



Ventana

J u r í d i c a

Año VII - Vol. 2

No. 12

Enero -Junio 2014

"Monográfico en Derecho de Familia y Derechos
de la Niñez-adolescencia"



Ventana
J u r í d i c a

Año VII - Vol. 2

No. 12

Enero -Junio 2014

"Monográfico en Derecho de Familia y Derechos
de la Niñez-adolescencia"



MONOGRÁFICO EN DERECHO DE FAMILIA Y DERECHOS DE LA NIÑEZ-ADOLESCENCIA

VIGÉSIMO ANIVERSARIO

**ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL
"DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"**

ISSN: 2070-3120

@Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador

Todos los derechos reservados

Elaboración y coordinación de proyecto

Bessy Jeannette Aguirre de Flores

Coordinadora de Derecho de Familia y Niñez-adolescencia Ad honórem

Consejo Nacional de la Judicatura

Autores

Aída Kemelmajer de Carlucci

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Eleonora Lamm

Karen Lissette Echeverría Guevara

Laura Cantor

Lucia Prado Casal

Mariel F. Molina de Juan

Marisa Herrera

Nora Lloveras

Roberto E. Rodríguez Meléndez

Diseño y diagramación

Unidad de Comunicaciones y Relaciones Públicas

Impresión

Imprenta y Offset Ricaldone

2ª. Edición 2014

El contenido de los artículos publicados es de exclusiva responsabilidad de sus autores.

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

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura que ha sido posible gracias al apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF., en el marco del Proyecto 40683- “Formación de operadores administrativos y judiciales del sistema de protección integral de la niñez y adolescencia” en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia CONNA.



PLENO DEL CONSEJO

Presidente

Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Consejales Propietarios

Lic. Manuel Francisco Martínez

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández

Lic. Luis Enrique Campos Díaz

Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Escuela de Capacitación Judicial

“Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr. Roberto Enrique Rodríguez Meléndez - Director

Lic. José Hugo Granadino Mejía – Subdirector





CONTENIDO	Pág.
Presentación	1
Prólogo	3
1. La Cámara Gesell como dispositivo para realizar el interrogatorio de niños, niñas y adolescentes.....	9
Carlos Ernesto Sánchez Escobar	
2. ¿Es el uso del castigo corporal y humillante una pauta de crianza con reconocimiento legal en El Salvador?	68
Roberto Rodríguez Meléndez Lucia Prado Casal	
3. La responsabilidad civil de los padres en la jurisprudencia de la Corte Federal	104
Mariel F. Molina de Juan	
4. El embrión in vitro en el proyecto de reforma de Código civil y comercial de Argentina. Aportes para una regulación propia de un Estado laico	157
Eleonora Lamm	
5. Guarda y Custodia Compartida de los Hijos. Aspectos Generales y Criterios para su Adopción	191
Karen Lissette Echeverría Guevara	
6. Las relaciones económicas en las parejas estables	241
Nora Lloveras	
7. El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina en la Argentina: bases para leer el régimen de divorcio incausado	276
Marisa Herrera	
8. La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.....	324
Aída Kemelmajer de Carlucci	
9. La ley génesis de la ley de identidad de género en la República Argentina	371
Laura Cantor	



PRESENTACIÓN

Esta obra constituye uno de los esfuerzos realizados entre el Consejo Nacional de la Judicatura a través de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF y el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia CONNA, en el marco del Proyecto 40683- “Formación de operadores administrativos y judiciales del sistema de protección integral de la niñez y adolescencia”, en el cual se planificó un Programa de Formación Especializada que se ha desarrollado en el periodo que comprende los meses de enero a mayo del presente año.

Entre las actividades planificadas en el referido proyecto se encuentra esta publicación que trata de compartir con la comunidad jurídica contenidos relacionados con el Derecho de Familia y los Derechos de niñez y adolescencia, con el propósito de que se conviertan en valiosos insumos doctrinarios que propicien en la comunidad jurídica, el análisis y discusión de los temas desarrollados en cada uno de los artículos que la conforman, para que sean no solo material bibliográfico a ser utilizado en los procesos de formación que desarrolla el Consejo a través de su Escuela, sino también parte del acervo de aquellos que deseen informarse y profundizar en los mismos.

Enfatizamos nuestros agradecimientos a cada uno de las y los profesionales nacionales y extranjeros, autores y autoras de los artículos que integran la presente compilación y que gentilmente nos han cedido para sumarse a los esfuerzos que se realizan por El Consejo Nacional de la Judicatura en aras de la profesionalización del Sistema de Administración de Justicia de El Salvador.

Asimismo ha sido invaluable el apoyo que UNICEF y CONNA han brindado a la Escuela de Capacitación Judicial para poder hacer realidad esta iniciativa que coincide con su vigésimo aniversario de creación, periodo durante el cual se ha marcado su amplia trayectoria y experiencia en el diseño y desarrollo en los procesos de formación que contribuyen a mejorar

el desempeño de las funciones de los operadores judiciales y del universo de destinatarios de los servicios que brinda el Consejo Nacional de la Judicatura.

San Salvador, a los 16 días del mes de mayo de 2014

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

PRÓLOGO

Esta publicación presenta uno de varios resultados planificados en el trabajo coordinado y articulado entre el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), su Escuela de Capacitación Judicial (ECJ), el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en el marco del proyecto “Fortalecimiento del Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”, componente de “Formación de operadores administrativos y judiciales del sistema de protección integral de la niñez y la adolescencia”, CNJ-ECJ/CONNA/UNICEF 2014. En este componente se ha privilegiado la cualificación profesional de las y los operadores del sistema nacional de justicia mejorando sus conocimientos y capacidades en los procesos administrativos y judiciales relacionados con la violación de los derechos de la niñez y la adolescencia, lo que incluye la promoción de la producción académica, la investigación y el estudio de temas relevantes del Derecho de Familia, de Niñez y Adolescencia.

En este monográfico sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes y el Derecho de familia se presentan artículos relacionados con temas especialmente relevantes y de actualidad para la niñez y la adolescencia en el ámbito jurídico y judicial del país, así como aportes que desde el Derecho internacional o de experiencias de otros países nos brindan insumos para la reflexión.

Dentro de los primeros se presenta el artículo elaborado por el Magistrado de Cámara Carlos Ernesto Sánchez Escobar, en el que analiza el uso de las cámaras Gesell como dispositivo para realizar el interrogatorio de niños, niñas y adolescentes, establecido en la legislación salvadoreña para reducir sustancialmente la revictimización de niñas, niños, adolescentes y mujeres víctimas o testigos de delitos. En este ámbito, Naciones Unidas intervino a través de UNICEF, apoyando al Órgano Judicial para la instalación y equipamiento de cinco cámaras a nivel nacional y en la formación de operadores judiciales y forenses para la utilización correcta del mecanismo. Y también a través del UNFPA, se instalaron cámaras en cuatro sedes de la Fiscalía General de la República y una en el Órgano Judicial. Este trabajo del magistrado Sánchez Escobar aporta una perspectiva para el interrogatorio de personas vulnerables, procedimientos y fundamentos normativos para la declaración de niñas, niños y adolescentes y su valoración en el proceso penal

de utilidad práctica para los operadores judiciales.

Posteriormente, se aborda el uso del castigo corporal y humillante como una pauta de crianza y con reconocimiento legal en el país en un artículo elaborado por Roberto Rodríguez Meléndez y Lucía Parado Casal. Con este aporte se pone en contexto y se reflexiona sobre los retos y desafíos vinculados con la implementación de la LEPINA y se plantea esta situación que, además, ha sido observada por el Comité de los Derechos del Niño como una deuda pendiente de la legislación salvadoreña respecto a la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño. Aunque el Comité recomienda su acomodamiento, los autores reflexionan y reconocen las limitantes de los cambios formales en la normativa frente a un imaginario de las personas que privilegia el ejercicio violento del poder en la corrección y disciplina para con los hijos e hijas, por lo que los desafíos en cuanto a las transformaciones de las pautas de crianza más democráticas requerirán de esfuerzos adicionales.

Dentro de las perspectivas de experiencias internacionales, Mariel Molina de Juan nos introduce a un tema poco tratado en El Salvador: la responsabilidad civil de los padres. La autora hace referencia al análisis en Argentina sobre el deber de responder por parte de quienes detentan la patria potestad, o más precisamente “responsabilidad parental”, por los daños causados por sus hijos a terceras personas, así como al impacto que produce el incumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental cuando quienes sufren los daños son los propios hijos.

Igualmente, compartiendo la experiencia desde el Derecho Argentino, Eleonora Lamm nos introduce en las reflexiones que se han llevado a cabo en dicho país respecto a la regulación sobre el embrión in vitro.

Por su parte, Karen Echeverría nos introduce al tema de la guardia y custodia compartida de los hijos, donde se relaciona necesariamente a la familia y el cuidado de los hijos ante situaciones de crisis o rompimiento familiar, introduciéndonos al concepto de corresponsabilidad parental.

Es indudable la importancia y actualidad de los temas antes relacionados así como los que a continuación se agregan en este número monográfico, como el de las relaciones económicas en las parejas o familias estables, que se aborda también de la mano de Nora Lloveras.

Igualmente Marisa Herrera también analiza los cambios en la legislación

argentina ante supuestos de ruptura matrimonial

Aida Kemelmajer, por su parte, ha brindado un aporte en esta revista sobre un asunto que no deja, lamentablemente, de tener una fuerte relación con el entorno familiar: la violencia contra la mujer desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, esta revista finaliza con un análisis de Laura Cantor sobre la ley de identidad de género en la República Argentina.

La lectura de estos artículos permite formar un panorama integral para el abordaje del derecho de familia y de los derechos de niñez y adolescencia, con un enfoque de género.

Para UNICEF ha sido una experiencia muy gratificante contribuir a la consolidación del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia también desde el ámbito académico y felicita tanto al CONNA como al CNJ-ECJ por la alianza construida para la cualificación y fortalecimiento de las capacidades de los operadores administrativos y judiciales. También fue importante robustecer los materiales académicos de referencia y consulta elaborados por expertos nacionales e internacionales, en algunos de los casos, maestros de los cursos de formación. Esta iniciativa refleja el compromiso de sus funcionarios por la garantía de los derechos de la niñez, adolescencia, mujeres y de las familias salvadoreñas, por lo que se alienta a continuar y vigorizar estos esfuerzos.

Gordon Jonathan Lewis
Representante
UNICEF El Salvador

LOS AUTORES

Aída Kemelmajer de Carlucci

Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza, miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba; académica honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Academia Internacional de Derecho Comparado. Profesora honoris causa de las Universidades de Paris Val de Marne, y nacionales de Rosario, Córdoba, del Sur, el Comahue, del Nordeste y Mendoza. Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Cuyo.

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Magistrado de Cámara 1° de lo Penal. Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica. Profesor de Post-grado. M.D.B., Especialista en Derecho del Mercado Financiero y Derecho Penal Económico, Consultor y conferencista internacional de USAID, SICA, PNUD, UNICEF, BID, SICAD, INTERVIDA, CCAD, entre otros. Integrante del Consejo Consultivo Internacional de la Revista electrónica de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castriño, del Consejo Nacional de la Judicatura.

Eleonora Lamm

Doctora en Derecho con línea de investigación en bioética, Universidad de Barcelona (UB). Investigadora del CONICET. Consultora de bioética y derecho de la Universitat Oberta de Catalunya. Miembro del Observatorio de Bioética de la UB.

Karen Lissette Echeverría Guevara

Doctora en Derecho de Familia por la Universidad de Granada, España. Abogada y Profesora Universitaria e investigadora jurídica. Jefa del Departamento de Ejecución de Medidas de Protección en ISNA.

Laura Cantor

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Asistente por concurso de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho. Profesora de las “Opcionales Familias y Derechos con equidad de Géneros”, co-directora del Seminario “Identidad de Género, Subjetividades y Bioética”, en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

Lucia Prado Casal

Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Docente de UCA de El Salvador.

Mariel F. Molina de Juan

Abogada. Doctora en Derecho Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente de Doctorado en Derecho UNC. Docente estable de carrera de Maestría y Especialización en Magistratura y gestión judicial. Miembro de la Subcomisión que colaboró en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Libro II (2011).

