugar a la pretensión interpuesta por A. D. M. S., y en su consecuencia, ordenar la rectificación del acta, debiéndose cambiar el nombre actual, A. D. M. S. por el de D. N. M. S., y el sexo de la peticionante, anotándola de masculino a femenino, de conformidad

263. Cámara 2a en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja, 16/06/1999, “A. D. M. S”. Publicado en: LLGran Cuyo 1999, 695, con nota de Santos Cifuentes; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil. Parte General Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY. Cita Online: AR/JUR/3309/1999.

264. La expresión Disforia de Género es una expresión psiquiátrica contemplada en el DSM-IV, el individuo se identifica, de un modo intenso y persistente, con el otro sexo, lo cual constituye el deseo de ser, o la insistencia en que uno es, del otro sexo.

a lo expresado en el considerando pertinente. II) Ordenar la emisión de un nuevo Documento Nacional de Identidad a nombre de D. N. M. S., de sexo femenino. III) Oficiar al Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas y al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Córdoba, a los efectos pertinentes.

Suscriben la decisión: Carlos Alberto Nieto Ortiz, Carlos Maria Quiroga y Guillermo Luis Barone.

2.5. “NN” PESE A LOS SÍNTOMAS DE INTERSEXUALIDAD SE LO DIAGNOSTICA COMO TRANSEXUAL. ROSARIO. 200

2.5.1. EL CASO.- Un adulto ²⁶⁵ que desde muy niño manifiesta tendencias femeninas en juegos y actitudes, a quien se le detecta a los 14 años que presentaba una ginecomastia bilateral (desarrollo bilateral de mamas), genitales no desarrollados, ausencia de los caracteres sexuales secundarios masculinos, ausencia de secreción mínima de testosterona plasmática²⁶⁶, solicita ser sometido a un tratamiento médico y psiquiátrico masculinizante desde su adolescencia, solicita la modificación registral de sexo y la rectificación de su partida de nacimiento.

2.5.2. LA RESOLUCIÓN.- El Tribunal resuelve: 1. Disponer la rectificación del sexo que figura en la partida de nacimiento de M. M. 2. Ordenar se oficie al Registro Civil y Capacidad de las Personas para que por nota de referencia rectifique dicha partida en el sentido de que el sexo del mismo es femenino y no masculino como figura en la misma. 3. Oportunamente se otorgue un nuevo documento nacional de identidad al peticionante donde conste su nueva identidad sexual, librándose los despachos que fuere menester para hacer efectivo lo aquí dispuesto. Juez Eduardo J. A. Pagnacco.

265. Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4ª Nominación de Rosario. “ NN”. 21/05/1999, LA LEY 2000-D, 854 – LLLitoral 2000, 300. Cita Online: AR/JUR/472/1999

266. Diagnóstico equivoco. En este caso y con los elementos que describen lo encuadramos dentro del grupo de Intersexo XY o pseudohermafroditismo masculino. Es muy importante para ayudar al diagnóstico clínico tener el estudio cromosómico es XY, es XXY. Podría tratarse de un Síndrome de Klinefelter o un Síndrome de Reifenstein, aunque los valores de testosterona mencionados son bajos en este paciente. No sabemos si tiene un testículo feminizante, en cuyo caso estaríamos ante una disgenesia gonadal mixta. De nuestro archivo personal de las clases de genética que hemos tomado especialmente para esta investigación con la Especialista en Genética Médica Claudia Bogado.

2.6. “O. M. L”. INTERSEXUALIDAD MENOR DE EDAD. CORRIENTES. 2008.

HIPERPLASIA SUPRARRENAL CONGÉNITA, POR DEFICIENCIA DE LA ENZIMA 21 HIDROXILASA

2.6.1. EL CASO.- La Sra. M. L. O²⁶⁷, por su propio derecho, con patrocinio letrado del Sr. Defensor Oficial promueve juicio sumarísimo tendiente a la reasignación de sexo y cambio de nombre en la partida de nacimiento de su hija, quien fuera inscripta con el nombre de M. M. O., DNI ..., nacida el día 8 de enero de 2004.

Expresa que la menor nació con ambigüedad sexual congénita, habiendo sido erróneamente inscripta como varón, debiendo llamarse M. I. O. Que la niña padece de hiperplasia suprarrenal congénita, por deficiencia de la enzima 21 hidroxilasa, confirmada por estudio molecular, lo que trae como consecuencia una virilización de los genitales externos en el feto femenino, con genitales internos correspondiente a su sexo real (útero y ovarios), lo que derivó en la errónea asignación del sexo al nacer.

Expresa asimismo que, la niña necesita con urgencia una cirugía correctiva de su deformación patológica, debiendo obtenerse, como condición sine qua non, la reasignación judicial de cambio de sexo y nombre.

Que la patología de la niña acarrea consecuencias como la indefinición sexual, la disociación de su identidad, lo cual puede traducirse en discriminaciones sociales.

2.6.2. LA RESOLUCIÓN.- El Tribunal resuelve: 1) Hacer lugar a la acción sumarísima interpuesta, ordenando la anulación parcial y absoluta de la partida correspondiente al nacimiento de M. M. O., ocurrido en..., localidad de..., Provincia de Corrientes, el día... de...de 2004, acta N°..., Tomo... Folio..., año 2004, por contener la misma un error esencial respecto a la identidad de la persona, siendo por consiguiente, erróneo el nombre asignado, por corresponder al de una persona del sexo masculino. 2) Ordenar la nueva inscripción del nacimiento de la misma persona, pero con el nombre M. I. O., como de sexo femenino y con todas las demás circunstancias consignadas a la partida originaria. 3) Disponer la emisión de un nuevo documento nacional de identidad a nombre de M. I. O., como de sexo femenino, y con las demás circunstancias personales que obran actualmente en el DNI expedido a nombre de M. M. O. 4) Autorizar la intervención quirúrgica y/o todas las demás intervenciones médicas que resultaren convenientes conforme a las reglas del arte de curar, a los efectos de lograr corregir el disformismo genital congé-

267. Juzgado Civil y Comercial Nro. 12 de Corrientes .04/04/2008 en autos “O. M. L.” Publicado en: DJ 13/08/2008, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; DJ 2008-II, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; Cita Online: AR/JUR/1835/2008

nito y compatibilizar, en la medida de lo posible, sus ambiguos órganos genitales con los del sexo femenino. 5) Líbrese oficio al Registro Provincial del Estado Civil y Capacidad de las personas, con transcripción de la parte dispositiva. 6) Insértese, regístrese y notifíquese.

Suscribe la resolución: Mercedes Scaramellini Guerrero de Branca.

3.- ESTUDIO DE CASOS- INTERSEXUALIDAD Y ORDEN PÚBLICO

Del estudio de casos surge:

3.1. LA INTERSEXUALIDAD NO ESTÁ REGULADA POR EL SISTEMA NORMATIVO

Esta afirmación implica que hay una laguna legal: ante un caso de **intersexualidad** no hay solución normativa. Sin embargo, en todos los casos analizados que hemos reseñado, los jueces han presumido el deseo y la voluntad heteronormativa de los peticionantes, iure et de iure, aún en el caso de OML menor de edad, en plena etapa de construcción de su identidad sexual.

Puede argumentarse que ese era el deseo de los peticionantes, aunque es contra fáctico saber que querían. La práctica judicial, legal y médica, la sociedad y la cultura solo les ofreció dos opciones: lo femenino y lo masculino en términos heteronormativos habiendo sido desafortunadas las intervenciones médicas en la primera etapa de la vida de los accionantes, sin que ello diera tampoco lugar a cuestionamientos sobre mala praxis de los médicos.

El Poder Judicial -órgano de aplicación- refuerza la noción de monstruosidad respecto las personas **intersex**, enfatizando esta condición con adjetivos tales como “azar natural desdichado”²⁶⁸, “error liminar y médico”²⁶⁹, “incapacidad para procrear”²⁷⁰, genitalidad atrofiada²⁷¹, ambigüedad²⁷² anatómica, “carácter urgente”²⁷³ de la cirugía.

268. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L., J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

269. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L., J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

270. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “L., J. C.”, 11/08/1994, LLBA 1994, 871. Cita Online: AR/JUR/1040/1994

271. Cámara 2a en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja, 16/06/1999, “A. D. M. S”. Publicado en: LLGran Cuyo 1999, 695, con nota de Santos Cifuentes; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil. Parte General Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY. Cita Online: AR/JUR/3309/1999

272. Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, “M., M. A. s/amparo”, 06/11/1997, JA 1998-III-339. Lexis N° 983266.

273. Juzgado Civil y Comercial Nro. 12 de Corrientes .04/04/2008 en autos “O. M. L.” Publicado en: DJ 13/08/2008, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; DJ 2008-II, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; Cita Online: AR/JUR/1835/2008

La creación jurisprudencial de una identidad heteronormativa conlleva a una interpretación que no incluye una persona **intersex** como posibilidad identitaria: o se es mujer o se es varón - en el marco heteronormativo -, aunque sea por aproximación. No es posible ser una persona **intersex**.

3.2. LA PARTICIPACIÓN COMPULSIVA DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS CUERPOS INTERSEX

La praxis judicial de los casos analizados, evidencia que los jueces asumen la obligación de intervenir jurisdiccionalmente ante casos de **intersexualidad**, sin debate sobre su no intervención, ni sobre la posibilidad de que la intervención quirúrgica pueda evitarse.

Tanto la intervención quirúrgica como la decisión judicial se configuran como una necesidad²⁷⁴, porque para el órgano de aplicación de la ley argentina, los **intersex** son sujetos anormales.

Esto difiere notablemente del tratamiento que le dan los tribunales colombianos, por ejemplo, a cuerpos similares²⁷⁵.

274. Obra en nuestro archivo personal obtenida del Archivo de Tribunales de Córdoba en copia simple, la sentencia no publicada – por eso no se ha consignado en nuestros casos jurisprudenciales la decisión del juez de primera instancia en lo civil y Comercial, de 12ª. Nominación, de la ciudad de Córdoba, Dr. Abraham Ricardo Griffi, del 29/09/82. El juez Griffi interpretó en la causa que denominaremos “L.F.A solicita autorización para realizar cirugía” en un caso de **intersexualidad** de un niño de dos años que el consentimiento de tal decisión le corresponde con exclusividad al menor que posea conciencia y voluntad, ya que depende de la persona el derecho a la integridad física, no de sus padres. La Cámara Octava Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial revoca la sentencia de primera instancia con fecha 31/3/1986

275. Estése a los casos: Corte Constitucional de la República de Colombia, en autos “...NN c/ Estado Colombiano...”, Sentencia T 447/95 de fecha 23/10/1995, en referencia al Expediente T-65087. Procedencia: Sala Civil del Tribunal de Antioquia Colombia. <http://www.isna.org/node/110>.

Corte Constitucional de la República de Colombia, en autos “...NN c/ Estado Colombiano...”, Sentencia SU-337/99 de fecha 12/05/1999, en referencia al Expediente T-131547 del tribunal de Origen: Juez de tutela XX Santa Fe de Bogotá Colombia. Consultado: www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ccst_nf/2008/t-912_2008.html

Corte Constitucional de la República de Colombia en autos “...N.N. c/ Instituto de Seguros Sociales...”, Sent. T-551/99 de fecha 2/08/1999. En referencia al Expte. N° 194963, 2/08/1999 del tribunal de origen: Juez de tutela X. Santa fe de Bogotá, Colombia.

Consultado en: <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-551-99.HTM>, y en <http://www.isna.org/node/126>

Corte Constitucional de la República de Colombia en autos “... NN c / Instituto de Seguros Sociales del departamento XX ...”. Sentencia T-692/1999 de fecha 16/09/1999. En referencia al expediente T-223054, del tribunal de Origen XX. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Consultado en www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-692-99.HTM

Corte Constitucional de la República de Colombia, en autos “...PEDRO c/ Instituto de Seguros Sociales, la Clínica General del Norte de BB y MELCO’S IPS...”, Sentencia T-912/08, de fecha 18/09/2008. En referencia al expediente T-1.918.176 del tribunal de origen: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de BB y de la Sala Tercera Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de BB Bogotá, DC., Colombia.

Consultado en www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ccst_nf/2008/t-912_2008.html.

La participación compulsiva del Poder Judicial-la intervención de los jueces-se ha visto en algunos casos justificada por el CC que en su art. 15 prevé que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Y a mayor abundamiento, el art.16 del mismo cuerpo legal estipula por su parte: “Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Prima facie el juez está ante la obligación de decidir si autoriza o no la intervención quirúrgica de la persona **intersex**.

No obstante lo señalado precedentemente, destacada doctrina ha admitido plenamente que no se registra ilicitud alguna en la intervención quirúrgica a un niño **intersex**, toda vez que no existe tratamiento alternativo para paliar su condición de **intersexual**.

Desde esta perspectiva se descarta por los jueces la posibilidad de la **intersexualidad** como una elección sexual, y no se discute el consentimiento informado del menor de edad en lo que denominan supuestos de hermafroditismo.

Esto se refuerza desde la doctrina con cita de autores como Fernández Sessarego²⁷⁶, Santos Cifuentes²⁷⁷, Arias de Ronchietto²⁷⁸, Julio Cesar Rivera²⁷⁹ —entre otros—, señalan la “pseudo ilicitud de este tipo de intervenciones”.

Para ellos la intervención quirúrgica es la única vía posible de “normalización” y no existe contraindicación alguna a las mismas en ningún caso.

Esta postura vuelve a ser cuestionada por otros sectores del pensamiento²⁸⁰, en especial los propios **intersex**, que consideran que las intervenciones quirúrgicas solo pueden autorizarse cuando la salud de un menor corre serio riesgo, y no justifican siquiera las cirugías estéticas que puedan hacerse a los menores **intersex**²⁸¹.

276. Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la Identidad personal. Ed. Astrea. Buenos Aires 1992 p. 287 y ss.

277. Cifuentes, Santos: Derechos personalísimos. 2ª edición actualizada. Ed. Astrea. Buenos Aires.1995 p.293 y ss.

278. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, “Pseudoilicitud de las intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo”, ED 104-927.

279. Rivera, Julio César. Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo. Comentario fallo de la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, L., J. C., 11/08/1994, LLBA 1994, 871.

280. Cfr. Anne Fausto-Sterling “Sexing the body” Ed. Basic Book New York 2000, p. 30 y ss.; Dreger Alice “Intersex in the Age of Ethics”. Ed. University Publishing Group Maryland USA 1999 p.5 y ss.

281. En los autos que denominaremos “L.F.A solicita autorización para realizar cirugía” ya citados, los padres de M.S comparecen en el año 1982, ante el Juzgado Civil y Comercial de 12º Nominación de la Ciudad

3.3. EN CUANTO A LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Observamos en los casos las siguientes interpretaciones:

3.3.1. ORDEN PÚBLICO Y SEXO JURÍDICO.- En la primera instancia de “LJC/94”, orden público y moral equivale a impedir una intervención quirúrgica, pese a la “morfología genital anómala”, toda vez que debe predominar el “sexo jurídico”.

3.3.2. ORDEN PÚBLICO Y DECISIÓN INDIVIDUAL.- En la segunda instancia de “LJC/94”, en aras del orden público se privilegia la decisión individual entendiendo que no interfiere en los intereses del común atendible y que importa al orden jurídico la integración del individuo como valor social tutelable.

3.3.3. NO MERITUACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.- En los casos “MMA/97”, “MJC/99” y en “OML/08”, no hay referencia al orden público.

3.3.4. NO SE PUEDE INVOCAR EL ORDEN PÚBLICO.- En el caso “ADMS/99” el juez entiende que no puede invocar el orden público en asuntos tan íntimos de la vida personal.

3.4. SE UTILIZA LA EXPRESIÓN INTERÉS PÚBLICO VINCULADA AL CASAMIENTO, QUE ES UNA CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO:

En el caso “NN/00” no se utiliza la expresión orden público pero se hace referencia a que el cambio de sexo no debe afectar derechos de terceros al momento del matrimonio, lo que puede entenderse como una cuestión de orden público.

de Córdoba, solicitando autorización judicial para realizar intervención quirúrgica a su hija menor de edad que nació el 2 de mayo de 1980 con las siguientes características: a) A nivel digestivo presenta artrosis de esófago sin fistula traqueo esofágica; b) A nivel urogenital presenta genitales ambiguos con presencia de gónadas en bolsas, pero sin pene (agenesia o aplasia peneana). En Primera Instancia el Juez Abraham Ricardo Griffi resuelve rechazar la autorización solicitada por los progenitores para intervenir quirúrgicamente a la menor ya que considera que el derecho a la integridad física y la decisión de cambiar el sexo son derechos personalísimos entendiendo por tales los derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones internas de la persona y que, por ser inherentes, extra-patrimoniales y necesarios, no pueden disponerse en forma absoluta. El consentimiento, por lo tanto corresponde con exclusividad al menor que posea conciencia y voluntad, ya que depende de la persona el derecho a la integridad física. La Cámara Octava Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial revoca la sentencia de primera instancia con fecha 31/3/1986. De nuestro archivo personal

3.5. UNA INTERPRETACIÓN INCLUYENTE DEL CUERPO INTERSEX: NUESTRA MIRADA

Nuestra legislación permite diferentes miradas del cuerpo **intersex**. Es posible interpretar que el principio del “interés superior del niño”²⁸² no implica necesariamente la obligación de intervención quirúrgica en el caso de un niño **intersex**, cuando no está en peligro su salud ó vida.

Esta perspectiva permitiría un debate sobre el consentimiento informado del menor o de sus padres – o representantes - y la posibilidad de aceptar la **intersexualidad** como una forma identitaria.

Existen razonamientos de este tenor en la justicia colombiana²⁸³ y más recientemente en la alemana²⁸⁴. Entre los años 1995 a 2008 la Corte Constitucional de Colombia resolvió al menos, cinco causas atinentes al “consentimiento informado” de niños y la posibilidad de disponer de su cuerpo y su genitalidad en materia de intervenciones médicas. De estas cinco resoluciones cuatro se refirieron a niños *intersex*. En cuanto al Tribunal alemán marca un precedente de suma importancia

282. Convención sobre los derechos del Niño. Art. 3. 1) En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño. 2) Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3) Los Estados Partes se asegurarán que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.

283. Corte Constitucional de la República de Colombia, en autos “...NN c/ Estado Colombiano...”, Sentencia T 447/95 de fecha 23/10/1995, en referencia al Expediente T-65087. Procedencia: Sala Civil del Tribunal de Antioquia Colombia. <http://www.isna.org/node/110>.

Corte Constitucional de la República de Colombia, en autos “...NN c/ Estado Colombiano...”, Sentencia SU-337/99 de fecha 12/05/1999, en referencia al Expediente T-131547 del tribunal de Origen: Juez de tutela XX Santa Fe de Bogotá Colombia. Consultado: www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ccst_nf/2008/t-912_2008.html

Corte Constitucional de la República de Colombia en autos “...N.N. c/ Instituto de Seguros Sociales...”, Sent. T-551/99 de fecha 2/08/1999. En referencia al Expte. N° 194963, 2/08/1999 del tribunal de origen: Juez de tutela X. Santa fe de Bogotá, Colombia.

Consultado en: <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-551-99.HTM>, y en <http://www.isna.org/node/126>

Corte Constitucional de la República de Colombia en autos “... NN c / Instituto de Seguros Sociales del departamento XX ...”. Sentencia T-692/1999 de fecha 16/09/1999. En referencia al expediente T-223054, del tribunal de Origen XX. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Consultado en www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-692-99.HTM

Corte Constitucional de la República de Colombia, en autos “...PEDRO c/ Instituto de Seguros Sociales, la Clínica General del Norte de BB y MELCO’S IPS...”, Sentencia T-912/08, de fecha 18/09/2008. En referencia al expediente T-1.918.176 del tribunal de origen: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de BB y de la Sala Tercera Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de BB Bogotá, DC., Colombia.

Consultado en www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ccst_nf/2008/t-912_2008.html

284. Jura Forum de fallos. Audiencia Regional Superior de COLONIA – Resolución del 03.09.2008, número de referencia: 5 U 51/08. Traducido por Christina Ruf - traductora licenciada (Universidad de Leipzig)

en relación a las intervenciones médicas en los cuerpos **intersex** sin consentimiento informado toda vez que el cirujano interviniente es acusado de mala praxis.

3.6. EL “INTERÉS SUPERIOR” DEL NIÑO, PLASMADO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN)

Debemos señalar varias cuestiones que atañen a las distintas interpretaciones y aplicaciones del interés superior del niño, niña o adolescente en relación a los cuerpos **intersex**.

3.6.1. En la jurisprudencia y doctrina nacional obtenida no existen tensiones entre el interés superior del niño **intersex** y la necesidad de intervención médica, presumiéndose que tal intervención quirúrgica o médica es el único paliativo a la situación planteada.

3.6.2. Esta ausencia de cuestionamiento sobre la necesidad de evaluar el “interés superior del niño” y la intervención quirúrgica de un **intersex**, no da cuenta de las demandas de algunos sectores del colectivo **intersex** en nuestro país y de discusiones teóricas y jurisprudenciales que vienen desarrollándose en otros países.

3.6.3. La doctrina de la pseudo ilicitud de las intervenciones quirúrgicas a **intersex**, fijada por Carlos Fernández Sessarego²⁸⁵, Santos Cifuentes²⁸⁶, Catalina Arias de Ronchietto²⁸⁷, Julio César Rivera²⁸⁸, entre otros, podrían explicar la escasa producción jurisprudencial nacional disponible en los buscadores usuales, que existe sobre las autorizaciones de intervenciones quirúrgicas en caso de niños **intersex**.

Sostenemos en este sentido que se constata un desconocimiento sobre la temática y las demandas de las personas **intersexuales** en el país y en el extranjero – más allá de las organizaciones de **intersexuales** –, así como profundos prejuicios respecto a la necesidad de realizar estas intervenciones médicas.

No se conoce mínimamente y a ciencia cierta, cual es el número de personas que nacen en esta condición en la Argentina, porque no hay estadísticas disponibles al respecto, en el país. Si bien hemos obtenido algunas estadísticas, estas son extranjeras, y de acceso complicado. En la Argentina, no hemos podido obtenerlas, a pesar de nuestra intensa búsqueda, incluidas las organizaciones como la C.H.A

285. Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea, Bs. As, 1992, p. 287 y ss.

286. Cifuentes, Santos. Derechos personalísimos. 2da.edición actualizada y ampliada. 2ª. Edición 1995,p. 293 y ss.

287. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa. “Pseudo ilicitud de las intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo”. E.D 104- 927 y ss.

288. Rivera, Julio C. “Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo” JA 1995-II-390.

que visiblemente plantea fuertes demandas sociales en el tratamiento de los **intersexuales**.

Sin embargo tanto los reclamos mundiales de los activistas **intersex** cuanto las estadísticas obtenidas en el ISNA²⁸⁹ y en la Oficina de Estadísticas de Australia²⁹⁰, dan cuenta que la frecuencia de nacimientos de niños **intersex** es importante.

No obstante tales datos estadísticos y aunque la frecuencia de nacimientos **intersex** fuera mínima, la persona **intersex** es un sujeto de derecho en idénticas condiciones que los individuos con una “genética apropiada” mirado desde el modelo heterosexual, esto es: XX o XY.

3.7. LA INTERSEXUALIDAD COMO UN “NO SER” EN EL MUNDO: NUESTRA MIRADA

En consonancia con la doctrina de que la **intersexualidad** no es una posibilidad de “ser en el mundo” observamos que, de los seis casos jurisprudenciales analizados cinco pertenecen a personas mayores de edad que ya habían protagonizado alguna elección sobre su sexualidad, y una a un menor de edad.

Ninguno de los accionantes o sus representantes legales de los casos traídos a estudio solicitan a la justicia ser o mantener su condición de persona **intersex**.

No obstante vale la pena señalar que en todos los casos analizados de mayores de edad **intersex** las asignaciones de sexo de la primera infancia y/o los tratamientos endocrinológicos, fueron erradas o dolorosas física y psíquicamente – como detallan las propias sentencias.

Esta es la razón por la que se solicitan las intervenciones o el cambio registral. Por otra parte, es observable un discurso social en donde la **intersexualidad** es vista como una anomalía, tal como funcionaba en el S XIX²⁹¹.

Focault²⁹² señala, que en esa época se incorpora la noción de “monstruo” explicando que esta expresión “... es esencialmente una noción jurídica. Jurídica en

289. El ISNA es la sigla de la Intersex Society of North America. La Sociedad de Intersexuales de Norteamérica (ISNA) fue una organización sin fines de lucro que se fundó en 1993, por Cheryl Chase. Abordó la situación de las personas intersex, y defendió la posibilidad de cirugías no deseadas. La organización dejó de funcionar en junio de 2008.

Consultado en:

<http://www.youthnetsouthampton.org.uk/breakout/page.php?key=beingintersex>, el 28/07/10 a las 17,30 hs. Fuente original: www.isna.org

290. Fuente original: www.isna.org, consultado el 28/07/10.

291. Fausto-Sterling, Anne “Cuerpos sexuados” Ed. Melusina Barcelona 2006 p. 54 y ss.

292. Foucault, Michelle. “Los Anormales”. Fondo de Cultura Económica. Bs. As. Argentina Ed. 2000, p 61 y ss.

el sentido amplio del término, claro está, porque lo que define al monstruo es el hecho de que, en su existencia misma y su forma no solo es violación de las leyes de la sociedad, sino también de las leyes de la naturaleza. Es, en un doble registro, infracción a las leyes en su misma existencia. El campo de aparición del monstruo, por lo tanto, es un dominio al que puede calificarse de jurídico biológico...”.