Marisa Herrera

Doctora en Derecho, investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas), especialista en Derecho de Familia, profesora adjunta de “Derecho de Familia y Sucesiones”, ex consultora de UNICEF oficina Argentina, premio Joven Jurista 2007 de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Posgrado, coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Nora Lloveras

Lloveras, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Agregada a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Evaluadora alterna Conicet. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta. de Apelaciones Civil y Comercial Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: noval@arnet.com.ar

Roberto Rodríguez Meléndez

Director de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” de El Salvador. Es Doctor en Derecho (especialidad en derechos fundamentales) y Doctor en Sociología por las Universidades Carlos III de Madrid y de Deusto, respectivamente. Master en Cooperación Internacional para el Desarrollo (UNED/CYES) y en Sociología del Derecho (IISJ) Se desempeña además como investigador asociado y docente en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) para los Departamentos de Ciencias Jurídicas, Sociología y Ciencia Política. (rrodriguez@cnj.gob.sv).

1. LA CÁMARA GESELL COMO DISPOSITIVO PARA REALIZAR EL INTERROGATORIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Una perspectiva del interrogatorio de personas vulnerables y su valoración en el proceso penal.

Sumario:

Sobre los orígenes de la Cámara Gesell. II. Bases de la adopción de la Cámara en el Código Procesal Penal. III. Fundamentos normativos para la declaración de niñas, niños y adolescentes bajo el mecanismo Gesell. IV. Aspectos operativos para la declaración de infantes y adolescentes en Cámara Gesell. V. La cuestión del anticipo de prueba bajo la modalidad de Cámara Gesell. VI. Aspectos de valoración del testimonio de infantes y adolescentes.

Introducción

El tema que se abordará presenta una trascendencia práctica importantísima, en relación a las declaraciones que presentan los infantes y adolescentes cuando son víctimas de un hecho criminal, y deben comparecer como testigos, o aun cuando sin ser víctimas tienen que prestar testimonio respecto de un delito que han presenciado. Tradicionalmente la víctima del delito como persona vulnerable sufre ante la ejecución del hecho criminal, pero ese padecimiento se traslada al proceso penal mediante el mecanismo de la revictimización que naturalmente causa el proceso –al decir de Carnelutti, es una de sus miserias– por ello, para tratar de mitigar ese dolor, la adopción del sistema de Cámara Gesell, es una forma importante a fin de reducir en el mínimo posible el sufrimiento de las víctimas, especialmente las que son infantes y adolescentes.

Pues bien, las disquisiciones presentadas tratan de abordar esta temática, primero hurgando sobre el origen de la Cámara Gesell, para luego citar las bases jurídicas que permitieron su adopción –aunque no con el nombre expreso de Cámara Gesell– en el Código Procesal Penal, posteriormente se abordan los aspectos normativos que le dan respaldo al uso de tal mecanismo; y se esboza el marco operativo establecido administrativamente para su uso e implementación; se aborda la cuestión del anticipo de prueba, esen-

cialmente desde la perspectiva de innecesariedad de volver a repetir el testimonio; y se concluye con un apartado –anteriormente elaborado para otra publicación– sobre aspectos a tener en cuenta en la valoración de los testimonios de niños y adolescentes. El agradecimiento es para UNICEF, el CNJ y la ECJ que permite una publicación en un área tan importante como lo es la de la niñez y adolescencia, y la defensa de sus derechos ¹.

I. Sobre los orígenes de la Cámara Gesell

1. Origen de la Cámara Gesell. El uso de la Cámara Gesell, es de génesis estrictamente psicológico, su utilización tiene un amplio fundamento en los ámbitos de la psicología experimental, en la cual era necesario utilizar mecanismos que permitieran la observación de las personas sin que tal metodología influyera decisivamente en la conducta de las personas sujetas a examen y en los resultados de las mismas, que podrían ser más óptimos al actuar las personas más naturalmente sin sentirse necesariamente observadas.

La utilización del mecanismo de la Cámara Gesell fue una implementación del psicólogo y pediatra *Arnold Lucius Gesell*² quien fue pionero en el campo del desarrollo infantil³ haciendo uso en las investigaciones que desarrollaba de las tecnologías más avanzadas de su época para generar ambientes más favorables a la técnica de experimentación⁴, básicamente la observación de las conductas, para lo cual perfeccionó un dispositivo especial, que permite observar en una sola dirección mediante el uso de vidrios espejados, que permiten observar sin que la persona observada, se dé cuenta de ello, y por ende sin que los menores pudiesen sentirse perturbados, lográndose mejor los objetivos de la experimentación por observación, a ese mecanismo se le dio el nombre de Cámara Gesell –*Gesell dome*–.

1. En el marco del proyecto “Fortalecimiento del Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”.

2. El Doctor Gesell nació el veintiuno de junio de mil ochocientos ochenta, y falleció el veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno. Enciclopedia de la Psicología. Océano. Barcelona España. 2001.

3. En este caso, el abordamiento de la temática del desarrollo infantil tuvo su énfasis en el estudio de las etapas evolutivas en la niñez, es decir básicamente, el enfoque psicológico del desarrollo, pero enfatizándolo en los niños, la psicología del desarrollo es el área que estudia “[...] como crece y cambia la gente desde el momento de la concepción hasta la muerte” e indaga sobre los cambios físicos, cognitivos, sociales y emocionales que ocurren a lo largo de la vida. Ver FELDMAN Robert S. “Introducción a la Psicología”. Cuarta Edición. MacGrawHill. Interamericana. México D.F. 2003 p 8. Sobre ello también HOFFMAN Lois, PARIS Scott, HALL Elizabeth “Psicología del Desarrollo hoy. MacGrawHill. Madrid. 1995 p 27.

4. Así por ejemplo se utilizaban mecanismos como las fotografía de contexto, la grabación en audio, la grabación en video por cámara, y se desarrolló también la entrevista con vidrios espejados.

2. Qué es la Cámara Gesell

La Cámara Gesell, consiste en un dispositivo de estructura física compuesto en un cuarto dividido en dos partes completamente separadas mediante una estructura divisoria, que tiene adosada un vidrio espejado de grandes dimensiones que permite observar desde una habitación a la otra, teniendo visión de lo que ocurre, pero no a la inversa; por lo cual, su perspectiva de visión es unidireccional⁵, de un cuarto se puede observar plenamente lo que ocurre en el otro, pero del otro –que es donde se sitúa la persona observada– no se puede observar hacia la habitación contigua.

La perspectiva del uso de la Cámara Gesell, como dispositivo que reduce sensiblemente la percepción de la persona de ser vista, con la cual se utiliza este instrumento en las actividades de psicología experimental⁶, y sus buenos resultados con las pautas de comportamiento de las personas que no se sentían observadas, sirvió para que tal modalidad se trasladara hacia otras áreas en las cuales las personas actuantes necesitaban un ambiente menos distendido, y precisamente ello fue retomado para las declaraciones de víctima con énfasis en víctimas de la infancia y adolescencia.

Ahora bien, el uso de la Cámara Gesell, como estructura física formal para recibir declaraciones de testigo en caso judicial, requiere de un acondicionamiento diferente capaz de satisfacer lo que significa la rendición de un testimonio en sentido jurídico, y por ello, a la estructura meramente arquitectónica que divide una habitación en dos partes, divididas por una pared con vidrio espejado, debe añadirse todo un componente de carácter tecnológico que permita según las propias formas jurídicas, la debida práctica del acto y la documentación del mismo⁷.

5. Precisamente por ello, dada las características del vidrio espejado de amplia dimensión y con visión unidireccional a la Cámara Gesell como dispositivo también se le conoce como “*one way mirror*” en referencia al tipo de vidrio que la caracteriza y a la forma de visión que permite realizar por las personas que se encuentran en su campo de enfoque.

6. La psicología experimental “[...] es la rama de la psicología que estudia los procesos de la sensación, percepción, el aprendizaje y el pensamiento acerca del mundo”, y aunque todos los psicólogos por su propia formación son expertos en el ámbito experimental, la disciplina experimental en psicología tiene una propia especialización y es eje central de otras especializaciones por ejemplo la psicológica cognitiva. Ver FELDMAN Robert S. “Introducción a la Psicología”. Op cit. p 8.

7. En tal sentido se ha dicho: “[...] La Cámara Gesell, es una habitación acondicionada para permitir la observación con personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con los equipos de audio y video para la graba-

Pero además para la utilización del mecanismo Gesell respecto de la recepción de testimonio, debe añadirse un aspecto más que resulta esencial dada la finalidad intrínseca que persigue la Cámara Gesell en cuanto a la forma de recibir una declaración testifical ⁸, y ello se refiere a que tal dispositivo –además de su estructurafísica– evita la confrontación entre la víctima y el imputado ⁹, reduciendo en lo posibles los niveles de revictimización ¹⁰, en razón de posibilitar un ambiente menos hostil y formal para la víctima, lo cual atempera las situaciones que generan aflicción al momento de enfrentar la rendición del testimonio, y ello supone ulteriormente –como después se dirá– un cambio esencial en el papel del juez como autoridad encargada del acto del testimonio.

II. Bases de la adopción de la Cámara Gesell en el Código Procesal Penal

3. Las bases. Un aspecto que fue fundamental para la adopción de re-

ción de los diferentes experimentos”. CAFFERATA NORES José I. HOLZWARTH Adriana María “La cuestión de la sinceridad intrínseca del testimonio” en Eficacia del Sistema Penal y garantías procesales ¿Contradicción o equilibrio? Editorial Mediterránea. Córdoba. Argentina. 2002 p 139.

8. Aunque más adelante se abundara sobre ello, es menester indicar desde ya que la finalidad de la Cámara Gesell, se encuentra dirigida a reducir la revictimización de personas vulnerables. Por revictimización usualmente se entiende: “[...] el sufrimiento o daño que se causa a las víctimas cuando estas se interrelacionan con las diferentes agencias del sistema penal”. SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “El interrogatorio a la niñez-adolescencia como víctima del delito” en La Víctima y el Acceso a la Justicia en el Ambito Penal Juvenil. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 2013 p 14.

9. Por ejemplo señalando la prevalencia de la tutela de los derechos de los infantes en cuanto a la confrontación respecto del interrogatorio aun en sistemas de ajeo arraigo sobre un interrogatorio confrontado ver el caso Coy v. Iowa 487 U.S. 102, 108 S. Ct. 2798 (1988). Y de manera específica refiriendo a lo legítimo de la limitación cuando el acto de confrontación del testimonio provocaría en el menor víctima un serio daño emocional –*serious emotional distress*– Maryland v. Craig 110 S Ct. 3157 (1990); también señalando los aspectos de prevalencia de la protección de los derechos de la infancia LÓPEZ ORTEGA Juan José “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol. III. Septiembre-Diciembre. 2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001 p 248. En el ámbito europeo –Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– han sido importantes los precedentes P.S. contra Alemania Sentencia del veinte de diciembre de dos mil uno. S.N. contra Suecia. Sentencia del dos de Julio de dos mil dos. Bellerin contra España Sentencia del 4 de noviembre de dos mil tres.

10. Sobre la revictimización y sus efectos ver SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “Los aspectos criminológicos de la victimización” en Actualidad. Revista Jurídica. Año 6 N° 1. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2006 págs. 12 a 15; SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “Notas sobre la revictimización en niños” en Actualidad. Revista Jurídica. Año 6 N° 2. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2006 págs. 27 a 28; CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn “EL proceso penal con niñez víctima de delito. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF El Salvador). San Salvador. El Salvador. 2009 págs. 14 a 15.

glas abiertas en el Código Procesal Penal en cuanto al rito del testimonio de las víctimas y especialmente de la infancia y la adolescencia para que generara un descenso importante en los niveles de victimización secundaria, fue el tomar conciencia del factor de victimización que se presenta en personas con un estatus de vulnerabilidad especial ¹¹, que aconseja precisamente un tratamiento diferenciado, por medio del cual, la revictimización como fenómeno fáctico que presenta en el desarrollo de las actividades del sistema de administración de justicia pudiera ser sensiblemente reducido, para ello era fundamental la adopción de determinados derechos en favor de las víctimas que equilibraran su participación respecto de los derechos del imputado ¹².

4. Victimización y Vulnerabilidad. Del contexto anterior, es fundamental determinar la significación del significado de victimización y de vulnerabilidad. Para el primero se considera todo factor de sufrimiento o padecimiento causado a las víctimas ¹³, y respecto del segundo, debe afirmarse una especial condición del ser humano –en este caso referido a la víctima– que lo coloca en una situación de mayor desventaja por referencia a condiciones peculiares que le hacen más débil ¹⁴.

5. Ser víctima como condición de vulnerabilidad. La visión de ser víctima del delito, determina ya una situación que podría generar una situa-

11. En este caso ha sido fundamental el tener en cuenta “Las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana; así como la Resolución 20/2005 de la Organización de las Naciones Unidas “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos asumida en la 36ª Sesión Plenaria del 22 de julio de 2005.