Cabe preguntarse si como señala Maffía es posible pensar que una persona **intersexual** pueda competir con la autoridad del discurso médico y psiquiátrico para sobreponerse al exilio de lo humano. “...Debió pasar todo un siglo para que la palabra de personas **intersex** diciéndose a sí mismas en sus propios términos, comenzaran a definir su propio territorio y su propia visión del mundo, de sí mismos y de sus cuerpos. Y solo, para a partir de allí, hacer valer políticamente su palabra, exigir cambios que permitan otras formas de habitar con derechos...”²⁹³.

3.8. CUERPO INTERSEX Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CITADA

En materia de las citas de jurisprudencia internacional esgrimida por los magistrados argentinos, se alude siempre a casos de transexualismo. Se citan con frecuencia los fallos del TEDH, que hasta la fecha de entrega de esta investigación no se ha expedido sobre ningún caso de **intersexualidad**²⁹⁴.

De hecho, en los buscadores del TEDH, este Tribunal se remite a los fallos de Colombia, que son los tribunales que han trabajado con bastante profundidad el tema.

3.9. DECLARACIONES Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES QUE SUSCRIBIÓ LA REPÚBLICA ARGENTINA

De los seis fallos argentinos estudiados en esta investigación, la última sentencia argentina examinada - “**OML/08**”²⁹⁵-, pudo haber mencionado los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en forma de soft law cuando suscribe las

293. Maffía, Diana. Filosofía, política, identidad de género. en “Un cuerpo: mil sexos. Intersexualidades”. Jorge Horacio Raices Montero: Compilador. 1a - ed. Buenos Aires. Topia Editorial 2010. p. 51y ss.

294. Caso “Rees”, 17/10/86, y más recientemente y con mayor fuerza en el caso “B. v. France”.

295. Juzgado Civil y Comercial Nro. 12 de Corrientes .04/04/2008 en autos “O. M. L.” Publicado en: DJ 13/08/2008, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; DJ 2008-II, 1004, con nota de Marcelo Sebastián Midón; Cita Online: AR/JUR/1835/2008.

Declaraciones de Nueva Zelanda²⁹⁶, Declaración de Noruega²⁹⁷, los Principios de Yogyakarta²⁹⁸ y Recomendaciones del MERCOSUR en relación de los Principios de Yogyakarta²⁹⁹, principios y recomendaciones que ya estaban suscriptas.

Si bien dichas declaraciones, recomendaciones y principios no son vinculantes *stricto sensu*, hubiera sido interesante observar por que se apartan de ellas.

Desde otro ángulo, en los cinco casos jurisprudenciales restantes, pudo haberse actuado como en Colombia en las resoluciones dictadas entre los años 1995 al 2008 —que analizamos—, que sin, mencionar estos pactos o elementos específicos de la **intersexualidad**, basándose especialmente en el interés superior del niño y su autonomía personal en orden a su derecho a la identidad sexual, tomaron decisiones de otro tenor.

4.- CONCLUSIONES SOBRE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y LA INTERPRETACIÓN EFECTUADA POR LOS JUECES ARGENTINOS

Al inicio de este trabajo nos propusimos poner en evidencia que la noción de orden público es tautológica³⁰⁰ y no permite decir nada acerca de la Identidad de Género de una persona intersex.

296. Declaración de Nueva Zelanda. Presentada el 26 de mayo de 2005, por el embajador de Nueva Zelanda, Tim Caughey ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU Consultada en: . <http://ilga.org/ilga/es/article/533>, consultada el 15/01/2009 a las 17,00 hs. Esta Declaración fue apoyada por Alemania, Andorra, **Argentina**, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela. En esta declaración se expresa que la orientación sexual es un aspecto fundamental de la identidad de cada individuo y una parte inseparable de la misma. Es contrario a la dignidad humana forzar a un individuo a cambiar su orientación sexual, así como la discriminación por ese motivo. Y repugna que un Estado tolere la violencia contra los Individuos. Todos los Estados deben ejercitarse diligentemente para prevenir, investigar, perseguir y castigar a quien cometa violencia contra cualquier individuo por razón de su orientación sexual.

297. Declaración de Noruega, 1 de diciembre de 2006. Esta Declaración expresa la preocupación por la violación a los DDHH de las minorías sexuales e incluye la noción de diversidad sexual <http://www.movilh.cl/documentacion/declaracionnoruega.doc>, consultada el 20 de enero de 2008.

298. Principios de Yogyakarta, cuya presentación tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. Estos principios abordan específicamente el supuesto de las intervenciones quirúrgicas a los menores en orden al consentimiento informado http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf

299. Recomendaciones del MERCOSUR para el cumplimiento de los Principios de Yogyakarta, aprobada en Montevideo el 23/11/2007. Consultado en:

<http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/cedehu/material/TEXTO%20DE%20LA%20DECLARACION%20DEL%20MERCOSUR%20SOBRE%20LOS%20DERECHOS%20DE%20LAS%20MINOR%C3%8DAS%20SEXUALES.pdf>, consultado el 15/11/2010 a las 19,00 hs y en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur/reuniones_ant.html, el 18 de diciembre de 2010 a las 17,00 hs..

300. Alchourrón, Carlos E., Bulgín, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Ed. Astrea. Bs. As. 1974, p.169 y ss.

En el supuesto de menores de edad, no aparece ni se marca tensión alguna entre el interés superior del niño que surge de la Convención de los Derechos del Niño –CDN–, el consentimiento informado del menor, la autonomía personal y la necesidad de la intervención médica cuando no hay riesgo de vida ni de salud para el niño o niña.

Los arts. 15 y 16 del CC dan margen a una amplia discrecionalidad judicial. El principio de igualdad ante la ley es obviado en el sentido de que se desconoce que pueda existir una sexualidad **intersex**.

El principio de no discriminación ante la ley comprendido en el art. 16 de la Constitución Nacional también es soslayado por los jueces.

La ausencia de debate sobre el consentimiento informado del niño **intersex**, genera severos trastornos en la calidad de vida del sujeto **intersex**. Esto se ve plasmado en las resoluciones judiciales de los adultos que solicitan autorización de cirugías por asignaciones incorrectas durante la infancia.

Este esquema teórico, tiene un camino principal, y varios senderos laterales.

El camino principal es que la **intersexualidad** es una posibilidad identitaria en sí misma, lo que no excluye el derecho a la identidad de género de un **intersex**, esto es: sentirse hombre, sentirse mujer, sentirse gay, sentirse lesbiana, etc.

Tanto en la heteronormatividad como en la **intersexualidad**, hay razones precisas para que no se fortalezca la exclusión jurídica y social a la que los **intersex** –como tales– vienen siendo sometidos en la actualidad.

Las personas **intersex** no son objeto de experimentación. Son seres humanos que presentan una variación cromosómica y/o endocrinológica del estándar XX o XY.

Los caminos secundarios de nuestro estudio, parten del supuesto de que la norma jurídica es atribución de significado y que en el caso del cuerpo **intersex**, se han utilizado significados³⁰¹ que presuponen una heteronormativa esencialista que no incluye debates actuales sobre la identidad de género y la orientación sexual, que permitirían una sexualidad humana en los términos en que propone, por ejemplo, Anne Fausto-Sterling³⁰² o Alice Dreger³⁰³.

301. Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Eugenio. Norma Jurídica, p. 133 y ss. En “El derecho y la Justicia”. Edición de Ernesto Garzón Valdez y Francisco J. Laporta.

302. Fausto-Sterling, Anne. “Sexying the Body. Gender Politics and the construction of sexuality” Published by Basic Books, A Member of the Perseus Books Group, Printed in the United States of America, 2000, p.233 y ss.

303. Dreger, Alice Domurat “Intersex in the Age of Ethics” Ed. University Publishing Group Maryland 1998.

En la mayor parte de los casos hemos debido recurrir a la definición de **intersex** que utilizó cada Tribunal para poder comprender la atribución de significado que se hizo de la norma.

Esto derivó en que se observará definiciones médicas en las sentencias analizadas, en las que se contrasta la evolución que tienen las llamadas “patologías”, con las interpretaciones normativas que les dieron los jueces. En otros casos se utilizaron definiciones psiquiátricas, pese a la ausencia de trastornos de este tipo. En otros se utilizaron definiciones genético-clínicas y en algunos casos definiciones, cuyo origen es difícil rastrear, no obstante poder inferirse del cuadro clínico de la resolución alguna forma de **intersexualidad**.

Nos interesa saber si la trama de creencias y presupuestos en los que el órgano de aplicación se basa para interpretar el cuerpo **intersex** sirven para procurar una mejor calidad de vida de los **intersex**; si como dice Butler³⁰⁴ su cuerpo forma parte de lo humano; si está legitimado desde las normas y la interpretación de las normas jurídicas para “ser en el mundo” y en su caso en que deben convertirse los **intersex**; si los significados y límites del sujeto **intersex** y de su cuerpo, están decididos de antemano, tanto por los órganos de aplicación como por la subjetividad judicial, médica y social.

Se admiten expresamente en los casos “LJC/94” y “ADMS/99” la existencia de una laguna normativa –no hay normas que autoricen al órgano de aplicación a decidir-, no obstante se sienten constreñidos a intervenir en virtud de los art. 15 y 16 del CC.

En “NN/00” se hace referencia expresa al fracaso de los intentos de virilización. El causante y su entorno, hicieron todo lo que pudieron para que NN fuera hombre. Surge de la sentencia que no lo logró. Se asume como “mujer”.

En el caso “OML/08” no existe discusión sobre la necesidad del consentimiento informado de la menor ni de la juez, ni del Asesor de menores ni del Fiscal de Instrucción. Tampoco aparece en autos la figura del progenitor.

No se pone en duda los daños psicológicos que pueda producirle a la menor la intervención quirúrgica ni obran en autos constancias de informes psiquiátricos que permitan hacer una proyección de las eventuales consecuencias emocionales de la operación sobre el menor.

304. Butler, Judith. “Deshacer el género”. Paidós. Barcelona. 2008, p 89 y ss.

Definen el derecho a la identidad como una exigencia “natural”, pero ordenan la intervención quirúrgica para modificar “un hecho natural”, sin permitir se de curso a la “natural” evolución que tenga la menor en orden a lograr su identidad de género.

Para el tribunal el derecho a no ser discriminado implica la supresión de condición de **intersexual**, lo que implica discriminar la **intersexualidad** misma.

Justifican la urgencia de la operación, dado que la niña tiene cuatro años de edad, y que el transcurso del tiempo agrava más su indefinición sexual.

Pese a que la intervención quirúrgica va a afectar el legítimo y libre desarrollo de la personalidad toda vez que la hiperplasia suprarrenal trae como consecuencia una virilización de los genitales externos ocurrida durante la gestación en feto femenino, con genitales internos correspondientes a su sexo femenino (úteros y ovarios), se invoca el ejercicio del derecho a la personalidad como argumento para hacer una intervención quirúrgica que puede dejar severas secuelas psicológicas en la menor.

La anulación parcial y absoluta de la partida de nacimiento, por contener un error esencial respecto de la identidad de la persona, sugiere la supresión de datos de la menor, respecto a su historia biológica y endocrinológica lo que probablemente tendrá alto impacto en su vida adolescente y adulta, atento a la evolución que una hiperplasia suprarrenal congénita tiene en la vida de una persona.

En ningún caso la **intersexualidad** es valorada como una posibilidad identitaria.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN Carlos E., BULYGIN Eugenio “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales” Ed. Astrea Buenos Aires.

ALCHOURRÓN Carlos. E., BULYGIN Eugenio. Norma Jurídica p. 133 y ss. En “El derecho y la Justicia”. Edición de Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta. Consejo Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Consejo Superior de Investigaciones Científicas 1996. Boletín Oficial del Estado 1996. Editorial Trotta S.A. 1996 Madrid.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Pseudoilicitud de las intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo”, ED 104-927.

BUTLER, Judith. “Deshacer el género”. Paidós. Barcelona. 2008.

- CIFUENTES, Santos: Derechos personalísimos. 2º edición actualizada. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1995.
- DREGER, Alice Domurat “Intersex in the Age of Ethics” Ed. University Publishing Group Maryland 1998.
- FAUSTO-STERLING, Anne “Sexing the body” Ed. Basic Book New York 2000, p. 30 y ss.; Dreger Alice “Intersex in the Age of Ethics”. Ed. University Publishing Group Maryland USA 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea, Bs. As, 1992.
- FAUSTO-STERLING, Anne “Cuerpos sexuados” Ed. Melusina Barcelona 2006.
- FAUSTO-STERLING, Anne. “Sexying the Body. Gender Politics and the construction of sexuality” Published by Basic Books, A Member of the Perseus Books Group, Printed in the United States of America, 2000.
- FOCAULT, Michelle. “Los Anormales”. Fondo de Cultura Económica. Bs. As. Argentina Ed. 2000.
- HART Herbert “El concepto de Derecho” Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2007.
- KELSEN, Hans “Teoría pura del derecho” Ed. Porrúa México 1991.
- MAFFÍA, Diana. Filosofía, política, identidad de género. en “Un cuerpo: mil sexos. Intersexualidades”. Jorge Horacio Raices Montero: Compilador. 1a - ed. Buenos Aires. Topia Editorial 2010. p. 51 y ss.
- NINO, Carlos Santiago “Introducción al análisis del Derecho” Ed. Astrea Buenos Aires 2005.
- RIVERA, Julio César. Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo. Comentario fallo de la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, L., J. C., 11/08/1994, LLBA 1994, 871.
- ROSS, Alf “Sobre el derecho y la justicia” Ed. Universitaria de Buenos Aires Argentina 1974.

CAPÍTULO XI

Intersecciones entre dos sistemas normativos: la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y el derecho de familia

Abog. María Victoria Pellegrini.*

SUMARIO

1. Introducción. 2. El escenario: de la situación irregular al sistema de protección. 3. Breve descripción general de las leyes de protección de derechos. 4. Interacción entre organismos administrativos y judiciales. 5. La protección de derechos y la responsabilidad parental. 6. A modo de síntesis.

1.- INTRODUCCIÓN

A partir de la reforma constitucional de 1994, en la Argentina se produjo un fenómeno jurídico denominado “Constitucionalización del derecho privado” que implicó –sintéticamente- ampliar el espectro normativo aplicable a las relaciones privadas, pues desde entonces la normativa civil debe superar el control de constitucionalidad derivado de la operatividad de los diversos derechos reconocidos en los numerosos tratados internacionales de derechos humanos jerarquizados constitucionalmente.

Así, todos los poderes del Estado se encuentran obligados jurídicamente a adecuar la normativa infraconstitucional –por ejemplo, diversos artículos del Código Civil- a las obligaciones jurídicas emergentes tanto de los tratados internacionales, como de las interpretaciones jurisprudenciales de los organismos internacionales de aplicación (vg Corte Interamericana de Derechos Humanos)³⁰⁵.

* Abogada especialista en Derecho de Familia. Profesora Titular Ordinaria de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho (Universidad Nacional del Sur), Bahía Blanca, Argentina.

305. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) ha sostenido hace ya varios años (Caso Giroldi, sent. del 7-4-1995, Fallos 318:554), manteniendo hasta la fecha dicho criterio: “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054). 12) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de

Este fenómeno de constitucionalización del derecho privado ha sido uno de los motivos principales por los cuales se tomó la decisión de modificar el Código Civil argentino³⁰⁶, dando como resultado el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial³⁰⁷, actualmente en tratamiento parlamentario.

En particular, en el derecho de familia y respecto específicamente a la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) también implicó la obligación para la Argentina de adecuar su legislación interna a los estándares internacionales en la materia. Y así en los últimos años se estableció normativamente tanto a nivel nacional (ley 26.061) como en varias provincias el denominado “Sistema de protección integral de derechos de los niños”, a través del dictado de leyes, sus decretos reglamentarios y diversas resoluciones administrativas.

En este trabajo pretendo señalar cuáles son los puntos de contacto entre el sistema de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y las instituciones jurídicas reguladas en la legislación civil, específicamente del derecho de familia, con incidencia directa en los derechos de los NNA. En otras palabras, de qué manera se “cruzan” sistemas normativos que diseñados para regular diferentes relaciones jurídicas familiares, tienen como eje o hilo conductor la protección de los derechos de la niñez.

Para ello, en primer lugar intentaré describir someramente en qué consiste el sistema de protección diseñado, señalando desde ya que la ley nacional 26.061, constituye el “piso mínimo legislativo”³⁰⁸ de aplicación nacional, sea tanto en aquellas provincias que dictaron sus propias leyes (complementando vacíos o interpretando armónicamente bajo el prisma del principio pro homine las contradicciones que pudieran surgir), como en las que aún no hayan legislado específicamente la protección de la niñez.³⁰⁹ Específicamente me detendré en aquellas medidas

su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.”

306. En forma explícita, en los fundamentos del Decreto del Poder Ejecutivo nacional 191/11 del 23.2. 2011 que designa una Comisión de Reformas encargada de proponer las modificaciones pertinentes a la legislación civil y comercial: “Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.” <http://www.infoleg.gov.ar/> (fecha de consulta: 22.9.12)

307. Texto oficial en www.nuevocodigocivil.com

308. Tal como lo sostienen HERRERA Marisa y FAMA María Victoria en “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”. RDF 39 p.19.

309. “En virtud de su rango federal, la ley 26.061 habrá de ser respetada por todas las provincias como norma de contenidos mínimos, con aplicación en todo el territorio nacional. Es que conforme los incisos 19 y 23 del art. 75

que impliquen una interferencia estatal lícita en el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores de los NNA, o directamente su suspensión o extinción.

Luego, me referiré a cómo se proyectó la regulación de diversos institutos jurídicos que se relacionan directamente con el sistema de protección de derechos de la niñez, como la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en terceras personas, la tutela o la adopción; pues todas ellas implican, en definitiva, interferencias estatales en el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores de NNA cuyos derechos vulnerados exigen la intervención estatal.

2.- EL ESCENARIO: DE LA SITUACIÓN IRREGULAR AL SISTEMA DE PROTECCIÓN

El impacto normativo de la CDN en el derecho interno fue de tal intensidad que funcionó como una suerte de bisagra, un antes y un después, provocando la salida y el ingreso a diferentes modelos de intervención frente a los derechos de los niños. Cambio que implica un imprescindible proceso de deconstrucción de un sistema político legal, que no se agota en modificaciones legislativas, sino que exige importantes transformaciones en las prácticas judiciales y administrativas en relación a la protección de la niñez. Deconstrucción y construcción, en forma simultánea³¹⁰.

En forma harto sintética, el denominado **modelo de intervención estatal tutelar o doctrina de la situación irregular** se asienta en una concepción del niño como objeto merecedor de tutela, de “salvación”, en virtud de la “peligrosidad” que implica para el resto de la sociedad la existencia de “menores” sin contención familiar adecuada, sin estructura escolar inclusiva, que desemboca, inexorablemente,

de la CN, la protección integral de los derechos de los niños resulta competencia del Estado Federal. Sin embargo, se ha explicado que, por la materia regulada –derechos civiles y sociales de la infancia–, el contenido de la ley 26.061 enmarcaría en el llamado “federalismo de concertación”, en virtud del cual y a pesar de la competencia exclusiva en cabeza del órgano federal (conf. art. 75 inc 12 CN), las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participan en la aplicación de la ley. Justamente aclara el citado inciso 12, que la aplicación de la ley federal “no debe alterar las jurisdicciones locales”. De tal modo, y como ocurre con todos los contenidos dogmáticos de la CN, las provincias pueden maximizar el plexo de derechos, “agregar” un plus superior a nivel provincial, siempre respetando el piso mínimo de la Norma Federal. En nuestro caso, entonces, la 26.061 configuraría la base a partir de la cual las provincias pueden desarrollar o ampliar la tutela en materia de infancia, sin que esto signifique afectación de facultades federales sino ejercicio de las autonomías provinciales y aplicación local de la ley federal, por órganos provinciales. Por su parte, la ley nacional resultará de aplicación para las provincias que no hayan dictado sus propias normativas. Finalmente, ante colisión con la norma nacional y provinciales, habrá de estar por la hermenéutica que en mejor medida realice el principio “pro homine” -y en el caso, el principio “pro minoris”, con prevalencia de la solución más favorable a la persona, a la postre, menor de edad” conforme FERNANDEZ Silvia en “Sistema de protección...” citado en nota 3.

310. BELOFF Mary “Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, en Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, 2004, pág. 1. En este apartado se siguen los lineamientos de este interesante artículo.

en una vida delictiva y criminal, que justifican una intervención estatal destinada a lograr su resocialización y de ese modo proteger al resto de la sociedad de las potenciales conductas delictivas de tales “menores”.

En definitiva, la intervención del Estado se justifica en las circunstancias que rodean al niño, el cual es considerado un incapaz, un individuo incompleto que requiere de la beneficencia y salvación, a criterio del funcionario que tome tal intervención. Y dicho criterio se asienta sobre concepciones vagas, imprecisas, como “peligro moral”, “situación de riesgo”, “situación irregular”.

Desde el marco ideológico en el cual se asienta este modelo de intervención tutelar, se diluye la diferenciación en los tipos de intervención represivo-penal y aquella de carácter asistencial. Así, se aplican las mismas o similares medidas al “menor” que delinque como a aquel que se encuentra en una situación de vulneración de sus derechos fundamentales; resultando la medida de internación, por tiempo indeterminado y a exclusivo criterio del juez interviniente la forma privilegiada de actuación estatal.

Dejando de lado la cuestión relativa a los niños en conflicto con la ley penal³¹¹, esta forma de intervención judicial provoca una mutación en la función del juez: desprovisto de cuestión jurisdiccional que justifique su accionar, se convierte en un ejecutor de políticas de tipo asistencial, de actuación más cercana a la de un “buen padre de familia”; con el consecuente poder absoluto de disposición sobre el niño, y ausencia de controles externos tanto en el mérito del tipo de intervención, como en su modalidad e implementación, seguimiento de resultados y la consecuente violación de todo tipo de garantías individuales.

En la vereda opuesta, el **sistema de protección integral de derechos de los niños** parte de un fundamento claro: los niños son sujetos de derechos, titulares por sí mismos de derechos, en su condición de seres humanos, y cuentan por tanto con las mismas garantías de exigibilidad que los adultos; pero con un plus aún mayor dada la especificidad de encontrarse en una etapa de evolución y formación.

Se modifica esencialmente el eje ideológico que justifica y fundamenta la intervención estatal respecto a los niños. El reconocimiento de su condición de sujetos de derecho³¹² funciona como elemento determinante en la forma de garantizar el pleno goce y disfrute de todos los derechos reconocidos.

311. Las nefastas consecuencias y absoluta inconstitucionalidad de la intervención en clave tutelar en las cuestiones relacionadas a los niños infractores de la ley penal merecen su propio espacio de análisis y excede el tema de este trabajo.

312. Que sin perjuicio de su obviedad (niños = personas = titulares de derechos humanos) fue necesario explicitar.

Así, ante la vulneración de alguno de sus derechos se establece en cabeza de la familia, de la comunidad y/o del Estado la obligación de restablecer el pleno goce y disfrute de los mismos, sea mediante procedimientos administrativos y/o judiciales. Y entran a jugar las políticas públicas de contenido social y asistencial que faciliten remover los obstáculos de tipo socio-económico que impiden el pleno desarrollo de los niños, desjudicializando cuestiones que no requieran tratamiento jurisdiccional y colocando al juez nuevamente en su rol específico, limitando su intervención a aquellos supuestos en los cuales se requiera la toma de decisiones específica, sea en material penal –con el consiguiente control y reconocimiento de todas las garantías constitucionales- o en temas propios del derecho de familia.

En definitiva, se trata de garantizar el efectivo goce y disfrute de los derechos reconocidos a los niños; no de “salvarlos” de una “situación irregular”.

3.- BREVE DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS LEYES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS³¹³

La ley 26.061 y aquellas dictadas en diferentes provincias (como la provincia de Buenos Aires) responden a un tipo de intervención estatal mixta: administrativa y judicial, mediante un conjunto de organismos (administrativos y judiciales), que coordinan, ejecutan y controlan las políticas públicas en materia de infancia con la finalidad de brindar adecuada protección a los derechos de los niños y asegure el pleno disfrute de los mismos³¹⁴.

Los organismos administrativos son unidades operativas compuestas por profesionales de diversas disciplinas (abogados, psicólogos y trabajadores sociales) y tienen a su cargo la intervención directa e inmediata ante la amenaza o violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, sea por denuncia de los propios niños, cualquier interesado o incluso de oficio. Su actuación está encaminada fundamentalmente a

313. En especial, las leyes de la provincia de Buenos Aires (ley 13.298, ley 13.634, y sus decretos reglamentarios)

314. Por ejemplo, el art. 14 ley 13.298 de la Provincia de Bs.As.: *El Sistema de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino. El Sistema funciona a través de acciones intersectoriales desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o desconcentrado, y por entes del sector privado.*

Para el logro de sus objetivos el sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, debe contar con los siguientes medios: a. Políticas y programas de protección de derechos, b. Órganos administrativos y judiciales, c. Recursos económicos, d. Procedimiento, e. Medidas de protección de derechos.

favorecer el acceso de los niños a planes y programas disponibles en su comunidad tendientes a prevenir, asistir, proteger y/o restituir sus derechos vulnerados³¹⁵.

El principal objetivo de la intervención tiende al fortalecimiento de la función familiar, a través de la ejecución e implementación de políticas públicas específicas que permitan remover los inconvenientes y dificultades que pudieran presentar las familias en su función originaria de crianza y desarrollo de los niños³¹⁶.

Se establece un procedimiento de actuación, caracterizado por la búsqueda de consensos y compromiso de los actores directos de la situación planteada; ya que los servicios locales no disponen las medidas, sino que formulan propuestas para facilitar a los padres o responsables legales, el ejercicio de los deberes y derechos con relación a ellos, resaltándose el carácter consensuado de las decisiones que en cada caso se adopten³¹⁷.