12. Precisamente por ello en los considerandos de adopción del Código Procesal Penal la Asamblea Legislativa expresó: “Que con el objeto de establecer nuevos instrumentos que permitan una administración de justicia más rápida y efectiva, por medio de la cual se tutelén de manera más eficaz los derechos de las víctimas en un justo equilibrio con los del imputado [...]”.

13. SANGRADOR L. “La victimología y el sistema jurídico penal” en Psicología Social y Sistema Penal. Alianza Universidad Textos. Madrid. España. 1986 p 160.

14. Es bueno en este caso diferenciar la tradicional vulnerabilidad de la víctima –*victimization risk*– en su sentido preventivo, del concepto de vulnerabilidad en atención a los riesgos de la victimización secundaria, así se ha dicho: “Conceptualmente no debe confundirse los factores de riesgo (especialmente predisposición de algunas personas para seducir al criminal) con el grado de vulnerabilidad (física, psíquica o socioeconómica) que aun cuando preexista al momento de la victimización entra en escena una vez acaecida ésta, favoreciendo la producción de trastornos o secuelas derivados del hecho criminal”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio “Tratado de Criminología. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 2009 p 137.

ción de vulnerabilidad; en tal sentido se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad de las víctima puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal; particularmente se destacan entre otras víctimas las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica, o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta ¹⁵.

6. La edad como condición de vulnerabilidad. La vulnerabilidad en las reglas de Brasilia obedece a diversos factores ¹⁶; en este caso especial se determina como en situación concreta de vulnerabilidad a las personas que no alcancen un rango específico de edad ¹⁷, y por ello se indicad que se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable; agregándose que respecto de toda niña, niño o adolescente debe desarrollarse una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo ¹⁸.

Precisamente en cuanto a la condición de víctima menor de edad, es decir menor de dieciocho años, el Código Procesal Penal diseña una serie de derechos reforzados ¹⁹ que imperativamente deben reconocerse a la persona a

15. Sección Dos. Regla 5 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables.

16. Así dice la regla 1 “Se considera en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, genero, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentren especial dificultad para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. La regla 4 dice: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras las siguientes: edad, discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, y la privación de libertad.

17. Precisamente el Código Procesal Penal, reconoce para la víctima menor de edad una especial condición de vulnerabilidad que la hace sujeto de un conjunto especial de derechos, digamos que es una especie de vulnerabilidad por ministerio de ley, así dice el art. 106 N° 10 letra “b” Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso”.

18. Sección dos Número 2 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables

19. Básicamente los derechos se encuentran reconocidos en el artículo 106 Numero 10 del Código Procesal Penal y dicen: “La víctima tendrá derecho [...] Cuando la víctima fuere menor de edad [...] a) Que en las decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su interés superior; b) Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso; c) A recibir asistencia

partir de una doble condición, la de ser víctima del delito, y además la de tener una edad específica, que la ubica en la condición de niña, niño o adolescente²⁰.

7. Ámbitos de protección. La condición de ser víctima de un delito, pero además la condición de vulnerabilidad de ser menor de edad, indican la adopción de ciertos ámbitos de protección, vinculados a reducir los niveles de victimización tradicionalmente reconocidos²¹, así se indican que se deberán adoptar las medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito [victimización primaria]; de igual manera se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de administración de justicia [victimización secundaria]; debiéndose garantizar en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas; y se considera una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial²².

y apoyo especializado; d) A que se proteja debidamente su intimidad y se apliquen la reserva total o parcial del proceso para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de la sus familiares; e) A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado por él, cuando fuere menor de doce años; f) Ser oída por la autoridad judicial o administrativa antes de adoptar una decisión que le afecte; g) A que se de aviso de inmediato a la fiscalía; h) A que se le designe un procurador a los efectos de asegurar la debida asistencia y apoyo durante el procedimiento, cuando carezca de representante legal o éste tenga interés incompatible con el del menor o cuando sea solicitado por la víctima con discernimiento; i) A gozar de las medidas previstas en los regímenes de protección que sean aplicables; j) A recibir apoyo psicológico o psiquiátrico cuando sea necesario; k) Los demás establecidos en este Código, en tratados vigentes y otras leyes.

20. En este caso la normativa aplicable para determinar la edad reza: “Para los efectos de esta Ley, niña, niño es toda personas desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumplan los dieciocho años de edad. Artículo 3 inciso segundo de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

21. Por ejemplo sobre ello MIRANDA ESTRAMPES Manuel “Los Menores como víctimas de hechos delictivos. Tratamiento Procesal” en Derechos de la niñez y adolescencia en El Salvador. UCA Editores. San Salvador. El Salvador. 2012 p 119.

22. Sección Dos. Regla 12 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables. Pero además se consideran destinatarios de la aplicación de las reglas prácticamente todos los operadores del sistema de administración de justicia penal y por ello se expresa: “Destinatarios. Actores del sistema de justicia. Serán destinatarios del contenido de las presentes reglas. Los responsables del diseño implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial. Los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en la administración de justicia de conformidad con la legislación interna de cada país. Los Abogados y otros profesionales del derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados. Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman. Policías y servicios penitenciarios. Y con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Sección Tercera. Regla 24 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables.

8. La cuestión del Anticipos de prueba. Un aspecto que es esencial para reducir el fenómeno de la victimización, y especialmente el de la victimidad secundaria, es reducir las múltiples declaraciones que las víctimas del delito rinden, en este caso debe considerarse especialmente la declaración de niñas, niños y adolescentes, por ello, la edad es un mecanismo que puede generar una anticipación del testimonio; pero debe tenerse especialmente en cuenta, que el fundamento principal de esta regla, es que una vez anticipada la declaración, la persona menor de edad, que ha declarado como testigo, ya no debe rendir nuevamente su testimonio en el juicio oral, puesto que, lo que se quiere evitar precisamente es someterlo a nuevas revictimizaciones, lo cual ocurre cuando la persona declara una y otra vez ²³.

Por ello, el espíritu de la regla recomienda la adaptación de procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, a fin de evitar la reiteración de declaraciones, el aspecto medular es entonces la evitación de un nuevo testimonio, lo cual determina la necesidad que a estos efectos se grave en soporte audiovisual el acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales, básicamente en la vista pública, y pueda ser valorada como prueba ²⁴.

23. Por ejemplo en el derecho comparado la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas establece en el Art. 12.4 “[...] sin perjuicio del derecho de defensa los Estados miembros velarán por que las víctimas [...] en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a la orientación de los tribunales: a) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio [...]”; 13.1 a. “[...] Los interrogatorios del menor víctima, se celebren sin demora injustificada tras la comunicación de los hechos a la autoridad competente.

24. Sección Cuarta. Regla 37 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables. Este aspecto se reflejara en concreto en lo prescrito en el artículo 305 N° 5 del CPP que dice: “En cualquier momento del proceso las partes podrán pedir al juez que reciba una declaración anticipada, cuando exista un obstáculo difícil de superar, que haga presumible que tal declaración no podrá realizarse durante la vista pública. Se considerará obstáculo difícil de superar cuando el testigo se encuentre en las situaciones siguientes [...] cuando el testigo fuere menor de doce años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico que evalúe su condición física y psicológica. Y la Resolución 20/2005 de la Organización de las Naciones Unidas “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dice en XI. 29. C. “Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados.

9. Comparecencia en dependencias judiciales. Otro aspecto que ha sido importante para reducir los niveles de victimidad, y garantizar a la persona vulnerable –menor de edad– es garantizar que el rito del testimonio en sede judicial, ocurra bajo ciertas condiciones; así se ha dispuesto que cuando la específica situación de vulnerabilidad lo determine, la declaración del testigo menor de edad, y aun los demás actos procesales se llevaran a cabo con la presencia de un profesional de la conducta cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad; y además se reconoce que también puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentre en condición de vulnerabilidad ²⁵.

Se trata aquí entonces de generar para la declaración un ámbito de entorno menos hostil, que reduzca aún más la vulnerabilidad de la persona infante o adolescente, y para ello, se habilita el concurso bien de una persona especializada en las áreas de las ciencias de la conducta –puede ser un psicólogo, educador, una trabajadora social etc.– que colabore en el acto de la recepción del testimonio; y también se permite que una persona afectivamente vinculada a la víctima menor de edad, pueda estar con ella, cuando rinda su testimonio, siempre que ese apoyo emocional sea conveniente para el desarrollo del acto ²⁶.

10. Garantía de un Ambiente no hostil y derecho a no ser confrontado con el imputado. Aspecto esencial en la toma de la declaración de los infantes y adolescentes es que su declaración se reciba en un lugar que genere un ambiente lo más alejado de toda hostilidad, puesto que debe de partirse de la idea, de que las estructuras judiciales por su propia construcción que trasmite un simbolismo de poder, es un ambiente que puede

25. Sección Tres. Número 2 regla 65. de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 2011 establece en el art. 13.1 c “Los interrogatorios del menor víctima estén dirigidos en caso necesario, por o a través de profesionales con formación adecuada a tal efecto”. Y la Resolución 20/2005 de la Organización de las Naciones Unidas “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dice: XI. 31. C. “Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos, así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología.

26. Estos aspectos se han concretado específicamente en el artículo 213 letra “a” del Código Procesal Penal.

generar tensiones en la persona que declara, a esos efectos resulta conveniente que la comparecencia del testigo acontezca en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo, lo cual ciertamente es compatible con el uso de las Cámaras Gesell, y su entorno próximo –ludotecas– que permiten generar una sensación de mayor sosiego para quien declara ²⁷.

También se señala que cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, y en consecuencia podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo –es decir proteger más al declarante– lo cual puede alcanzarse inclusive excluyendo la presencia física del imputado en el lugar del juicio o de la vista pública, a tal efecto puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión ²⁸.

La otra cuestión vital, es que parta reducir o evitar la tensión y angustia emocional se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima; en el caso de los derechos de la víctima menor de

27. Sección Tres. Número 3 regla 66. de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables. En este caso la disposición normativa que generaría esta posibilidad, es el artículo 106 letra diez “d” que señala como derecho: “A qué se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles [...]”. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 2011 establece en el art. 13.1 b. “Los interrogatorios del menor víctima tengan lugar en caso necesario, en locales asignados o adaptados a tal efecto”. Y en la propuesta de Directiva 2011/0129 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea se establece art. 21. 2 a: “Se interrogará a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin; b. Los interrogatorios a la víctima serán realizados por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda; y la Resolución 20/2005 de la Organización de las Naciones Unidas “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dice en el art. XI. 30. D. “Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevista concebidas para ello, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delito integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a la hora apropiada para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño solo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño.

28. Sección Tres. Número 3 regla 74. de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables. Y el Código Procesal Penal adopta este aspecto cuando reza en el artículo 106 letra diez “d”: “[...] y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario [...]”. Para el caso la propuesta de Directiva 2011/0129 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea se establece en al art. 21. 3 b: “medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de las tecnologías de la comunicación adecuada.

edad, esta regla es imperativa, en cuanto a la confrontación con el inculpado, la víctima menor de doce años en el sistema procesal penal salvadoreño, no puede ser confrontada ni interrogada con el imputado ²⁹.

11. El uso de un lenguaje comprensible. El acto del testimonio, es una cuestión importante en el proceso penal, sin embargo, su recepción no es uniforme para todos los testigos, puesto que la ley distingue una forma especial de recibirse la declaración de testigo cuando se trate de una persona menor de dieciocho años; así en la regla se dispone que se procurará adoptar un lenguaje adaptado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales; y se indica que se debe procurar formular preguntas claras con una estructura sencilla ³⁰.

12. Derecho a ambientes no formales. Otro aspecto que es fundamental para reducir los niveles de revictimización y garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad, un trato que reduzca la afectación de su persona, es procurar en la mayor medida la reducción de la formalidad del acto, ello incumbe al aspecto estructural en el cual se desarrolla la recepción del testimonio, como al acto del testimonio mismo; por ello en las regla se indica que en los actos judiciales en los que participen menores de edad se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral y en todo caso: Se debe celebrar en una sala adecuada, debe señalarse que la Cámara Gesell, cumple satisfactoriamente este aspecto de desformalización del acto.

29. Sección Tres. Número 3 regla 67. de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables. La prescripción que establece este aspecto es el artículo 106 letra diez “d” que señala como derecho: y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado por él, cuando fuere menor de doce años. La 20/2005 de la Organización de las Naciones Unidas “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dice en el art. XI. 31. B. Velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de defensa; de ser necesario los niños víctimas y testigos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberá proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas de entrevista privadas. Para el caso la propuesta de Directiva 2011/0129 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea se establece en al art. 21. 3 a : “medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnología de la comunicación.