Ahora bien, si ocurriera alguna de estas circunstancias: a) fracaso de tales medidas, b) falta de consenso, o c) dependiendo de las consecuencias jurídicas de la medida (específicamente la separación del niño de su ámbito familiar); se impone la necesaria intervención judicial.

3.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

La aplicación de medidas de protección es la forma primaria, básica y esencial de intervención de los órganos administrativos, que proponen posibles alternativas de acción, pues su actuación está limitada a la búsqueda de alternativas de resolución de conflictos consensuadas con los responsables del niño.

Se establecen criterios generales de intervención: a) medidas con plazo limitado en el tiempo, imponiendo ello su revisión periódica; b) aplicación prioritaria de aquellas medidas que tiendan a la preservación y fortalecimiento familiar y c) excepcionalidad de la medida que implique la separación del niño de su ámbito familiar, la cual no implicará privación de la libertad, es decir, expresamente se dispone la no punibilidad del abandono unilateral del niño de la medida³¹⁸.

Luego, se enumeran una serie de medidas de protección³¹⁹. La mayoría de ellas, justamente, están destinadas a fortalecer la función familiar, preservando así

315. Siempre en provincia de Bs.As., arts. 18 y 19 ley 13.298.

316. Criterio reiterado en varios artículos: 3, 9, 19, 34 y otros de la ley 13.298 (texto ordenado ley 13634)

317. Conforme lo dispone expresamente el art. 18.1 del decreto reglamentario 300/2005.

318. Arts. 33 y 34 ley 13.298 to ley 13.634

319. **Art. 35 ley 13.298 (to. Ley 13.634).** *Comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar,*

el mantenimiento del niño en su medio familiar. Es decir, cuando la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos de los niños puede ser revertida y restituido el pleno goce de tales derechos con algún programa de política social. Son aquellas medidas que la doctrina ha denominado “medidas ordinarias de protección de derechos”. Este tipo de medidas son propuestas por el órgano administrativo interviniente y puestas en acción con el consenso de los responsables del niño, en tanto la función característica de dichos órganos es de resolución de conflictos.

Pero una de las medidas consignadas tiene características muy diferentes, tanto por su naturaleza, como por los motivos que justifican su procedencia, el procedimiento impuesto y las consecuencias jurídicas que implica. Sería una medida de tipo “excepcional”³²⁰.

b) Solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfabetización o apoyo escolar, c) Asistencia integral a la embarazada, d) Inclusión del niño y la familia en programas de asistencia familiar, e) Cuidado del niño en el propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa, f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables o representantes, g) Asistencia económica, h) Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejada la aplicación de sanciones disciplinarias y penales correspondientes. (lo subrayado fue observado por el art. 6 del decreto 44/07, de promulgación de la ley 13.634, y no se encuentra vigente).

320. Respecto a las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061: “El art. 39 —mediante un tipo jurídico abierto— regula las denominadas medidas excepcionales, que de modo restrictivo y bajo ciertas circunstancias especiales pueden dictar los organismos administrativos y cuyo elemento o particularidad reside en la separación de un niño de su grupo familiar de origen. El texto de los articulados de la ley referidos a las medidas excepcionales (arts. 39 a 41 inclusive) permite advertir la causa, el objeto y la naturaleza de este tipo de medidas. Las causas que posibilitan la adopción de estas medidas son aquellos supuestos fácticos donde los niños, niñas y adolescentes deberían estar temporal o permanentemente privados de su medio familiar. El objeto de ellas debe estar orientado a la cesación de la violación o amenaza de conculcación (por acción u omisión) de los derechos subjetivos y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, como así también, la reparación de los daños que pueden haberse perpetrado. La naturaleza se relaciona con su limitación temporal, donde rige el concepto de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y por ende, su fin último es posibilitar que con la adopción de esta clase de medidas se pueda regresar a la normalidad. En otros términos, que estas medidas sólo pueden prolongarse siempre y cuando persistan las causas (excepcionales) que las justificaron. A su vez en este marco cabría distinguir tres tipos de situaciones fácticas que darían lugar a la separación de un niño de su familia: 1) aquellas que instan la separación transitoria, por lo cual y de conformidad con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención hacia el reintegro o regreso del niño a su familia en un sentido amplio de conformidad con el art. 7 del dec. 415/2006, es decir, abarcativo de los progenitores, algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo; b) aquellas situaciones excepcionalísimas que dan lugar a la decisión de separar en forma permanente al niño de su núcleo familiar (por ejemplo, situaciones de abuso sexual o abandono de un niño en la vía pública); y c) los supuestos fácticos donde ellas comienzan siendo advertidas como causa de separación transitoria, pero dicha provisionalidad se sostiene en el tiempo, culminándose en una separación permanente a través de la figura de la adopción (art. 311 y sgtes. Código Civil)” GIL DOMINGUEZ, Andrés, HERRERA Marisa y FAMA María Victoria en “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061 Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” La Ley 2007-D, 876.

Resumiendo entonces, los órganos administrativos intervienen ante la amenaza o vulneración de los derechos de los niños, a petición de cualquier interesado o de oficio, proponiendo una serie de medidas de fortalecimiento familiar, las cuales se aplicarán en forma consensuada con los responsables del niño, mediante un procedimiento determinado por la reglamentación, limitadas en el tiempo, revisables y sometidas a seguimiento. Pero aquellas medidas que impliquen el alejamiento del niño de su medio familiar, están sometidas a requisitos de procedencia y aplicación de mayor rigurosidad y que por sus características, consecuencias jurídicas y reglamentación merecen ser analizadas por separado.

3.2. MEDIDAS QUE IMPLICAN LA SEPARACIÓN DEL NIÑO DE SU MEDIO FAMILIAR

En aquellos supuestos en que resulta indispensable –para garantizar la protección de derechos vulnerados– la separación del niño de su núcleo familiar, los órganos administrativos se encuentran facultados para así disponerlo, pero necesariamente se requiere el control judicial de legalidad de tal medida.

¿Cuáles son las características de este tipo de medidas? En concordancia con la finalidad expresa del sistema de protección –procurar el fortalecimiento de las funciones familiares–, toda medida que implique alejar al niño de su familia se caracteriza, en primer lugar, por su excepcionalidad. Es decir, que sólo son procedentes ante situaciones específicas y en atención al interés superior del niño, habiéndose agotado las medidas de protección de fortalecimiento familiar.

Son provisorias tanto por su carácter instrumental (funciona como medio para obtener luego el reingreso del niño en su familia); como por el establecimiento de un plazo temporal determinado, fijado en noventa días y prorrogable por otros noventa más, por única vez y motivos fundados. Es decir, un plazo máximo total de ciento ochentas días³²¹. Vencidos los plazos y de mantenerse la situación de vulneración de derechos en el seno familiar, deberá tomarse otra medida, con distinto alcance, finalidad y procedimiento.

Decíamos que son medidas de neto corte instrumental: durante su duración, el órgano administrativo deberá trabajar juntamente con la familia de origen a fin de remover aquellos obstáculos que impedían la debida protección de los derechos del niño por parte de la familia, facilitando en todo momento el contacto del niño con su grupo familiar, porque el objetivo de la separación temporal y provisional es lograr su reinserción familiar, en la medida de lo posible. De no serlo, igualmente es una intervención de carácter primario y provisorio hasta tanto se evalúen otras medidas administrativas y/o judiciales de protección de derechos.

321. Art. 39 del decreto reglamentario 415/06 de la ley 26.061

Se resalta también en la reglamentación la obligatoriedad de escuchar la opinión del niño, de informarle los motivos, las estrategias de acción que se instrumentarán, las consecuencias materiales y jurídicas de la decisión y de todo el procedimiento a implementar.

Ahora bien ¿qué sucede si en el plazo dispuesto no se logra el objetivo primario de reinserción familiar? Una vez finalizados todos los plazos legales, se deberá decidir qué figura propia del derecho de familia protege mejor al niño, niña o adolescente. Aquí es donde debemos encontrar solución en alguno de los institutos jurídicos previstos en la legislación civil, incluida la adopción.

En este punto resultará útil distinguir cuál es el grado de evolución y maduración del niño del que se trate, pues ciertamente es diferente la situación de un niño de corta edad a un adolescente, en concordancia con la adquisición progresiva de la autonomía³²². Porque serán diferentes las alternativas que logren garantizar sus derechos conforme la madurez adquirida: un adolescente podrá tener más herramientas para lograr organizar su plan de vida, contando con un referente adulto (tutor).

4.- INTERACCIÓN ENTRE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

Decíamos más arriba que el sistema diseñado establece una intervención de tipo mixto, pues se conforma con órganos administrativos y judiciales, cuyas funciones tienen la misma finalidad: intervención de características garantistas, en protección de los derechos de los niños.

Así, se reserva la aplicación de aquellos programas de políticas sociales al ámbito exclusivamente administrativo. Pero aquellas medidas que implican la separación del niño de su ámbito familiar requieren de la intervención judicial, primero a través del control de legalidad, y luego, en forma directa, en aquellos casos en que resulte necesario definir la situación jurídica de NNA.

Definir en qué consiste este “control de legalidad” ha generado una interesante discusión en doctrina³²³, pues se trata de determinar de qué modo interactúan órganos administrativos y judiciales en la protección de derechos de los niños.

322. Art. 5 CDN.

323. Ver: LOPES Cecilia y MASSANO María A. “Medidas de protección...” citado en nota 26; FERNANDEZ Silvia “Sistema de protección...” citado en nota 3. Respecto al control de legalidad de las medidas excepcionales previsto por la ley 26.061, ver GIL DOMINGUEZ Andrés, HERRERA Marisa y FAMÁ María Victoria “Las medidas...” citado, en el que previo a expresar su posición, efectúan un detalle de las críticas doctrinarias que esta cuestión ha generado en autores como Eduardo Zannoni, Augusto Belluscio, Mary Beloff, Mauricio Mizrahi, y Jorge Kielmanovich.

En principio, el órgano judicial deberá controlar los motivos, procedimiento, duración y forma de ejecución de la medida administrativa, para determinar si en su accionar se respetó el principio de legalidad.

Así, deberá evaluar si en el caso concreto se trata de una medida excepcional y subsidiaria: decidida ante el agotamiento de otras medidas o fracaso de las aplicadas, falta de consenso de los padres y/o representantes legales, por violaciones de derechos que impliquen grave perjuicio a su integridad, por pedido fundado del niño, ante la desvinculación del niño de todo adulto responsable; provisoria: duración prevista de la medida debidamente fundada y que no exceda el límite temporal impuesto legalmente; de carácter instrumental: estrategias de trabajo junto a la familia previstas; procedimiento seguido: información precisa suministrada al niño, haber oído y valorado sus opiniones respecto a la medida a implementarse; y modalidad de ejecución: en ámbitos familiares alternativos, sean parientes, adultos idóneos, hogares voluntarios, hogares comunitarios, hogares de niños registrados o entidades de atención social y/o de salud; que se encuentren cerca del domicilio del niño; que se evite en lo posible la separación de hermanos; en el que se respete la intimidad y creencias del niño; que se le asegure escolaridad, salud, recreación y el mantenimiento de los vínculos comunitarios del niño.

En definitiva, este control de legalidad es una forma de instrumentación de lo dispuesto por el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño, que faculta la separación del niño de sus padres en caso de resultar necesario en protección de su interés y sujeta a revisión judicial.

Sin perjuicio de ello, será ardua la tarea de modificar modalidades de intervención de dos órganos diferentes como lo son el administrativo y el judicial, a los fines de lograr establecer consensos de actuación conjunta que posibiliten evitar el dispendio de actuaciones superpuestas o disputas de espacios de poder, con un único objetivo común: maximizar el esfuerzo, los recursos materiales y humanos disponibles para la protección de los derechos de la niñez.

5.- LA PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Todas las medidas de protección a las que me estoy refiriendo, con sus notas características (provisorias, instrumentales, limitadas temporalmente, etc) específicamente reguladas y controladas judicialmente, sean de tipo ordinarias o extraordinarias, implican una injerencia estatal sobre el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores de los niños, niñas y adolescentes a las que están dirigidas. Que será de menor o mayor intensidad, dependiendo del tipo de medida del que se trate. Este es el principal cruce entre los sistemas de protección de derechos y el tradicional derecho de familia, pues involucra directamente al ejercicio de la

responsabilidad parental de titularidad de los progenitores de los NNA sobre los cuales interviene el sistema de protección.

Es que la finalidad de las medidas de protección es la de preservar y fortalecer los vínculos familiares de los NNA cuyos derechos son vulnerados, de modo tal que el ejercicio de la responsabilidad parental sea respetuoso y garante de los derechos de los niños y sólo en el supuesto que ello resulte imposible, el órgano judicial deberá brindar la protección necesaria, aún a través de otros medios alternativos que impliquen una restricción o supresión de la responsabilidad parental de los progenitores.

En las medidas de protección de tipo ordinario, la intervención estatal es de menor intensidad, pues está dirigida a favorecer un ejercicio funcional de la responsabilidad parental, esto es, brindar políticas públicas de carácter instrumental para remover los obstáculos que pudieran presentar los padres en las tareas de crianza de sus hijos.

A su vez, también son herramientas útiles para evitar un ejercicio abusivo de la responsabilidad parental, aunque en este caso su imposición exige necesariamente la intervención judicial³²⁴.

Pero en aquellas que implican la separación del niño de su medio familiar, la injerencia estatal es de mayor intensidad pues impacta directamente en su contenido, ya que al desplazar la guarda y custodia del niño de sus padres implica el desmembramiento de la responsabilidad parental que titularizan.

Aquí resulta necesario efectuar una primera distinción: si los niños, niñas o adolescentes carecen de algún referente adulto (progenitores) o se trata de referentes adultos que amenazan o vulneran sus derechos. Porque la actuación estatal (sea administrativa o judicial) será diferente: en el primer supuesto los NNA no gozan de filiación determinada o sus progenitores han fallecido, por tanto, ninguna persona titulariza ni ejerce la responsabilidad parental; pero en el segundo tal ejer-

324. A modo de ejemplo, el siguiente caso: un niño nace en el domicilio particular de sus padres, quienes al concurrir al hospital a los efectos del control del niño, se oponen a que le sean aplicadas las vacunas exigidas por el Plan de Vacunación obligatorio vigente en Argentina. Argumentan que han elegido para ellos y para su hijo un modelo de protección de salud de tipo homeopático (ayurvédico), modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen -preferentemente- los procedimientos médicos intrusivos. El hospital pone en conocimiento del órgano judicial, a través del Asesor de Menores, quien solicita se ordene la vacunación del niño, a pesar de la oposición de sus padres. Finalmente, teniendo en cuenta la finalidad del ejercicio de la responsabilidad parental (en beneficio del hijo) y que la vacuna es un medio eficaz para prevenir enfermedades y proteger la salud del niño, se ordena la vacunación del niño, aún ante la oposición de sus padres (SCBA, C. 111.870, 6.10.10, www.scba.gov.ar)

cicio resulta disfuncional y vulnera (o amenaza) derechos de los niños, niñas o adolescentes.

5.1. NIÑOS, NIÑOS O ADOLESCENTES SIN REFERENTE ADULTO

Seguramente el supuesto más habitual es el de niños o niñas sin referente adulto (porque no tienen filiación establecida o sus padres han fallecido), típico caso de bebés abandonados al poco tiempo de nacer.

Ante esta situación, la intervención del órgano administrativo –mediante una medida de protección– está dirigida a encontrar a los progenitores del niño o niña o a algún miembro de su familia extensa que se encuentre en condiciones de asumir su crianza. Mientras encara esta búsqueda, brinda al niño/a un ambiente de contención, con el debido control judicial.

Ahora bien, como esta actuación administrativa depende de la normativa que cada provincia haya dictado para organizar el sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, para esta actividad de búsqueda administrativa no existe un criterio normativo que imponga un límite temporal único –aplicable en todo el país–. Ello genera que en los hechos y ante cada situación, se utilicen diversos criterios y que, en definitiva, transcurran largos períodos de tiempo sin definir la situación de los niños, sin garantizarles su derecho a ser criados por una familia, aun cuando no se trate de la biológica. Resulta innecesario remarcar que la incidencia del factor tiempo en los niños y niñas es absolutamente vital, pues a medida que se consolida la situación de transitoriedad, se generan vínculos afectivos que sin dudas generarán más perjuicios que beneficios en la estructuración psíquica de los mismos.

El Proyecto de Reforma al Código Civil introduce importantes modificaciones a la regulación de la adopción. Entre ellas, la necesidad de declarar judicialmente la *situación de adoptabilidad*³²⁵ del futuro adoptado, a los fines de otorgar mayor certeza y estabilidad al proceso adoptivo. Y justamente, uno de los supuestos de procedencia de esta situación de adoptabilidad es el agotamiento de la búsqueda de familiares de origen por parte del órgano administrativo, búsqueda a la que se le

325. La legislación vigente no prevé una declaración de este tipo. Sin embargo, en la práctica judicial se estila dictar una resolución que determina el “estado de adoptabilidad” del niño, activando así el procedimiento específico de la adopción. La regulación actual de la adopción impone dos procesos diferenciados: guarda preadoptiva y adopción propiamente dicha. El primero de ellos implica otorgar la custodia del niño, niña o adolescente a quienes pretenden adoptarlo, previamente seleccionados por el juez, y por un período de tiempo acotado en su mínimo y máximo. En este proceso la familia biológica tiene posibilidades de intervención activa. Finalizado el plazo impuesto a la guarda preadoptiva, se habilita el proceso de adopción, el cual finalizará con el dictado de la sentencia de emplazamiento filiatorio adoptivo.

impone un límite temporal preciso: treinta días, con posibilidades de prórroga por otro plazo igual, sólo por razones fundadas. Es decir, tal búsqueda se podrá realizar durante un plazo máximo legal de sesenta días³²⁶. Si en ese plazo no es posible dar con los padres biológicos (y de tal modo determinar la filiación y definir si ejercerán o no la responsabilidad parental emergente del emplazamiento filiatorio) o ningún familiar o incluso un “referente afectivo” del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela, corresponde declarar la situación de adoptabilidad del niño o niña y “activar” el procedimiento de la adopción. Ello, a los fines de garantizar el derecho de los niños y niñas a vivir, crecer y desarrollarse en un ámbito familiar.

Entonces, la reforma propuesta afianza la conexión entre la actividad de los órganos administrativos con la jurisdiccional, sea a través del otorgamiento de una guarda o tutela³²⁷ en un familiar o un referente afectivo o ante la declaración de la situación de adoptabilidad del niño o niña o adolescente; logrando así definir la situación jurídica del niño, niña o adolescente en cuestión.

5.2. NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES CUYOS PADRES AMENAZAN O VULNERAN SUS DERECHOS

Diferente es el supuesto en que los NNA se encuentran bajo el cuidado de sus progenitores, quienes en el ejercicio disfuncional de la responsabilidad parental amenazan o vulneran sus derechos, sea por acción u omisión.

Ante estos supuestos, la intervención inicial de los órganos administrativos está dirigida fundamentalmente a colaborar con la familia de origen, fortaleciendo la

326. **Capítulo 2. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Art. 607. Supuestos.** La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del órgano administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) HORAS. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción.

327. La institución de la tutela también es modificada por el Proyecto de reformas. Institución tradicionalmente relacionada con la protección de tipo patrimonial del niño huérfano, es “revitalizada” en el Proyecto y emerge como una herramienta útil y válida para aquellos supuestos en los cuales no es posible otorgar una adopción, por múltiples factores, como por ejemplo las dificultades para encontrar pretendientes adoptantes de adolescentes próximos a adquirir la mayoría de edad, o por tratarse de familiares directos, impedidos legalmente de adoptar (ascendiente o descendiente; o hermano bilateral o unilateral).

función primaria de formación y educación de los niños, a través de diversas políticas públicas (planes de búsqueda laboral, dificultades habitacionales, adicciones, etc); con el objetivo de evitar que el desamparo o situación de vulneración de derechos no sea a consecuencia de carencias de tipo socio económicas.

Ahora bien, en caso de fracasar todas las medidas ordinarias de apoyo, tanto a los progenitores como al resto de la familia de origen -aún extensa-, corresponde entonces disponer una medida de tipo excepcional, que implique la separación del niño, niña o adolescente de su familia biológica. Medida que, como decíamos, requiere del debido control judicial de legalidad. Durante el tiempo que dure tal medida, se debe continuar el trabajo de fortalecimiento familiar hasta agotar toda posibilidad de mantener al NNA en el ámbito de su familia de origen. Decíamos también que la legislación interna no es uniforme respecto a la duración de este tipo de medidas, resultando posible recurrir al límite impuesto por la ley 26.061 de noventa días, renovable por otro plazo igual, por razones fundadas. Es decir, un límite máximo de ciento ochenta días. Vencido tal plazo, en sede judicial corresponde decidir qué institución jurídica protege mejor los derechos del NNA en juego (tutela, adopción).

Este es el más importante punto de intersección entre ambos sistemas normativos, pues se relaciona directamente con el ejercicio de la responsabilidad parental. Si bien la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes tiene como objetivo primordial el de fortalecer los vínculos familiares en la familia de origen, el límite a este tipo de actuación está dado por dos variantes: 1) la situación de vulneración de derechos y las posibilidades de su reversión, y 2) el tiempo que ello demande.

En este tema, el Proyecto de reformas introduce diversas alternativas.

En primer lugar, son los propios progenitores del niño quienes podrán decidir delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en otra persona, pariente o tercero idóneo, quien deberá prestar su consentimiento, todo con intervención judicial -a los fines de evitar “entregas” privadas, que pudieran implicar tanto situaciones de compra venta de niños como consolidación de situaciones fácticas para acceder luego a la adopción- y por un plazo máximo de un año, renovable por razones fundadas por otro año más. A través de esta figura los padres delegan el ejercicio de la responsabilidad parental, pero mantienen su titularidad³²⁸.

328. **Art. 643. Delegación del ejercicio.** En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de UN (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes

Pero también podrá ser el juez quien decida la conveniencia de esta delegación, que implica sin dudas una interferencia fuerte en la responsabilidad parental, pues provoca su desmembramiento. Así, está previsto que en casos especialmente graves (por ejemplo maltrato) el juez puede otorgar la guarda a un tercero, también por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro año más³²⁹.

Ahora bien, si la decisión de los progenitores es que su hijo o hija sea dado en adopción, podrán manifestarlo judicialmente, contando con asesoramiento técnico respecto a las consecuencias que ello implica –“decisión libre e informada”- y procederá entonces la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (inc. b del art. 607 proyectado)³³⁰. En todos los casos dicha manifestación sólo será válida si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento, en respeto al estado puerperal.

Y también ante el fracaso de todas las medidas excepcionales que se hubieran instrumentados, transcurrido el plazo máximo de ciento ochenta (180) días, el órgano administrativo debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad del niño, con la obligación de comunicar su dictamen al juez que intervino en el control de legalidad de las medidas excepcionales en un plazo perentorio de veinticuatro (24) hs. (inc. c del art. 607 proyectado)³³¹.

A esta altura del desarrollo, casi resultaría innecesario recordar la plena vigencia de la directriz “interés superior del niño” a la hora de optar por la alternativa que implique el reconocimiento y salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Mucho se ha escrito respecto a este principio jurídico, de tipo indeterminado, pues se delega en el operador (sea administrativo o judicial) dar contenido específico al caso concreto, evitando los estereotipos y preconceptos respecto a qué es lo mejor para un niño, niña o adolescente en determinadas circunstancias³³².

involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

329. **Art. 657. Otorgamiento de la guarda a un tercero.** En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, por un plazo de UN (1) año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulen en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

330. Transcripto en nota 22 del presente artículo.

331. Transcripto en nota 22 del presente artículo.

332. Una interesante aproximación sobre “interés superior del niño”: “...parecería que en alguna medida los dispositivos brindarían pautas que vedan decisiones jurisdiccionales arbitrarias; pues resulta claro que no se atenderá a ese interés superior cuando, sin razonabilidad que lo justifique, se verifiquen pronunciamientos que no respeten de un modo efectivo los derechos que asisten a los niños.

6.- A MODO DE SÍNTESIS

Recapitulando lo hasta aquí dicho, el Proyecto de reformas propone conectar dos sistemas normativos que tanto desde la práctica judicial como incluso en términos teóricos siguen distanciados.

Porque si bien el sistema de protección de derechos obliga a modificar la forma de actuación del Estado ante situaciones de vulnerabilidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la práctica administrativa y judicial, la distinción entre “niños” destinatarios de la legislación propia del derecho de familia y “menores”, sobre los que interviene el sistema de protección, se mantiene intacta³³³.

Es que la responsabilidad internacional de los Estados firmantes de diversos tratados de derechos humanos, y más específicamente de la Convención de los Derechos del Niño, se evidencia tanto por acción como por omisión, tal como claramente señala Fernández, recurriendo a las enseñanzas de una de las más importantes doctrinarias argentinas en derecho de familia, Cecilia Grosman: *“La intervención del Estado en el escenario de infancia exhibe exigencias reforzadas, cuya violación por acción u omisión compromete incluso la responsabilidad internacional. Como explica la maestra del Derecho de Familia, Cecilia Grosman, cuando el Estado ejerce inadecuadamente su función en este ámbito, ya sea por inercia, negligencia o*

En el sentido que se acaba de referir, pues, se podría decir que objetivamente se satisface el llamado interés superior del niño cuando se lo reconoce en todos los ámbitos —incluso en el familiar— como sujeto de derecho pleno; si es oído y su opinión se tiene en cuenta; si se respeta su vida privada e intimidad; cuando puede expresar y practicar sus propias ideas y creencias; si está habilitado a participar activamente en el proceso judicial que lo involucra; si no se le impide ejercer por sí sus derechos personalísimos; cuando se le brindan las condiciones para desarrollar una vida digna, haciendo realidad sus derechos económicos, sociales y culturales; si se atiende a su identidad y dignidad en todos los órdenes de la vida; si se respeta su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de su propia familia en tanto y en cuanto se preserve su centro de vida, resguardándolo de cortes abruptos; si se le enseña a convivir en el respeto al principio de la solidaridad familiar —y el cumplimiento de los deberes que ello implica—, vedando las conductas abusivas, sean del propio niño o de los restantes miembros de su grupo familiar.” MIZRAHI, Mauricio Luis “Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte” La Ley, 2011-E, 907.