30. Sección Tres. Número 3 regla 72 de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables. A estos efectos, el art. 213 letra “a” CPP dice: “Las partes harán las preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor de edad [...]”

Pero además se establece que se debe facilitar la comprensión del acto del testimonio, utilizando un lenguaje sencillo, y que se deberá evitar todos los formalismos innecesarios tales como toga, la distancia física con el tribunal y otros similares³¹; es decir que la procedencia de la rendición del testimonio en la mayor medida de lo posible debe hacerse no solo en un lugar que refleje menos hostilidad, sino además menos formalidad, ello también ha sido procurado por la legislación salvadoreña que establece como condición del testimonio de los niños, niñas y adolescentes lugares no hostiles ni formales³².

13. La reserva y limitación a la publicidad. Otro aspecto importante a tener en cuenta, es que la participación de las víctimas menores de edad en el proceso penal, tienen una protección especial en cuanto a la publicidad de los actos procesales, lo anterior significa, que aun reconociéndose la importancia de la garantía de un juicio público; la misma tiene específicas limitaciones cuando se trata de víctimas infantiles o adolescentes, en tal sentido se establece, que cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, puede plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas de tal manera que solamente pueda acceder a su contenido las personas involucradas³³.

31. Sección Tres. Número 6 regla 78 de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables.

32. En este caso se trata de un reconocimiento normativo doble, por una parte el Código Procesal Penal que en el artículo 106 10 letra “e” establece: “[...] A qué se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles [...]”; el artículo 213 letra “a” que dice: “[...] El juez que preside podrá valerse del auxilio de los padres o del representante legal del menor o en su caso de un pariente de su elección o de un profesional de la conducta, en los casos de declaraciones de menores de doce años esta disposición será de aplicación imperativa; y el artículo 51 letra “d” de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que prescribe: “Se garantizará a las niñas, niños y adolescentes el acceso gratuito a la justicia; lo cual incluye entre otros elementos los siguientes [...] Facilidades para la rendición de su testimonio, en ambientes no formales ni hostiles [...]”.

33. Sección Cuatro. Número 1 regla 80. de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables. Este aspecto también ha sido reconocido por el Código Procesal Penal cuando se establece en el artículo 106 10 letra “d”: “[...] A que se proteja debidamente su intimidad y se apliquen la reserva total o parcial del proceso para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de la sus familiares [...]”; y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que estatuye en el art. 51 letra “c” “[...] Adopción de medidas de protección de su identidad y la de sus familiares, cuando resulte procedente”. Y también se establece en la regla: “Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en video en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de las personas en condición de vulnerabilidad. En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva su desarrollo como persona”. Sección Cuatro. Número 1 reglas 81 y 82 de las Reglas Básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables.

III. Fundamentos normativos para la declaración de niñas, niños y adolescentes bajo el mecanismo de la Cámara Gesell

14. Tutela Especial. Debe señalarse según se ha expuesto *supra* que el interrogatorio de las niñas, niños o adolescentes ha sufrido importantes cambios en el nuevo Código Procesal Penal, y precisamente debe insistirse en que dichas modificaciones tienen el sentido de generar un ámbito de mayor protección a los derechos de la infancia y adolescencia, tratando sobre todo de minimizar los múltiples aspectos de revictimización que presentan el rito del proceso penal, y en este caso el interrogatorio de las personas infantes o adolescentes que son víctimas de delitos y que deben declarar como testigos en el proceso penal.

Derivado de lo anterior, la ley procesal penal, tiende a generar en el marco del interrogatorio de los menores de dieciocho años, unas formas especiales en cuanto a la manera en la cual, brindaran su testimonio, lo anterior tiene como aspecto fundamental generar un marco de mayor protección a sus derechos –de integridad personal en su dimensión más completa– para reducir al menor margen, los efectos derivados de la victimización secundaria que causa el procedimiento penal en esta clase de víctimas ³⁴.

Pues bien, esta nueva forma de desarrollar el interrogatorio en materia de infantes y adolescentes, tiene un marco protector reforzado, sobre la base de garantizar de una mejor manera los derechos fundamentales de dichas personas ³⁵, los cuales entran en situación de afectación con el ejercicio de las formas procesales que siendo necesarias para encontrar la verdad forense, deben ser mitigadas en todo lo que sea imprescindible a fin de que el ritual

34. Es por ello, que la regla de aplicación para los interrogatorios de menores de dieciocho años, es sensiblemente diferente a las regulaciones que tiene el interrogatorio de adultos, siendo así que, la forma general de someter a una persona a un interrogatorio cruzado, que es la que utiliza en su generalidad el artículo 209 CPP no resulta aplicable para el interrogatorio de niños, niñas y adolescentes, el cual se encuentra especialmente regulado en el artículo 213 CPP con el establecimiento de unas reglas generales que permiten un interrogatorio sensiblemente diferente, que tiene como sentido esencial, generar menos revictimización en los menores que tendrán que rendir una declaración como testigos ante el juez. Ver CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn “EL proceso penal con niñez víctima de delito. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF El Salvador). San Salvador. El Salvador. 2009 p 46.

35. CORREA HENAO Magdalena “La limitación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2003 págs. 35 a 37.

por ley establecido en el procedimiento penal, sea lo menos lesivo posible para las víctimas, y en este caso, particularmente para las víctimas que son niños o niñas.

Ese conjunto de garantías específicas para generar un marco de protección a los derechos de los niños, tiene un primer sustento en la Convención de los Derechos del Niño, precisamente en el artículo 3.1., que establece como principio rector en su sentido más general que las instituciones tengan en cuenta el interés superior del niño respecto de las medidas que deban de adoptarse respecto al ejercicio de sus derechos³⁶.

Derivado de lo anterior, es el reconocimiento de especiales derechos para la niñez que aparece como víctimas de conductas criminales, y a esos efectos, el artículo 106 CPP destina una preferente forma de reconocimientos de derechos para los infantes y adolescentes en el marco del proceso penal a efectos de ser ejercitados de una manera más plena para la protección de sus derechos, destinando una especial regulación a partir del número diez, en cuanto la víctima sea menor de edad³⁷.

15. El derecho a declarar en un ambiente no hostil. Debe entonces realizarse una aproximación de exegesis a la forma especial prevista para el caso de brindar un testimonio para infantes y adolescentes, el cual conforme a la regulación del artículo 106 N° 10 letra “e” se instaura como un “derecho” del menor, lo cual implica que como derecho –la prerrogativa que tiene la persona para ser protegida en la forma que la ley determina– y

36. En tal sentido dice el precepto: “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 atenderá será el interés superior del niño”. También en el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia se reconoce el principio de “interés superior del menor, inclusive con un rango específico de ponderación. Precisamente la decisión legislativa de instaurar un régimen legal diferente de interrogatorio para los infantes y adolescentes, que genere menos afectación de sus derechos, y la aplicación de dicha normativa en los casos que proceda por los jueces, es una concreción del aludido principio.

37. Y a los efectos que aquí conviene en cuanto al desarrollo de medidas procesales menos lesivas para los derechos del menor reconoce: “[...] a) Que en las decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su interés superior; b) Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso; e) A qué se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogada personalmente por el imputado ni confrontado con él, cuando fuere menor de doce años”.

que debe asegurarse en la mayor medida posible su eficacia en la forma en la cual se encuentra establecida, según el respectivo precepto legal ³⁸.

A esos efectos, ha de interpretarse el alcance la cláusula establecida para la rendición del testimonio de los infantes y adolescentes en el sentido que: “[...] A qué se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia [...]. La determinación de ambientes no formales ni hostiles, tiene por finalidad que los infantes y adolescentes en su caso, rindan sus deposiciones en lugares que por sí mismos, es decir por su estructura física y diseño no causarían afectación emocional a ellos, es decir lugares y estructuras físicas más asimilables al entorno de comprensión del menor y del mundo en el cual se desarrolla, lo cual precisamente no reflejan las tradicionales salas de audiencia que por su diseño arquitectónico –necesariamente– simbolizan de alguna manera –con más o menos énfasis– el poder del Estado en el juzgamiento como acto de gobierno judicial, y por ello se requiere de que el entorno en el cual se rinda la declaración de una víctima menor de edad, sea lo menos hostil posible ³⁹.

16. La cámara Gesell como ambiente que reduce la hostilidad.

Las Cámaras Gesell, constituyen espacios especialmente diseñados para no ser formales ni hostiles al niño niña o adolescente, y perfectamente quedan comprendidas en el supuesto legal que manda a que el testimonio de los menores se le brindan las mayores facilidades para rendir su testimonio y que este se reciba: “[...] en ambientes no formales ni hostiles [...]”; preci-

38. Básicamente un derecho en sentido estrictamente normativo es: “[...] una prescripción de conducta general e imperativa [...]”. CATENACCI Imerio Jorge “Introducción al Derecho”. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2006 P 249.

39. Así, el precepto utiliza una significación amplia entonces en cuanto al lugar donde se pueda rendir el testimonio del menor, el cual tiene que gozar de la cualidad de no ser un ambiente formal o excesivamente formal, y menos un lugar hostil respecto de la incidencia que tenga en el menor en el ámbito emocional del mismo al momento de rendir su declaración e inclusive respecto de los momentos previos al recibo del testimonio, ello para los efectos de causarle a la niña niño o adolescente la menor revictimización posible; las Cámaras Gesell en consecuencia, son una de las modalidades que permiten obtener lugares menos formales y hostiles para los infantes, y suponen un ambiente más tranquilo y relajado en el cual la víctima menor de edad, pueda rendir su declaración sin aprensiones innecesarias –ansiedad, miedo, angustia, temor, nervios, etc.– y reducidas en todo lo que sea posible; en tal sentido, dichos espacios caracterizados por su diseño arquitectónico estructural tratan de generar un entorno menos aflictivo al infante o adolescente al momento de rendir su declaración como testigo.

samente las Cámaras Gesell⁴⁰, constituyen medios de facilitación para que el menor brinde su testimonio en lugares menos incómodos a su percepción del lugar donde tendrá que declarar y de esta manera reducir lo más que se pueda la aflicción derivada de relatar los hechos que afirma le sucedieron; con lo cual, el uso de las Cámaras Gesell, se encuentran comprendidas dentro del precepto legal que establece el derecho de la niña, niño o adolescente para rendir su testimonio en espacios no formales ni hostiles, es decir su amparo legal se encuentra fundado en el artículo 106 Número 10 letra “e” del Código Procesal Penal.

De lo dicho, debe entonces sostenerse que el uso de la Cámara Gesell, en nuestro sistema legal, tiene por fundamento, mejorar el entorno en el cual declaran los menores volviéndolos menos hostiles y reduciendo los efectos de la revictimización, con lo cual, tal aplicación es completamente compatible con el precepto del artículo 106 N° 10 letra “e” cuando establece como derecho de los menores –lo cual debe de tratar de cumplirse en la mayor medida posible por el sistema de administración de justicia penal– el rendir sus testimonios, en ambientes no formales ni hostiles, siendo la Cámara Gesell compatible con este entorno de reducción de victimidad de los menores, protegiendo en mejor medida el derecho fundamental a la integridad personal, en este caso en su sentido síquico⁴¹.

17. La cuestión del interrogatorio bajo cuestionario en el uso de la Cámara Gesell. Un primer aspecto que debe formularse, es que el

40. Ahora bien, las Cámaras Gesell –pueden presentar según el caso diversos diseños, pero como quiera que sea, su finalidad es perturbar lo menos posible a los niños y niñas que rinden una entrevista, es decir generarle menos aflicción; precisamente esa es la esencia de las Cámaras Gesell, el de utilizar espacios en los cuales hay vidrios especiales que permiten la observación de los niños, mirando hacia una sola dirección con lo cual, los niños pueden ser objeto de observación sin ser perturbados –de ahí su nombre de –Gesell dome– en su forma estructural la Cámara Gesell es un cuarto compuesto por dos partes separadas por una estructura divisoria en la cual se inserta un vidrio especial de gran tamaño que permite ver hacia una de las habitaciones lo que ocurre en la otra –en esta se sitúan las partes– pero que no permite la visión hacia la otra –desde donde está la niña o el niño “Enciclopedia de Psicología”. Océano. Barcelona. España. 2011 p 94.

41. con lo cual, esta mayor necesidad de protección del menor como persona más vulnerable, es decir en una situación diferente al justiciable, hace que su derecho más necesitado de protección, prevalezca por sobre el interés de que los interrogatorios del testigo se realicen de la manera usual prevista para la generalidad de casos, lo cual debe variar excepcionalmente en atención al derecho preferente de protección que debe darse al infante o adolescente en una situación de mejora de protección para generar la equiparación de tutela de sus derechos, teniendo en cuenta que el imputado puede presenciar la declaración y su defensor presentar las preguntas correspondientes según lo normado para estos casos, con lo cual, se asegura en la medida necesaria el derecho de defensa del imputado.

interrogatorio en la modalidad de Cámara Gesell, es completamente diferente al interrogatorio que se maneja en su sentido tradicional, es más debe señalarse, que el uso del dispositivo Gesell como lugar menos hostil y formal hace que el interrogatorio del niño, niña y adolescente se integre también a este aspecto de reducción de lo hostil y de lo formal, de ahí que no puede estructurarse un interrogatorio tradicional en un mecanismo como el de la Cámara Gesell, que se encuentra destinado a ser factor reductor de la victimización y de la vulnerabilidad de las víctimas menores de edad.

En tal sentido, la realización del testimonio de los menores en Cámara Gesell y el interrogatorio mediante un cuestionario de preguntas por escrito, controlado por el juez, y realizado por un experto de la conducta –psicólogo por ejemplo– no significa vulneración de específicas formas que generalmente privan de una manera general en el proceso penal en materia de interrogatorio.

Así, el interrogatorio de los menores de una forma diferenciada a los adultos, es parte del derecho genérico del menor a rendir su testimonio, en ambientes no formales ni hostiles, aquí se presenta como una modalidad de contenido, puesto que poco se habría avanzado, si en el ambiente que se escogiera para el interrogatorio –en este caso Cámara Gesell– el mismo se desarrollara de la manera habitual formal en la cual se establece para el rito del testimonio –art. 209 CPP– por cuanto un interrogatorio cruzado –*cross examination*– en carácter adversativo, generaría para el niño, niña o adolescente sujeto al mismo, un ambiente no solo formal, sino decisivamente hostil⁴², puesto que el interrogatorio del testigo, y su contrainterrogatorio generan efectos de presión sobre el declarante adulto –no se diga respecto de los niños–; en tal caso de mantenerse la misma forma de interrogatorio, el derecho a no declarar en un ambiente no forma y hostil, difícilmente se cumpliría, vulnerándose el mismo⁴³.

42. Por ejemplo BAYTELMAN A. Andrés, DUCE J. Mauricio “Litigación penal juicio oral y prueba. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Chile. 2004 p 153; y entre nosotros DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio “Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral” en Revista Justicia de Paz. N° 9. Año IV-Vol. II. Mayo-Agosto. 2001. Corte Suprema de Justicia. Agencia Española de Cooperación Internacional. San Salvador. El Salvador. 2001 265 y ss.

43. Con lo anterior, debe afirmarse entonces que la forma del interrogatorio, oral, directo en su sentido personal, cruzado y adversativo, que es lo usual en el testimonio rendido por adultos, sufre un cambio decisivo, adaptándose a la forma de declaración del testigo infante o adolescente en el ámbito de no ser un instrumento de hostilidad, y reduciendo esos efectos, por ello, es que dicho interrogatorio debe entenderse incluido en la forma garantizada por el derecho

Y es que, resulta determinante considerar que la noción de hostilidad y formalidad, no necesariamente debe entenderse reducida a las meras estructuras físicas de los tribunales en las cuales se recepciona el testimonio en general de las personas adultas, y que por sí mismas serían vulnerantes para un menor de edad; sino que además el interrogatorio como forma de obtención de una declaración debe ser entendido como integrante de un ambiente hostil y formal, por ello, su reducción a planos menos adversos y formalizados, es un aspecto trascendental para lograr una menor revictimización en personas vulnerables, y a esos efectos sirve un interrogatorio previamente elaborado y presentado como cuestionario para poder ser posteriormente canalizado respecto del menor de edad que declara ⁴⁴.

Dos cuestiones de importancia se derivan de lo anteriormente expuesto: la primera, es atinente siempre, al alcance de que la declaración se realice en un ambiente no hostil ni formal, por lo cual, como ya se expresó, debe enten-

del menor víctima a declarar en un ámbito no formal, ni tampoco hostil; este primer aspecto interpretativo, allana la forma de presentar un interrogatorio diferente cuando se trata de niñas, niños o adolescentes cubiertos por la protección del derecho establecido en la letra “e” del número 10 del artículo 106 CPP. Pero además, este aspecto se encuentra también complementado por otra disposición normativa, en este caso el artículo 213 CPP que de manera específica y categórica establece diferencias sustanciales en el interrogatorio de los menores, respecto del interrogatorio de los adultos. En efecto, dice el inciso primero del artículo *supra* citado: “El interrogatorio de una persona menor de edad estará sujeto a las modificaciones siguientes [...]”. Conviene ya aquí resaltar el aspecto diferencial que la ley determina para los menores, ello se hace en el marco no solo de la protección reforzada de sus derechos en cuanto evitar nuevas victimizaciones –que es una cuestión primordial– sino que además se pretende generar una producción más eficaz de la prueba, respecto de las cualidades personales del sujeto de prueba, por cuanto un infante o adolescente presenta un desarrollo psíquico –en su sentido más integral– diferente al del adulto, con un contexto de conformación diverso, que requiere también variar la forma tradicional del testimonio, para que el menor pueda comprender mejor lo que se le pregunta y en su caso, también expresarse y contestar de mejor manera sobre la información que se le solicita que proporcione, estos aspectos entonces esenciales para la obtención de la prueba testimonial de menores de edad, debe reflejar cambios importantes en la estructura de su interrogatorio, y son los que introduce la ley en los diferentes supuestos previstos en el artículo 213 *in fine* citado.

44. Sobre ese aspecto, es conveniente citar en lo conducente parte del supuesto contenido en la letra “a” cuyo texto es el siguiente: “Las partes harán las preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor de edad; y cuando sea necesario el juez conducirá el interrogatorio con base en las preguntas formuladas por las partes: El juez que preside podrá valerse del auxilio de los padres o del representante legal del menor o en su caso de un pariente de su elección o de un profesional de la conducta, en los casos de declaraciones de menores de doce años esta disposición será de aplicación imperativa”. De lo anterior debe señalarse que en un interrogatorio de menores de edad, es aspecto primordial que las preguntas y repreguntas, no afecten la integridad psíquica del testigo, debe de recordarse además en este aspecto, que el derecho que se tiene por los menores a que su interrogatorio no sea hostil, ni formal, integra conforme a la preservación de ese derecho, las reglas específicas de la forma del interrogatorio previsto en el artículo 213 CPP en cualquiera de sus modalidades, cuestión manifiesta a partir de la fórmula “ [...] resguardando la integridad psíquica y moral [...]”; aspecto que queda bajo control del juez, el cual cuando crea necesario puede conducir el interrogatorio formulado por las partes.

derse que el interrogatorio de los niños en Cámara Gesell, por su forma de contenido –la forma en la cual se hace– también integra un ambiente de no hostilidad, es una cuestión de ambiente de interrelación, es decir no físico, sino ya personal en su sentido comunicativo ⁴⁵.

La segunda es que tal variación en el interrogatorio por la modalidad en la cual se ejerce –Cámara Gesell– hace necesario que las preguntas de las partes, se encuentren debidamente controladas –en el sentido más general– y por ello, necesariamente deben ser preguntas formuladas con anticipación, de tal manera que el juez pueda calificarlas previamente, y hacerlas saber al profesional de la conducta que intervendrá para que escoja la mejor forma de hacer las preguntas al testigo menor de edad ⁴⁶.

18. El auxilio de un experto en la conducta en el interrogatorio en Cámara Gesell. El otro aspecto de importancia que debe de considerarse es la interpretación de la parte final del precepto –art. 213 inciso primero letra “a” que dice en lo conducente: “[...] El juez que preside *podrá valer-se del auxilio* de los padres o del representante legal del menor o en su caso

45. por lo cual, en la Cámara Gesell, que como se expresó, es una instrumento de observación y comunicación interactiva respecto de la declaración –en la cual el niño es observado, pero no se sabe observado al momento de declarar– por su propia naturaleza de mitigadora de hostilidad formalizada, no se puede reproducir la misma forma de interrogatorio oral, directo en su sentido personal, cruzado y adversativo, pues de ser así, ello volvería ineficaz la operatividad del uso de la Cámara Gesell, y no se cumpliría la finalidad a la cual esa forma instrumental está destinada, que es generar un ambiente lo más desformalizado posible para el infante o adolescente que declara, reduciendo la hostilidad del interrogatorio como método de obtención de una declaración, minimizando entonces la revictimización y preservando de mejor manera la integridad psíquica y moral de las niñas, niños y adolescentes

46. Tal necesidad de forma para realizar las preguntas que se formularan hace incompatible un interrogatorio oral inmediato en el cual, la parte hace de manera rápida la pregunta, y obtiene prontamente una respuesta, puesto que esta forma de interrogatorio en la estructura de comunicación de la Cámara Gesell, sería incompatible con sus fines, en el sentido que el abogado hace, la pregunta, el juez la traslada al profesional que pregunta y este inquiere al niño para que responda todo de manera rauda, y así sucesivamente por cada pregunta que tenga que hacerse; nótese que la dinámica de este interrogatorio con las finalidades de un entorno no formal y no hostil, hace peligrar gravemente esos fines ulteriores de protección del destinatario de la forma –es decir de la niña, niño adolescente– por lo cual la lógica esencial de la forma de preguntas en Cámara Gesell, vuelve necesario que dichas preguntas se formulen previamente para su debido control; y que posteriormente aprobadas las mismas, pueda el experto de manera fluida y normal, realizarle al infante o adolescente las preguntas solicitadas, para que aquéllos las respondan, teniendo las partes y el juez contacto directo de todo ello, puesto que estarán presenciando en una sección de la Cámara Gesell la forma en la cual se desarrolla el interrogatorio. En tal sentido el interrogatorio por cuestionario previo es consustancial con la utilización de las Cámaras Gesell, e integra –como ya se dijo– el ámbito de contenido de la norma que garantiza un ambiente no formal ni hostil, como derecho del infante o adolescente a rendir su testimonio de esa forma.

de un pariente de su elección *o de un profesional de la conducta, en los casos de declaraciones de menores de doce años esta disposición será de aplicación imperativa*”. La modalidad de auxilio para la prestación de las declaraciones de los infantes o adolescentes, presenta diversos aspectos a considerar, aquí solo interesa destacar el relacionado al auxilio del profesional de la conducta; en tales casos puede requerirse un auxilio pasivo o un auxilio activo, el primero sólo representa un acto de acompañamiento emocional del menor que declara, quien se ve acompañado en un momento difícil –prestar declaración– por una persona con la cual ha establecido una relación de confianza y empatía –aplicación de la regla del artículo 106 N° 12 CPP–.

El restante aspecto –auxilio activo– implica una actividad dinámica del profesional de la conducta –psicólogo, terapeuta, educador, trabajador social etc.– por la cual es dicho experto, quien realiza las preguntas al testigo infante o adolescente, escogiendo la forma adecuada para ello, aunque debe garantizarse que la circunstancia de la pregunta se formule al testigo, para que la conteste y pueda también garantizarse el derecho del justiciable a que en su defensa se interroge al menor de edad testigo.

Según se ha dicho, este interrogatorio de los infantes o adolescentes es diferente en su forma de ser ejercitado, supone una reducción de la formalización del poder en los interrogatorios, tanto del juez como de las partes procesales –precisamente en eso radica la reducción de ambiente formal– aunque es menester señalar, que el juez y las partes ejercen previamente sus funciones forenses, las partes formulando anticipadamente las preguntas que creen pertinentes para la estrategia de sus casos; el juez controlando anteriormente las preguntas que las partes han formulado para decidir cuáles de ellas cumplen los requisitos de ley –ser claras, sencillas, respeto de la integridad del niño, ser pertinente, no repetitivas etc.– y autorizarlas para conforma la lista de preguntas que se entregaran al profesional de la conducta para que este –como especialista que es– le trasmita al testigo menor de edad lo que se le quiere preguntar⁴⁷.