333. Estado de situación descrito claramente por una notable autora nacional: *“La profunda impronta del Patronato de Estado durante décadas, exhibió las amplias diferencias/discriminaciones entre dos universos de infancia. Esta doble dimensión de “niños” y “menores” se visualizaba en el ámbito jurisdiccional disociando los requirentes del Servicio de Justicia de Familia, por un lado y de Menores por el otro. Caracterizado principalmente el primero por intervenciones respetuosas de un debido proceso, en tanto que el segundo por un desconocimiento de los principios de legalidad y garantías sustanciales, al amparo de la ascendente discrecionalidad judicial. Por su parte, el progreso legislativo vivenciado en áreas propias al derecho familiar profundizó la divisoria de aguas del “autónomo derecho de menores”, casi nunca objeto de evolución normativa.*

La dinámica propia al Patronato segmentó así un sector social, integrado por personas calificadas como “menores asistidos” —observados bajo “causas asistenciales”—, como modo de referenciar y unificar a aquellos niños/adolescentes que por decisión judicial previa constatación de “riesgo”, eran puestos bajo la esfera de espacios institucionales a los fines de su “protección”. La intervención, además, pocas veces diferenció la situación del niño víctima y el joven en conflicto con la ley penal.” FERNÁNDEZ, Silvia E. “La infancia como escenario universal y sus falacias. “Niños” y “menores”: simbolizaciones sociales subyacentes, replicadas en la mayor edad. Algunas —necesarias— aplicaciones del principio de paternalismo justificado”. Revista de Derecho de Familia nro. 56, Abeledo Perrot, septiembre 2012.

insuficiencia, asume una responsabilidad por el perjuicio causado, incluidos los casos de derivación a instituciones; aquí el Estado no sólo es responsable por permitir o mantener la internación de un niño/adolescente en violación a las directivas constitucionales y legales, sino también por los abusos y actos lesivos a sus derechos en los lugares de internación.

Sintetizando el desarrollo de la autora, el Estado es responsable por las acciones u omisiones de sus funcionarios u organismos en los siguientes supuestos: a) Cuando la causa de la institucionalización es la pobreza, incumpliendo los mandatos de la CDN que impone al Estado la prestación de asistencia apropiada a los padres en la crianza de sus hijos (arts. 18.2 y 27.3); b) Cuando en los casos de dificultades y deficiencias en la crianza se toma la medida extrema de institucionalización antes de agotar las estrategias y recursos para modificar la disfunción familiar (arts. 9.1 y 18.2 CDN.); c) Cuando por omisiones, negligencias, falta de seguimiento, el acogimiento temporario del niño se prolonga sin definir su situación definitiva, ya sea mediante reintegro a su familia o adopción. En todos los casos deberán estar presentes los presupuestos de la responsabilidad: la antijuridicidad, el factor de atribución, el daño, la relación de causalidad”³³⁴.

Porque el paso del tiempo sin procurar definiciones que impliquen una alternativa respetuosa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sólo genera la certeza de provocar un daño cierto en aquellos niños, niñas y adolescentes que difícilmente se logre revertir.

334. FERNÁNDEZ Silvia E. “La infancia como escenario...” op.cit.

CAPÍTULO XII

¿Qué hacer con los agresores que continuamente quebrantan las medidas de protección? Necesidad de la creación de una figura penal específica

*Juan Pablo María Viar*³³⁵.

*Héctor Ángel Raffo*³³⁶.

La aplicación de leyes de protección contra la violencia familiar y la respuesta del Servicio de Justicia ofrece un aspecto altamente conflictivo cual es el quebrantamiento reiterado de las medidas proteccionales por parte de algunos denunciados.

La gran mayoría de leyes proteccionales en violencia familiar no prevén sanción alguna ante el incumplimiento de las medidas dictadas en sede judicial. Es así que en la práctica diaria se advierte que los tribunales muestran su impotencia en dar una respuesta eficaz ante la transgresión y el quebrantamiento continuo y permanente de las medidas restrictivas impuestas. Así, algunos agresores amparados en dicho vacío legal, lejos de cumplimentar dichas restricciones, agudizan su accionar violento. Si bien la mayoría de las personas que cometen hechos de violencia o maltrato son responsables de sus actos, la aplicación de la normativa proteccional en violencia familiar resulta claramente insuficiente a la hora de limitarlas con el rigor necesario. Se conocen muchas situaciones en las que el agresor –luego de dictadas medidas protectivas- no sólo ha aumentado su violencia, sino que ha producido consecuencias letales en la/s víctima/s, sino también contra su propia persona, llegando al homicidio y al suicidio, por ejemplo ante la desesperación que le generaba la pretensión de separación de su cónyuge o concubina.

Lamentablemente, este criterio de controlar la efectividad de las medidas fue dejado de lado creándose un verdadero vacío en la situación de agresores

335. **Juan Pablo María Viar**, abogado (UBA), especialista en Violencia Familiar (UBA). Docente a cargo de la materia Aspectos Jurídico-Legales del Programa de Actualización en Maltrato Infanto-Juvenil de la Facultad de Filosofía de la UBA y de la Universidad de Mar del Plata. Vicepresidente de la Asociación de Especialista en Violencia Familiar (ACEVIFA) Miembro de la comisión directiva de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato. Infanto-Juvenil (ASAPMI). Co-autor entre otras obras de “Violencia Familiar. Sistemas Jurídicos”, Ed. Universidad, 2008, Argentina.

336. **Héctor Ángel Raffo**, abogado (UBA), Ex Juez de Menores del Departamento Judicial de Morón (Provincia de Buenos Aires). Ex integrante del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Miembro de la comisión directiva de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato. Infanto-Juvenil (ASAPMI). Docente a cargo de la materia Aspectos Jurídico-Legales del Programa de Actualización en Maltrato Infanto-Juvenil de la Facultad de Filosofía de la UBA Miembro de la comisión directiva de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato. Infanto-Juvenil (ASAPMI).

recalcitrantes. Sólo los sistemas legislativos de las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego han aprovechado el proyecto mencionado estableciendo sanciones.

La ley 1918 de La Pampa prevé que fracasada la audiencia de conocimiento y acuerdo, o interrumpido o incumplido lo pactado, las partes podrán iniciar las instancias de juicio (art. 19). Si la demanda por violencia familiar es admitida, el juez fijará apercibimiento, con advertencia de adoptar medidas más severas, la obligación de someterse a programas especializados, multa, trabajo comunitario o medidas respecto del tiempo libre del agresor (art. 27).

La ley 3042 de Río Negro dispone la asistencia obligatoria del agresor a programas educativos-terapéuticos, sin perjuicio del apercibimiento por el acto cometido y/o la realización de trabajos comunitarios durante los fines de semana (art. 24).

La ley de provincia de Buenos Aires sólo prevé la imposición de trabajos comunitarios (art. 14, ley 12.569), mientras que las de Santa Cruz y de Tierra del Fuego agregan a las sanciones enumeradas la aplicación de multas pecuniarias y la comunicación de los hechos de violencia denunciados a la asociación profesional, sindical u organización intermedia a la que pertenezca el agresor (ley 2466, art. 7 y ley 39, art. 5, respectivamente).

De la reseña efectuada resulta que en nuestros sistemas protectivos, no se prevé el arresto del infractor, a diferencia de lo que ocurre en los latinoamericanos de Bolivia (Ley 1674, art. 9), Chile (Ley 19.325, art. 4, inc. 3), Colombia (Ley 294, art. 7) y Ecuador (Ley 103, art. 17), por lo que no cabe su aplicación por vía interpretativa, al significar una medida de privación temporaria de la libertad, que requiere una previa tipificación, dada su naturaleza punitiva del ilícito familiar.

La asistencia a programas educativos y/o terapéuticos es –dejando de lado el corte judicial del circuito de violencia– el modo más adecuado para deconstruir el aprendizaje de la comunicación violenta. Una antigua línea jurisprudencial establece que “en los supuestos de terapia bajo mandato está interesado el orden familiar en su totalidad, pues si no se actúa sobre los progenitores que no saben mantener relaciones adecuadas de parentalidad como padres de un mismo niño, se corre el riesgo de producir graves lesiones en la psiquis o en el espíritu del hijo y ello no puede ser admitido por el Tribunal... La terapia bajo mandato consiste en que el sometimiento a terapia familiar acordado por las partes se homologa judicialmente y para futuro no es la fuerza del acuerdo sino la fuerza de la autoridad judicial libremente aceptada por las partes, la que rige el destino de esa relación familiar; y si las partes desobedecen la obligatoriedad de la terapia o sabotean el tratamiento,

el Tribunal o Juzgado aplicará las sanciones que se aconsejen en cada caso, pues la terapia lo es desde ya bajo apercibimiento de las sanciones que correspondan” (C.N.Civ., Sala E, Febrero 20-1989, dictamen del Asesor de Menores de Cámara, ED. 136-683).

Del fallo transcripto resulta que la aplicación de esta jurisprudencia se limita a los casos en que las partes se han obligado judicialmente a someterse a tratamiento, cuya no realización conspira contra la integridad psico-física de los hijos menores. De allí que, trasladar dicha doctrina a los casos de violencia familiar tropiece con varios obstáculos. Por un lado, la falta de consentimiento de someterse a tratamiento; por otro, la ausencia de sanción ante el incumplimiento o cumplimiento parcial. Una tercera posibilidad es que, dadas las características del agresor, los tratamientos sean ineficaces, supuesto éste previsto en la ley 2466 de Santa Cruz (art. 7, último párrafo), cuestión ésta que desemboca entonces ante un callejón sin salida. Sin perjuicio de ello, entendemos que los jueces pueden disponer tratamientos especializados compulsivos. Ello por cuanto se encuentra en juego nada menos que la vida, la salud psico-física de las víctimas e incluso idénticos bienes jurídicos del mismo agresor, lo que encuentra protección legal a través de lo dispuesto por los artículos 24.1. y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo establecido por el artículo 7, párr. d) de la ley 24.632 ratificatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y lo previsto por el art. 32 de la ley 26.485. Es que, resulta contrario a todo principio de Justicia que el agresor coaccione, hostigue y continúe destruyendo la vida cotidiana de las víctimas quienes deben vivir atemorizadas de ser nuevamente agredidas o atacadas y que el sistema legal no pueda poner coto a ello.

En cuanto a la amonestación o apercibimiento por el incumplimiento de la orden judicial, la misma no importa una sanción en sí, sino que es sólo una advertencia al agresor de que se está en conocimiento de su conducta y puede funcionar como preventivo de un nuevo incumplimiento, ya que en el acto de aplicarlo corresponde hacer saber la sanción que se aplicará en caso de reiteración.

La temática de las multas se muestra de difícil aplicación práctica, en razón de que es frecuente que los agresores carezcan no sólo de dinero, sino también de trabajo estable. Por ello, esta sanción puede devenir abstracta. El Derecho latinoamericano contempla dos tipos de multa. El primero apunta a sancionar los actos de violencia familiar (Bolivia, ley 1674, art. 8; Chile, ley 19.325, art. 4, inc. 2; el importe de la multa es a beneficio municipal; y México, arts. 24, inc. IV y 25, inc. I). El segundo se dirige a sancionar el incumplimiento de las órdenes protectoriales. Aquí se enmarcan los sistemas provinciales argentinos que se reseñan, y los de Colombia (Ley 294, art. 7), México (arts. 24, inc. II y III y 25, inc. I) y El

Salvador (Decreto 902/1996, art. 8). Los tres últimos no indican la finalidad de los fondos.

A ello no obsta la previsión contenida en el art. 5 inc. b) de la ley 39 de Tierra del Fuego en el sentido de que, para fijar la multa se considere la situación patrimonial del agresor y que su importe se gradúe entre uno y cien salarios mínimo vital y móvil. Además, se comete el error de destinar la multa al sostenimiento de programas de prevención y tratamiento de la violencia familiar, cuando -en definitiva- corresponde que el mismo sea derivado a la víctima, porque fue ella quien sufrió las molestias del incumplimiento del agresor. En análogo sentido, el art. 27, inc) de la ley 1918 de La Pampa.

Tal vez, la sanción por excelencia ante el incumplimiento de las medidas judiciales sea la realización de trabajos comunitarios, ya que los mismos pueden efectuarse en días y horas que no afecten el normal desempeño laboral de los agresores, conforme lo prevén expresamente las leyes locales, y con análogo criterio en la Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, del 29 de septiembre de 1997, de Honduras (art. 7). Al igual de lo que sucede con las multas, el Derecho latinoamericano prevé los trabajos comunitarios como sanción por los hechos de violencia (Bolivia, ley 1674, art. 11 y Chile, ley 19.325, art. 4, 3ª parte). En estos dos sistemas los trabajos comunitarios aparecen como medida alternativa a la pena de multa o prisión. La ley 103 de Ecuador prevé trabajos comunitarios para el caso de que el sancionado careciera de recursos económicos para afrontar los daños y perjuicios causados por su conducta violenta (art. 22).