47. La formulación del auxilio activo, requiere entonces la ayuda del especialista para que las preguntas sean formuladas, lo cual no significa que el juez no siga presidiendo el acto y las partes siempre interviniendo; pero todos ellos lo hacen en una dinámica diferente de interrogatorio, con lo cual, el auxilio activo que establece el interrogatorio especial de menores de edad al decir la ley “[...] *podrá valerse del auxilio [...] de un profesional de la conducta [...]*” significa hacer efectivo el derecho del menor a “[...] que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles[...]”; por cuanto tal forma de interrogatorio especial como ya se ha advertido es parte integrante de este derecho sustantivo del menor, que pretende recudir su revictimización y garantizar de una mejor manera su protección psíquica en sentido integral.

Conforme a lo que se señala, debe concluirse que normativamente el hecho de que el menor declare bajo el sistema de Cámara Gesell, y que el experto en conducta –en este caso un psicólogo– le haga las preguntas usando un cuestionario previamente elaborado por la parte acusadora y defensora –incluido el imputado cuando así lo pida– no es un acto discrecional del juez, ni reñido con la legalidad, puesto que tal forma de proceder encuentra respaldo interpretativo en lo preceptuado en los artículos 106 Número 10 letra “e” y 213 letra “a” del CPP.

Según lo expresado dicha forma de interrogatorio se encuentra plenamente respaldada por preceptos penales, que permiten una interpretación de sentido bajo una óptica diferenciadora y de mayor protección para la víctima que además comparece como testigo, y que siendo menor de edad, la ley determina el derecho a que su testimonio sea obtenido con una reducción del dolor que puede significar el rito procesal, precisamente atendiendo a su mayor vulnerabilidad, se genera un tratamiento diferenciado –pero colmado de razonabilidad– para garantizar una mayor efectividad en la protección de sus derechos que le corresponden como infante, y a la tutela de los mismos, la cual debe ser distinta para lograr una mayor eficacia en el ámbito de la protección de la niña, niño o adolescente testigo que declara en el procedimiento penal.

19. Cámara Gesell y principios procesales. El uso de la Cámara Gesell, genera necesariamente una tensión con determinados principios procesales, los cuales ciertamente resultan reducidos, pero estas limitaciones no implican necesariamente violación a tales principios; básicamente en algunos sectores de la doctrina procesal se señalan como posiblemente afectados por el uso del dispositivo Gesell, los principios de legalidad, de contradicción, de mediación, acusatorio, de igualdad y de oralidad ⁴⁸.

En primer lugar, como lo ha sostenido de manera constante la doctrina constitucional, los principios, derechos y garantías, no representan un todo abso-

48. En general sobre ello CARRIÓ Alejandro D. “El derecho a confrontación de testigos de cargo. Garantía Constitucional y un llamado a la realidad. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 6. Lexis-Nexis. Buenos Aires Argentina. 2007. DÍAZ PITA María Paula “Tratamiento procesal de la declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal español. Revista de Derecho Procesal Penal. La Defensa Penal I. 2010-1. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2010 p 533 y ss.

luto, bajo ciertas condiciones pueden ser objeto de limitaciones razonables, con lo cual las restricciones legítimas que sufran en ponderación a otros, principios, derechos o garantías, se encuentran justificadas, siempre que se guarde el equilibrio debido, y todos ellos mantengan el núcleo esencial de su finalidad para la que han sido dispuestos⁴⁹, aunque no pueden desplegar todas las consecuencias como lo harían en una situación diferente⁵⁰; debe entonces señalarse la legalidad se observa puesto que concurre fundamento legal para la práctica del acto de interrogatorio en modalidad de Cámara Gesell⁵¹.

En cuanto al principio de contradicción, debe señalarse que el interrogatorio en Cámara Gesell, no impide la participación de los abogados postulantes, puesto que los letrados, si es su voluntad, pueden formular las preguntas que estimen adecuadas a su estrategia, para afirmar o contradecir la tesis de la parte contraria; y también se garantiza presenciar la declaración del infante o adolescente, solo que de una manera distinta y no cara cara mediante una interrelación inmediata en el sentido de contacto visual directo con percepción también directa inmediata⁵².

En cuanto al principio de inmediación, –art. 367 CPP–; debe indicarse que el mismo aunque limitado, no se encuentra afectado esencialmente, por cuanto

49. Ver PÉREZ ROYO Javier “Curso de Derecho Constitucional”. Undécima Edición. Marcial Pons. Madrid. 2007 págs. 494 a 496

50. En tal sentido, conviene indicar respecto de la realización de interrogatorios de menores en Cámara Gesell con las particularidades que presenta este interrogatorio, no vulnera el principio de legalidad procesal, puesto que su aplicación tiene –por así decirlo– asidero legal, puesto que procede esa forma de interrogatorio mediante la aplicación interpretativa de los artículos 106 Número 10 letra “e” y 213 letra “a” del Código Procesal Penal, por ende no se trata de una actuación discrecional del juez, puesto que la ley respalda su decisión, con lo cual, hay sujeción a la legalidad procesal, es decir a la práctica del acto respetando la forma prevista por el legislador para su realización.

51. Un sector de la doctrina señala también que los dispositivos Gesell, le dan cumplimiento a la Convección sobre los Derechos del Niño. Así José I. Cafferata Nores HAIRABEDIÁN Maximiliano. La prueba en el Proceso Penal. Lexis-Nexis. Buenos Aires. Argentina 2008 p 107. D’ALBORA Francisco “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado. Tomo I. 7ª edición. Corregida, ampliada y actualizada por Nicolás F. D’Albora. Lexis. Nexis. Buenos Aires. Argentina. 2006 p 556.

52. Es más, cuando la ronda de preguntas ha terminado –y la parte así lo solicite– es menester que se disponga una ronda aclaratoria de preguntas –en el sentido de primer y segundo interrogatorio– aunque el mismo tendrá que ser siempre canalizado por escrito y previo control del juez, quien si lo autoriza de conformidad con la ley, podrá posteriormente ser cursado al experto para que haga una nueva ronda de preguntas, con lo cual concluirá el interrogatorio; ello significa que en esencia –salvo la cuestión de presencia y percepción directa entre testigo y partes– el acto se realiza con la contradicción necesaria para asegurar el derecho de defensa.

en el acto del testimonio en Cámara Gesell, intervienen todas las partes, precisamente por ello, y para garantizar este aspecto, es que el diseño de la Cámara, tiene al menos dos espacios, uno de ellos, precisamente para que los sujetos procesales, puedan observar directamente la declaración; aunque claro está, la percepción visual se adecua, a la preservación del ambiente no formal ni hostil para el declarante, con lo cual, no se puede pretender que la intervención en el acto del testimonio, sea idéntica a la que pasa en una sala de audiencias, en la cual, el testigo ve a todos los intervinientes y los intervinientes ven al testigo⁵³.

En cuanto al principio de igualdad, lo que debe señalarse es que la pretensión de una igualdad helénica, en el sentido de tratar igual a todos bajo el mismo mandato de la ley, sólo opera en situaciones de igualdad de relación, pero no cuando los destinatarios de la norma se encuentran en una situación de disparidad, en la cual, uno de ellos, resulta más vulnerable⁵⁴, en estos casos, precisamente acudiendo a una clausula general de razonabilidad, lo que la ley debe hacer, es realizar –y eso es lo que ha hecho el legislador– un trato diferenciado, acorde a los aspectos esenciales que diferencian a los intervinientes, para generar por diferenciación un trato más equilibrado y simétrico⁵⁵.

En cuanto a la cuestión de la oralidad, en el sentido que el interrogatorio por cuestionario anticipado, es mediante forma escrita y ello afecta el principio aludido; lo primero que debe señalarse, es que la oralidad aun vista como

53. Ciertamente la forma del rito, cambia en el testimonio mediante sistema Gesell, pero la inmediación de la prueba en su núcleo esencial se mantiene, puesto que se puede ver al testigo, escuchar al testigo, con lo cual, se mantienen en la substancia del acto de percepción del testimonio, y por ello no se afecte más allá de lo razonable el principio de inmediación procesal.

54. Ver por todos MARTIN VIDA María A. “Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión. Universidad de Granada. Granada. España. 2004.

55. en tal sentido, en la relación proceso penal, víctima menor de edad e imputado, la posición del damnificado por el delito, que es una infante o adolescente, es de mayor vulnerabilidad ante los efectos lesivos del proceso penal –los cuales son necesarios para la averiguación del hecho– pero pueden ser objeto de una racional reducción al mayor grado posible, con lo cual, el trato diferenciado que se da a un testigo menor de edad, que a un adulto, en cuestión de interrogatorios, pretende reducir la mayor dañosidad que para aquél puede tener el rito del proceso penal, y por ende no concurre, violación al principio de igualdad, puesto adultos y niños, no están en paridad de condiciones, y debe optarse –en el *tertio comparationis*– por una mayor protección de quien en el ámbito fáctico es más vulnerable, en este caso los infantes y adolescentes que además son víctimas.

principio, no deja de ser una forma para obtener fines, es decir, ella es nada más un instrumento y no representa un fin en sí misma; y en tal sentido, el uso de tal forma de comunicación directa, debe ser atemperado –como todo uso de forma o medio– cuando ella suponga un perjuicio mayor al beneficio que se puede obtener mediante la utilización de tal medio ⁵⁶.

Así las cosas, la oralidad este reglada en el artículo 371 CPP estableciéndose una regla general para la práctica de las actuaciones orales y se establecen además sus excepciones, debiéndose señalar que las contenidas en el precepto precitado, no son las únicas, puesto que normas específicas reguladas en otros capítulos o secciones del Código Procesal pueden determinar excepciones a la práctica de actos de oralidad. Pues bien, la previsión del artículo 213 letra “a” del CPP, en relación al artículo 106 N° 10 letra “e” CPP, son una excepción específica a la realización directa de las preguntas orales de los interrogadores al testigo infante o adolescente; pero esta variación de la forma procesal, no significa un detrimento de la oralidad, en el sentido que el acta se vuelve completamente escrito, puesto que, lo único que se comprende en el rito escrito, es la redacción anticipada de las preguntas, por cuanto por lo demás, el acto continúa siendo eminentemente oral en su desarrollo, puesto que, una vez calificadas las preguntas y admitidas para que se le formulen el menor, el profesional de la conducta que las hace, las formula de manera oral, y de esa misma manera, las contesta el niño o niña interrogado; y precisamente de esa manera la captan las personas que se encuentran en la Cámara Gesell, presenciando el interrogatorio ⁵⁷.

56. En la línea de lo afirmado, también debe de señalarse, que la oralidad, no supone un principio absoluto que no reconozca limitaciones, cuando el uso de la misma pueda significar un detrimento para el goce o la conservación de determinados derechos, en tal sentido, en el proceso penal, aunque se reconoce la importancia y vigencia de la oralidad y de los sistemas orales de enjuiciamiento, ello no significa que esta forma de comunicación tenga que implementarse en todos los actos procesales a ultranza, aun cuando ello, signifique grave perjuicio para los derechos fundamentales de los intervinientes, el uso de la oralidad en los actos del proceso penal, no significan una aplicación automatizada de la comunicación o discurso oral, ni tampoco una actividad ciega, que se ejecuta sin medir las consecuencias –nocivas– que también puede provocar cuando su ejercicio se vuelve irracional, en cuanto protección de derechos, con lo cual, los actos de oralidad en el enjuiciamiento, encuentra su justo limite en no causar daños excesivos a los derechos de los intervinientes, los cuales precisamente pretender tutelarse mejor mediante actos inmediatos de oralidad, siempre que ella, no sea sustancialmente perjudicial para la tutela de aquellos derechos a los cuales está destinada a servir.

57. En tal sentido, lo único que se reduce en cuanto a oralidad es la formulación directa de la pregunta por la parte que interroga, puesto que como ya se ha señalado, en el interrogatorio de menores, no se desarrollan de una manera absoluta las técnicas de interrogatorio cruzado en carácter adversativo, porque el uso de las mismas, permitiendo una confrontación visual directa entre el interrogador y el testigo menor, implica un grave riesgo de generar un ambiente formal y hostil, siendo inconveniente para el infante o adolescente el desarrollo del mismo, con lo cual,

Precisamente, este último aspecto de tratar en cuanto sea posible de minimizar los efectos de la revictimización, en relación a la forma de rendir los testimonios de las niñas, niños y adolescentes, se encuentra plasmado –como ya se expresó– como un derecho del menor en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 51 letra “d” que dice: “Se garantiza a las niñas, niños y adolescentes el acceso gratuito a la justicia: lo cual incluye entre otros elementos los siguientes: Facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles; y de considerarse necesario, por medio de circuito cerrado o teleconferencia, y grabación de su testimonio para facilitar su reproducción en audiencia administrativa o judicial, cuando sea posible y necesario”.

En relación directa ya al deber de minimizar en todo lo posible los efectos de la victimización formalizada o secundaria, el inciso segundo del artículo 52 de la ley *supra* citada reza: “En cualquier caso, las autoridades administrativas y judiciales deberán evitar las actuaciones que provoquen mayores perjuicios a las niñas, niños y adolescentes, incrementando su victimización”⁵⁸.

IV. Aspectos operativos para la declaración de los infantes y adolescentes en Cámara Gesell

20. Fundamento legal para la operatividad de la Cámara Gesell.

Debe resaltarse que la creación de la guía para el uso de la Cámara Gesell es un marco normativo aprobado por la Presidencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia [año 2010] para generar un mecanismo de interpretación respecto de las normas contenidas en el Código Procesal Penal en cuanto al interrogatorio de niños, niñas o adolescentes que tienen calidad de víctimas o testigos; a estos efectos para mantener la originalidad de las directrices prácticamente se transcribirán las mismas, en su contenido

en este aspecto, es menester que la formulación oral de inicio de las preguntas resulte limitada en su forma –deben realizarse por escrito– para que interpretativamente el derecho del menor a rendir su testimonio en ambientes no formales ni hostiles pueda ser eficazmente alcanzado en el ámbito de protección de su derecho a la integridad psíquica y emocional, con la máxima reducción que sea posible del fenómeno de la revictimización.

58. De todo, lo dicho, resulta posible afirmar que el testimonio en Cámara Gesell, y la forma en la cual se desarrolla, tiene por finalidad esencial, reducir la victimización procesal del menor, tratando de mitigar en todo lo posibles los perjuicios a su integridad psíquica y emocional, lo cual justifica una forma distinta de interrogatorio en atención a la diferenciación del menor como persona más vulnerable respecto de los adultos, por lo cual, las restricciones a los derechos de defensa del imputado resultan completamente legítimas, y dentro del marco de la legalidad.

esencial –sin generar comentarios– con lo cual, el sentido de este apartado es meramente informativo⁵⁹.

21. Guía para el Uso de la Cámara Gesell en la toma del testimonio de las niñas, niños y adolescentes víctimas del delito o testigos del delito. El Objetivo declarado de la Guía es proporcionar a las autoridades judiciales que ejerzan competencia en materia penal, las instrucciones idóneas para la utilización de la Cámara Gesell en la recepción de los testimonios de infantes o adolescentes víctimas o testigos de un delito, a fin de garantizar la no confrontación con el imputado, el no ser interrogada por él, y a que cuando proceda se anticipe el testimonio, para evitar en lo posible su revictimización y sufrimiento. Arts. 106 N° 10 letra e y 213 letra b CPP.

Las personas destinatarias como beneficiados para el uso de la Guía son todas aquellas menores de dieciocho años que deba rendir su testimonio como víctima del delito o como testigo⁶⁰.

22. Principios que inspiran la utilización de la Cámara Gesell. El uso de la Cámara Gesell se encuentra gobernado por una serie de principios entre ellos el de dignidad humana respecto de las víctimas. En tal sentido, se determina que en la ejecución de los actos procesales concernientes a la declaración de una víctima se debe priorizar la observancia del respeto de su dignidad humana, sobre todo en cuanto a su autonomía e integridad física o moral; y por ello la autoridad judicial tiene un especial deber de tutela para no permitir preguntas que dañen la salud moral o psicológica de las personas menores edad. Art. 3 CPP. [Art. 4 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

59. Según lo informa la guía las fuentes directas que dan fundamento y base para el uso de la Cámara Gesell son: a) El reconcomiendo a la promoción del interés superior del niño en las actuaciones y medidas que se desarrollen por los tribunales o otras autoridades. Art. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño; b) Los deberes éticos para los servidores públicos art. 5 de la Ley de Ética Gubernamental; c) Los derechos de la víctima al acceso a la justicia y al debido proceso. Art. 51 y 52 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; d) Los derechos de las víctimas menores de dieciocho años. Art. 106 N° 10. CPP; la forma procesal del interrogatorio para menores de edad. Art. 213 CPP; y las reglas sobre el anticipo de prueba art. 305 CPP.

60. De conformidad con el art. 3 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se entenderá por niñas y niños los menores de doce años; y adolescentes las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años. [art. 3 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

Se determina la necesidad de dar cumplimiento a los derechos de la víctima. Y por ello se enfatiza de manera específica que en el desarrollo del acto procesal de la rendición de una declaración testimonial, la autoridad judicial debe garantizar el cumplimiento del conjunto de derechos reconocidos a las víctimas en el art. 106 del Código Procesal Penal, lo cual significa una especial función de tutela para que los derechos de las víctimas sean adecuadamente ejercitados. [Art. 5 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

Se determina la necesidad de observar el Principio de igualdad, no discriminación y equidad en el sentido que todos los niños, niñas o adolescentes se entienden iguales ante la ley; y en razón de ello, no resulta plausible justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños o adolescentes o de sus madres, padres representantes legales y responsables que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio de sus derechos fundamentales. [Art. 11 LEPINA]⁶¹.

Limitación al derecho de defensa material del imputado. El derecho de defensa material del imputado en cuanto a su intervención personal únicamente podrá ser limitado por autoridad judicial en cumplimiento de los derechos de la víctima menor de edad. Art. 81 inciso primero CPP. Limitación al interrogatorio directo del imputado o de la confrontación cuando la víctima es menor de edad. Art. 106 Número 10 letra «e» CPP. [Art. 7 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

23. Requisitos esenciales de la solicitud del anticipo de prueba testimonial con uso de Cámara Gesell. La solicitud para anticipar testimonios de niños o niñas siempre deberá ser cursada por la parte interesada como un anticipo de prueba testimonial. Arts. 305 N° 5, 106 N°

61. Debe de señalarse que la guía específicamente incorpora los principios reconocidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y en tal sentido se refiere también a los principios de igualdad, no discriminación y equidad, de interés superior, de prioridad absoluta, de Irrenunciabilidad de los derechos y garantías. Artículo 6 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell.

10 letra «b» y «e» 213 letra «b» 56 letra «a» CPP; En dicha solicitud se indicara el nombre, nivel académico, domicilio, residencia, o lugar donde puede ser localizado el testigo con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con su testimonio bajo pena de inadmisibilidad. Art. 359 CPP⁶².

Con dicha solicitud la parte interesada deberá anexarle el dictamen psicológico o psiquiátrico emitido por cualquier profesional de la conducta público o privado que establezca el estado emocional o que dicha niña o niño puede ser sometido a la diligencia de entrevista y tiene la capacidad de poder expresar por cualquier medio. Además deberá indicarse en la medida de lo posible el resultado de la evaluación de su uso del lenguaje, del entendimiento social, y sexual, del concepto que tiene del tiempo, de su estado mental actual, antecedentes culturales, impedimentos etc. Art. 226 CPP⁶³.

Bastará comprobar a la autoridad judicial que la víctima o testigo es menor de doce años y anexar el dictamen psicológico o psiquiátrico para reconocer su vulnerabilidad y que se acceda a dicha solicitud. Arts., 106 N° 10 letra «b» y 305 N° 5.

Cuando la víctima o testigo sea adolescente no será necesario anexar el dictamen psicológico o psiquiátrico a la solicitud pero deberá justificarse la urgencia de recibir dicho anticipo de prueba explicando los motivos o factores de vulnerabilidad que afecten al adolescente que hagan presumir o temer que dicha declaración no podrá realizarse en la vista pública. Art. 106 N° 10 letra «b» CPP⁶⁴.

62. Este aspecto es importante para el uso posterior del ofrecimiento de prueba, en tal sentido deberá entenderse la regla de la Guía, por cuanto el cumplimiento de todos esos requisitos se establecen por ley específicamente para el momento en el cual se hace el ofrecimiento de prueba que es en la audiencia preliminar, sin embargo resulta entendible su determinación en la solicitud, para no olvidar su cumplimiento.

63. La referencia al artículo que preceptúa la pericia, precisamente es para cumplir con ese acto esencia, puesto que cuando se trata de declaración anticipada de infantes, se requiere necesariamente la evaluación del perito para determinar si la persona se encuentra en ese momento apta física y emocionalmente para declarar, aspectos sobre los cuales se debe rendir la pericia.

64. En este aspecto es importante y fundamental comprender que aunque el anticipo de prueba en el artículo 305 N° 5 CPP se refiere en principio a los menores de doce años; la norma que garantiza el derecho del menor de edad en general –hasta menos dieciocho años no cumplidos art. 106 Número 10 letra “e” CPP– a que se grave su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública, hace referencia implícita a la modalidad del anticipo de prueba; y como se ha señalado entre los menores no pueden concurrir aspectos que discriminen o diferencien por edad, por ello, para los adolescentes también resulta aplicable el régimen en Cámara Gesell en la modalidad de anticipo de prueba, si concurre cualquier situación de urgente necesidad

En todo caso deberá mencionarse en la solicitud que la víctima menor de edad con discernimiento suficiente ha sido informada de la necesidad de la diligencia y que ésta ha accedido a participar en ella. Art. 106 N° 1 y N° 10 letra «f» CPP. Si la víctima o testigo tuviese necesidades especiales que deben ser garantizadas, como la necesidad de intérprete, o persona capaz de explicar sus expresiones, señas o cualquier otra necesidad especial deberá ser mencionado en la solicitud a efectos de que la autoridad judicial garantice su cumplimiento. Art. 106 N° 3 y N° 10 letra «b» y «c» CPP. [Art. 8 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

24. Reglas sobre el anticipo de prueba. Resolución judicial respecto del Anticipo de prueba. Si procede el anticipo de prueba por cumplirse los requisitos legales se resolverá procedente su ejecución y deberán citarse a todas las partes. El lugar de recepción del testimonio debe ser a la Cámara Gesell ubicada en el Centro Judicial más accesible a la víctima o testigo y ordenándose la reserva total o parcial del mismo, si aún no se ha resuelto art. 106 N° 10 letra «d» 213 letra «c» y 307 CPP. El auto que ordene la recepción del anticipo de prueba testimonial, deberá prevenir a las partes para que antes del inicio de la diligencia presenten la «lista de preguntas» que se formularan al testigo. Art. 213 letra «a» CPP⁶⁵.

Las partes formales tendrán el derecho de asistir al acto procesal con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias, pero la inasistencia de la defensa técnica o del querellante legalmente citado no suspenderá la diligencia en virtud del interés superior del menor de edad.

El imputado detenido será representado a todos los efectos por su defensor privado o por un defensor público que lo sustituya, salvo que pida intervenir personalmente en el acto, pero no podrá interrogar directamente ni confron-

como obstáculo insuperable que pueda afectar razonablemente la rendición del testimonio en una etapa posterior.

⁶⁵. Debe insistirse en este aspecto del anticipo de prueba respecto del cuestionario, puesto que el fundamento legal de un interrogatorio bajo cuestionario escrito, se encuentra en el derecho que tienen los niños y adolescentes a no declarar en un ambiente hostil o formal; el interrogatorio oral adversativo según se ha expresado es una forma hostil y formal para extraer la información, lo cual si bien es cierto, es necesario en cuanto a los adultos que declaran como testigos, resulta un método no aceptable para personas especialmente vulnerables en este caso atendiendo a la doble condición de vulnerabilidad de ser víctimas y menores de edad.

tar al testigo menor de doce años de edad. La falta de apersonamiento del imputado no suspenderá la diligencia de anticipo de prueba. Art. 106 N° 10 letra «e» y 305 inciso final CPP.

Cuando por la naturaleza o urgencia del acto la citación anticipada de las partes haga temer la no realización del acto, la autoridad judicial lo practicará únicamente con citación del fiscal y un defensor público. El acto se desarrollará siempre que haya fiscal y al menos defensor público y no se suspenderá por la incomparecencia de las otras partes legalmente citadas, pues el acto implicaría prolongar el sufrimiento de la víctima. Art. 305 inciso final CPP. [Art. 9 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

Respecto de la “lista de preguntas”. En la esquila de citación para el anticipo de prueba se advertirá a las partes que deberán presentar la lista de preguntas que deberán formularse al testigo art. 213 letra «a» CPP. Las preguntas deben ser claras, sencillas, pertinentes, respetuosas y no deberán atacar la integridad psíquica o moral del infante o adolescente; en caso contrario de oficio serán excluidas del interrogatorio por la autoridad judicial Art. 213 letra «a» CPP. El juez o jueza permitirá el relato libre del testigo menor de edad y luego conducirá el interrogatorio con base en las preguntas formuladas por las partes que no hayan sido aclaradas en el relato libre trasladando dichas preguntas al profesional de la psicología que apoye al testigo para la obtención de su relato. Solo la autoridad judicial podrá trasladar por micrófono las preguntas que deberán aclarar la víctima o testigo. [Art. 10 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell] ⁶⁶.