Si bien es cierto que dada la naturaleza sancionatoria de esta medida, las leyes deben indicar el plazo mínimo y máximo de dichos trabajos, lo cierto es que – atento la finalidad rehabilitatoria del agresor- sea prudente incluir en los respectivos sistemas legislativos la posibilidad de ampliar su plazo y que se dispongan expresamente controles efectivos para evaluar el cumplimiento de dichas tareas y los progresos del violento.

En cuanto a la comunicación de los hechos de violencia a las instituciones laborales, si bien ello importa el desenmascaramiento del agresor y se dirigen a obtener su condena social, las consecuencias de dicha sanción alcanzan a la víctima, mancillando aún más su intimidad. Por ello señala Kemelmajer de Carlucci (“ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES EN LEYES DE VIOLENCIA FAMILIAR”, en “Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia I. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002), que es preferible que, al igual que en materia de incumplimiento de obligaciones alimentarias, se exija al postulante para ejercer cargos públicos un certificado de no haber sido condenado a medidas de este tipo.

Este requisito puede extenderse también para el desempeño de actividades en el ámbito institucional privado.

La medida más resistida es la imposición de medidas respecto del tiempo libre del agresor, en razón de que la misma es considerada una sanción que excedería la competencia de los jueces civiles, por considerarla intrusiva dentro de la esfera personal del agresor y aparecería como una sanción penal, ya que podría significar un arresto encubierto. Sin embargo, medidas de esta índole pueden ser aplicadas por los jueces civiles en la medida en que la propia ley lo autoriza y muchas veces la recalcitrancia de determinados agresores impone tomar una determinación de esta índole. Por lo demás, existe una instancia revisora, que podrá confirmar o revocar dicha resolución.

En las demás jurisdicciones la respuesta ante el quebrantamiento de las medidas se agota en la ampliación de las órdenes de protección. Así, se ha ampliado la prohibición de acercamiento aumentando el perímetro de exclusión. En otros casos se solicitó la colaboración de la seccional policial correspondiente al domicilio de la víctima para que detenga al agresor incumpliente y lo traslade a la sede del Juzgado el primer día hábil siguiente a dicha detención. En fin, es habitual que se dé intervención a la justicia penal a fin de que se investigue la posible comisión del delito de desobediencia (art. 239, Cód. Penal).

Sin embargo, estas medidas no suelen tener la eficacia deseada, ya que un agresor que viola un perímetro de exclusión determinado no duda en hacer lo propio con otro mayor. En cuanto a la detención, la misma podría colisionar con principios garantistas constitucionales, ya que no es una sanción expresamente prevista en la normativa proteccional en violencia familiar para los supuestos de incumplimiento.

En lo atinente al delito de desobediencia, la norma del art. 239 dispone en su parte pertinente que *será reprimido con prisión de quince días a un año, el que... desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones.*

El bien jurídico protegido en este delito la libertad de acción de la autoridad (Breglia Arias-Gauna, "CÓDIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994), lo que dista de ser una puesta de límite al agresor en violencia familiar. Por otra parte, tampoco corresponde al juez que investiga este delito intervenir en aquella materia. Su función es eminentemente represiva y focaliza la mirada en el victimario. Debe investigar la existencia del hecho, si ese hecho es delito y si hay responsables por el mismo. Como se encuentran en sus manos bienes jurídicos tan preciados como la libertad y la dignidad de las personas, necesita la certeza absoluta

de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado para el dictado de sentencia condenatoria, lo que se revela en trámites prolongados, diametralmente opuestos a la celeridad que caracteriza a los de violencia familiar.

A partir de ello, la doctrina y la jurisprudencia penal respecto al delito de desobediencia han sido sumamente restrictivas en su aplicación. Así Edgardo Alberto Donna (“DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL”, Rubinzal- Culzoni 2000, ps. 87 y 88) manifiesta que “se puede afirmar que el acatamiento que se impone es a las órdenes dadas por la autoridad en función de tales, con repercusiones administrativas, y no aquellas que constituyen obligaciones de carácter personal, con repercusiones en el Derecho Civil”, abrazando la idea que “tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes” y que, por adición, ni siquiera se configura el injusto cuando la desatención tiene expresa solución mediante *sanciones procesales específicas*. El autor ejemplifica con la inobservancia al régimen de visitas instituido por la justicia civil, que no constituye conducta atrapada por la norma.

En análogo sentido Carlos Creus y Jorge E. Buompadre (“DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”, Ed. Astrea, Buenos Aires. 2007) sostienen *que* “desdibujan la tipicidad aquellas órdenes que se refieran a intereses personales de partes, puesto que el acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto derecho civil; en este último caso, faltará el bien jurídico protegido por la ley”. Completa su idea de que “no importan órdenes las resoluciones judiciales, de cualquier carácter que fueren (decretos, autos, sentencias), pero sí los mandamientos que tienen como objeto la ejecución de aquéllas”.

En breve, el incumplimiento de órdenes protectivas en violencia familiar, se encuentra fuera del ámbito del delito de desobediencia, postura acorde, además, con el principio de intervención mínima que modernamente se intenta asignar al Derecho Penal. Lo expuesto demuestra a las claras la imposibilidad de que el agresor imputado de delito de desobediencia sea condenado o siquiera procesado; con lo cual aumentará su impunidad y en consecuencia será mayor el riesgo para la/s víctima/s.

Ante esta perspectiva, en algunos casos se ha impuesto el remedio civil de aplicar *astreintes* (art. 666 bis, Cód. Civil) para constreñir el cumplimiento de la disposición legal proteccional, pero su efectividad está limitada a los pocos casos que los agresores tengan algún patrimonio ejecutable. En otros, se dispone la remisión de los actuados para la realización de examen psicológico y psiquiátrico del incumpliente. Como habitualmente la patología de estos agresores encuadra dentro

de lo que el DSM-IV denominada “trastornos de personalidad”, los dictámenes forenses aconsejan su inserción en tratamientos. La respuesta a esta recomendación varía entre su incumplimiento total o parcial, o la acreditación de tratamientos no especializados e incluso de tratamientos realizados paradójicamente con profesionales de la salud mental que integran las mismas asociaciones civiles que los agresores conforman.

En otro orden, según una investigación realizada para una organización no gubernamental denominada “Casa del Encuentro” respecto a los denominados “femicidios”, sobre 260 casos reportados por los medios de prensa gráficos durante el año 2010, en 27 de éstos existían medidas especiales de protección previamente dictadas (Exposición del diputado Gustavo FERRARI en el Simposio “VIOLENCIA DE GÉNERO Y COERCIÓN PENAL” en www.ferrarigustavo.com.ar).

El S.A.R.A. (Spousal Assault Risk Assessment Guide) es una guía clínica creada para cotejar los factores de riesgo de la violencia conyugal que incluye 20 ítem individuales seleccionados a partir de una revisión exhaustiva de la bibliografía empírica y de las publicaciones escritas por clínicos con vasta experiencia en la evaluación de varones que abusan de sus parejas. Precisamente el ítem más relevante lo constituye la violación de medidas precautorias. (FOLINO, Jorge O. 2003 “EVALUACIÓN DE RIESGO DE VIOLENCIA, HCR -20, VERSIÓN EN ESPAÑOL, ADAPTADA Y COMENTADA”, Editorial Interfase Forense, La Plata).

Incluso la sanción misma de la ley federal N° 26.485 (Publicada en el Boletín Oficial del 14 de abril de 2009), no ha resultado suficiente para resolver estos casos extremos. En efecto, la norma referida ha significado un gran avance en la problemática, especialmente en su art. 30 al otorgar amplias facultades al magistrado interviniente para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia; en su art. 31 al establecer el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados; en el art. 32 al posibilitar la aplicación de sanciones ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, pudiendo disponer entre otras medidas la asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas y en el art. 34 al disponer el seguimiento durante el trámite de la causa para controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas. No obstante ello, no resulta suficiente –insisto– en casos donde la intervención de los juzgados o tribunales de familia es superada, siendo muchas veces imposible cumplir con lo ordenado por el art. 26, ap. A.7 de la norma, en cuanto a poder realmente “garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato por parte del agresor”.

En otro orden, la exposición de niñas, niños y adolescentes a formas de violencia doméstica extrema o crónica, es ubicada por algunos investigadores dentro de las formas de abandono emocional. Muchas veces relegada como modalidad de maltrato (ya que estos niños/as y adolescentes se suelen considerar víctimas indirectas o secundarias) es, sin embargo, una de las más extendidas si tenemos en cuenta las cifras de violencia doméstica y la cantidad de niños/as por hogares. A la vez, es una de las formas más comunes de transmisión transgeneracional de la Violencia Familiar. Hasta el momento, se ha escrito poco acerca de la relación entre niños/as testigos de violencia en el hogar y los padres perpetradores. Investigaciones cualitativas recientes sugieren que, al menos, algunos niños/as testigos perciben la relación con el padre como fuente de dolor, resentimiento y confusión.

Estos estudios describen a los niños y las niñas como atrapados/as entre sentimientos opuestos respecto de sus padres: por un lado, saben que la violencia es mala, dañina y aterrizante; por el otro, aman y están apegados/as a sus padres, al hombre que actuó tan violentamente, lastimó a su madre y violó las reglas y normas sociales. Un resumen de las reacciones que presentan niños y niñas testigos indica: stress post-traumático; problemas de integración social; trastornos de aprendizaje; perturbaciones emocionales y de conducta en mayor proporción que en hogares no violentos. (conf. Chetjer, Silvia; Ganduglia, Alicia; Paggi, Patricia y Viar, Juan Pablo: "VIOLENCIA HACIA NIÑOS Y ADOLESCENTES MALTRATO Y ABUSO SEXUAL- ELEMENTOS BASICOS PARA SU ATENCION EN EL SECTOR SALUD" publicado por el Ministerio de Salud de la Nación y el Programa Regional Piloto de Prevencion y Atención de la Violencia Intrafamiliar Cooperación Técnico Financiero B.I.D, 2000).

Teniendo en cuenta el panorama descripto: ¿Es necesaria la sanción de una ley penal para proteger a las víctimas de la violencia familiar en los casos graves donde las medidas proteccionales no resultan suficientes?

En este momento existen en el Congreso Nacional varios proyectos de ley que tipifican el delito de femicidio, como asimismo proponen la creación de otros tipos penales para frenar violencia doméstica (Proyectos de los diputados Fernanda Gil Lozano, Cecilia Merchant y Gustavo Ferrari) no obstante lo cual sería promisorio la creación de un tipo penal que tipifique especialmente el quebrantamiento de las medidas protectivas como acontece con la legislación española. En efecto, el art. 40 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, denominada Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de España (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2004.html) tipifica el delito de quebrantamiento de condena incluyendo dentro del mismo a quienes quebrantaren las medidas de seguridad, medida cautelar, conducción o custodia.

Por su parte, la comunidad jurídica latinoamericana celebró la Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en Brasilia entre los días 4,5 y 6 de marzo aprobando las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia a las personas en condición de vulnerabilidad”, (<http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/100-reglas-de-brasil-ia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad-258>) entre cuyos objetivos figura la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia, “teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el mismo” recomendando a “todos los poderes públicos que de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivas el contenido de las presentes Reglas”.

Estas Reglas en su primera parte luego de definir la situación de vulnerabilidad, mencionan como sujetos beneficiarios de las mismas, entre otros a los niños, a los discapacitados, a las víctimas, y a las mujeres.

Específicamente las Reglas 2 (niños), 3 (discapacitados), 5 (víctimas) y 8 (mujer) están comprendidas en las situaciones previstas en las leyes de protección vigentes tanto en el orden nacional como provincial, y recomiendan enfáticamente la adecuación de las normas vigentes a estas situaciones que constituyen de por sí un alto riesgo individual y social.

Como consecuencia de ello proponemos la creación del art. 239 bis del Código Penal en los siguientes términos:

ART. 239 bis. –

Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años, el que resistiere, quebrantare o desobedeciere alguna medida cautelar, autosatisfactiva, proteccional o restrictiva dictada en los procesos penales, civiles o de familia, en aplicación de las leyes de violencia familiar, de protección de la niñez y adolescencia y de protección a las mujeres o discapacitados.

Actualmente se encuentra presentado como proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina bajo el número de expediente 5888-D-2012. Sumario CODIGO PENAL: INCORPORACIÓN DEL ARTICULO 239 BIS, SOBRE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y DE LAS MUJERES O DISCAPACITADOS. Fecha 23//08/2012.



Este libro se imprimió
en Talleres Gráficos UCA,
en el mes de marzo de 2013
la edición consta de 500 ejemplares.