Solicitud previa de psicólogo forense. En caso de la niñez, la autoridad judicial podrá auxiliarse de un psicólogo forense para que facilite la fluidez del testimonio de la víctima y para que la obtención de la información no revictimice o cause sufrimiento al testigo; para tal fin deberá convocar a dicho profesional con anticipación quien deberá estar presente desde el recibimiento del testigo en la sala de audiencia de la Cámara Gesell. Art. 213 letra

66. Como se ha expresado, el rito formal del interrogatorio cambia radicalmente cuando se trata de la declaración de un infante o adolescente, de ahí que el control del juez del acto de manera directísima, y la formulación también directa de las preguntas de las partes no es una metodología que se determine como aceptable respecto de personas vulnerables, puesto que precisamente lo que se requiere es una mayor tutela de sus derechos, y reducir en todo lo posible los niveles de victimidad secundaria.

«a» CPP. Si por cualquier motivo no fuere posible contar con un psicólogo forense la autoridad judicial deberá auxiliarse de cualquier otro psicólogo institucional con entrenamiento en el interrogatorio de niñas, niños y adolescentes y que tenga la calidad de perito permanente conforme al art. 226 CPP⁶⁷.

En el caso de adolescentes la exigencia del auxilio del profesional de ciencias de la conducta que apoye el interrogatorio no es imperativa, pero si la víctima o testigo lo solicita, la autoridad judicial podrá valerse de alguno de los profesionales para facilitar la obtención del testimonio. Art. 213 «a» CPP. La madre, el padre, el representante legal o un pariente de elección de la niña, niño o adolescente podrá asistir a la diligencia pero no podrá intervenir en la toma del testimonio debiendo permanecer en el salón lúdico contiguo a la habitación de la Cámara Gesell pudiendo ser llamado por la autoridad judicial únicamente en caso de que el testigo entre en crisis emocional y sea necesaria su presencia momentánea. Art. 213 letra «a» CPP. [Art. 11 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

25. Recepción de testimonio. El testimonio del testigo menor de edad deberá ser grabado por medio de circuito cerrado, video o videoconferencia para facilitar su reproducción en la vista pública. Además deberá ser rendido en ambientes no formales ni hostiles para lo cual se hará uso de la Cámara Gesell instalada en cada centro judicial. Art. 106 N° 10 letra «e». [Art. 14 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell]. Verificación y forma del acto. Verificar la presencia de las partes, peritos y colaboradores. Entregar al profesional forense o quien haga sus veces la lista de preguntas que deberá responder la víctima menor de edad a petición de las partes.

Ubicar a las partes en el «cuarto de control donde se opera la video-cámara y el equipo de grabación y sonido y desde el cual las partes podrán seguir el desarrollo de la rendición del testimonio sin ser vistos ni oídos por el testigo.

67. También debe reafirmarse que parte de la desformalización del acto, es que el psicólogo, educador o experto en cualquier ciencia de la conducta humana, y capacitado para recibir testimonios de niños o adolescentes en sistema Gesell, sea la persona que formule directamente las preguntas, ello no significa que el acto judicial no se encuentre controlado, puesto que el juez que preside el acto ha realizado un control anterior del mismo, y también genera un control de lo que se realiza solo que su intervención de control en la ejecución del acto es posterior; e igualmente la participación de los abogados postulantes; es decir la forma de intervenir en el acto es la que cambia por su desformalización, pero no queda exenta de control judicial.

Solicitar al técnico de grabación que: compruebe el funcionamiento de la cámara de video a través de un paneo completo que permita verificar que al interior de la habitación de la Cámara Gesell únicamente se encuentra el testigo y la profesional de la conducta que le acompañará. Compruebe el funcionamiento de los micrófonos de la autoridad judicial y del profesional de la conducta que auxiliara en el testimonio. Compruebe el funcionamiento de los audífonos entregados a las partes y que les indiquen la forma de usarlos. Verifique el funcionamiento de los dos micrófonos a utilizar. Únicamente el juez tendrá micrófono para comunicarse con el profesional forense que apoyara en la obtención del testimonio.

Informar a las partes que contarán con audífonos o parlantes para escuchar todo lo que suceda al interior de la habitación de la Cámara Gesell y que podrán observar todo su desarrollo a través del vidrio que divide la habitación de la Cámara Gesell con el cuarto de control. Girar las instrucciones a las partes sobre el desarrollo de la diligencia advirtiéndoles que todas sus intervenciones deberán ser autorizadas por la autoridad judicial en el momento adecuado y que toda repregunta o ampliación deberá ser canalizada únicamente a través de su persona. Identificar y verificar la identidad del testigo. Únicamente la autoridad judicial ingresará a la habitación de la Cámara Gesell antes de la rendición del testimonio y con un lenguaje adecuado a la edad de la víctima o testigo se identificara con ella, verificara su identidad y le comunicara que cualquier necesidad que se le presente puede hacérsela saber, pues se encontrara al otro lado de la habitación. No es recomendable mencionarle que el imputado se encuentra presente en la diligencia o que la puede observar⁶⁸.

Únicamente cuando el testigo fuere mayor de doce años le recibirá el juramento o promesa de decir verdad art. 137 inciso ultimo CPP. Facultad de abstención. Si el hecho punible ha sido ejecutado en perjuicio del mismo testigo o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo al imputado –madre, hermana– la autoridad judicial debería de abstenerse de realizar la advertencia a que se refiere el art. 204 CPP lo que solo se hará en los casos

68. Como se puede determinar en el acto de la declaración del testigo menor de edad en Cámara Gesell, siempre concurre control judicial, solo que tal acto de cumplimiento de las formas procesales el juez lo realiza de una manera diferente.

específicamente indicados por dicha disposición ⁶⁹. Lo anterior en cumplimiento del derecho constitucional a la protección integral de la persona menor de edad, y de su interés superior con el fin de evitar mayor sufrimiento emocional o intimidación previa a su declaración y no trasladar a la víctima o testigo la responsabilidad de la continuidad en los cargos. Art. 204 inciso segundo y 106 N° 10 letra a, b, y c CPP. [Art. 15 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

26. La Recepción de la declaración. Inicio de la declaración. El juez o tribunal indicará el inicio de la declaración y de la grabación de la diligencia al técnico del audio y video, y le indicará por micrófono al profesional de la conducta que puede darse inicio a la declaración. La autoridad judicial que inmedie el acto procesal será siempre quien tenga el control general del video o grabación, pausas o finalización Art. 367 inciso primero CPP. [Art. 16 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

Declaración menor de dieciocho años. Declaración del testigo menor de edad. El psicólogo o forense institucional dará inicio a la facilitación de la obtención del testimonio siguiendo en la medida de lo posible el orden establecido por la psicología forense infantil para una entrevista de ese tipo; afinidad, relato libre, aclaraciones, cierre y agradecimiento. Se recomienda al profesional de la conducta siga el orden sugerido por el Protocolo de Michigan ⁷⁰.

Recomendaciones para el profesional asistente: Antes de iniciar la grabación del testimonio: a) Preparar el entorno. Verificar que el material lúdico esté disponible y que el lugar esté adecuadamente dispuesto para el acto procesal en un ambiente relajado y no hostil. El lugar de la entrevista debe ofrecer un ambiente relajante que no distraiga innecesariamente la atención de los menores; b) Presentación dentro cuarto lúdico. Identificándose primeramente

69. Debe señalarse a este efecto que el juramento por ley solo dispone de los adolescentes y no de los infantes; y que la abstención únicamente debe formularse al niño o adolescente que conforme al desarrollo progresivo de sus facultades cognitivas comprenda el alcance de este acto, lo cual debe ser vigilado escrupulosamente por el juez.

70. La Guía de Entrevista Forense del Estado de Michigan de los Estados Unidos de América o «Guía de Michigan» incluye nueve etapas: 1) preparar el entorno de la entrevista; 2) la presentación; 3) Competencia legal [determinar la verdad/mentira]; 4) establecer las reglas base; 5) Completar el Rapport con una entrevista práctica; 6) Introducir el tema; 7) La narrativa libre; 8) Interrogatorio y clarificación; 9) Cierre.

con el testigo construyendo afinidad, explicarle el lugar donde se encuentra, darle oportunidad al testigo de relajarse, sentirse cómodo.; c) En esta etapa inicial el entrevistador apreciará el desarrollo social, emocional y cognitivo del testigo su habilidad de comunicación y que comprensión tiene de los conceptos de verdad y mentira. Se sugiere no mencionar el delito investigado.

Al iniciar la grabación del testimonio. Determinar competencia legal [verdad/mentira]. Explicarle las reglas de solo decir la verdad y que no se permiten mentiras. El entrevistador se asegura de que el testigo menor de edad comprende la diferencia entre la verdad y la mentira pidiéndole al niño que identifique determinadas frases como la verdad o una mentira después de lo cual el entrevistador obtendrá un conocimiento verbal e que el niño dirá la verdad.

Establecer las reglas de base. El entrevistador debe organizar las reglas de base con instrucciones cortas y sencillas tales como: «si no sabes la respuesta no importa»; «no intentes adivinar»; «cuéntame solamente las cosas que tú sabes» etc. Esto porque algunos infantes intentarán responder cualquier pregunta que el adulto le haga, incluso si la pregunta no tiene sentido para ellos o ellos no tienen fundamento para contestarla.

Completar el *rapport* con un entrevista práctica. Una manera de establecer el *rapport* es identificar –durante la preparación de la entrevista– un hecho específico que el menor haya experimentado recientemente (o cercano a la fecha del abuso). Inicie con un hecho no relacionado con abuso investigado, como un suceso en la escuela, una fiesta de cumpleaños. El entrevistador le pide al menor que describa este hecho con detalle, indicándosele que no hay límite de tiempo y mostrando completa atención a cada cosa que el niño dice⁷¹.

71. El *rapport* es la relación del entrevistador con el paciente, es esa relación de intercambio de establecer empatía, relación de confianza de comodidad [Nino Castro citado por Alvaro Burgos Mata “El interrogatorio dirigido a personas menores de edad” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. (Javier Llobet Rodríguez. Coordinador) Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 p 510].

La relación de confianza –*rapport*– es necesaria para lograr que el relato sea espontáneo y por cuanto se parte de que los menores suponen que los adultos ya saben del tema y evitan referirse a él, el *rapport* pretende aclimatar al menor al ambiente por lo cual, en esta etapa el entrevistador puede explicar todo, preguntar sobre si es verdad o mentira, si tiene preguntas, también se puede preguntar al menor si sabe para qué es la entrevista.

Introducir el tema. Esta es la parte fundamental. La entrevista comienza cuando el entrevistador inicia una transición hacia el tema objeto de la entrevista, diciendo por ejemplo ¿sabes por qué estoy aquí?. «Tengo entendido que algo ha pasado con tu familia, cuéntamelo etc. Deben empezar con el indicador menos sugestivo que pueda conducir al tema, evitando mencionar personas o sucesos determinados.

Relato libre. Después de que se haya abordado el tema, el entrevistador pedirá al testigo que le haga una descripción narrativa del hecho. «Cuéntame todo lo que puedas sobre eso». Alentará a la niña, niño o adolescente a suministrar los datos en sus propias palabras y en su exacta medida y tiempo a través de la narración libre del relato de un evento importante. Tendrá la función de facilitar y activar la palabra del testigo ya sea a través del uso del lenguaje verbal, corporal o gestual, hora de juego diagnóstica, participación de muñecos, dibujos o cualquier otra técnica que el entrevistador considere apropiada al fin que se persigue. Se prohíbe el uso de los muñecos anatómicamente correctos. Los muñecos anatómicamente correctos son los que muestran claramente los genitales masculinos y femeninos, incluso los orificios debidamente proporcionados a la representación de la edad del muñeco, generalmente son muñecos de tela o plástico que representan una familia cerrada, papá, mamá, hija e hijo.

Interrogatorio, aclaraciones y clasificación. Solo después de la narrativa libre, si es necesario obtener más información, debería interrogarse al testigo, con el uso de preguntas de final abierto. Las preguntas serán específicas pero no sugerirán en modo alguno las respuestas, ni estarán basadas en una suposición de hechos aun no probados ni en prejuicios o preconceptos del entrevistador. La etapa del interrogatorio es un momento para buscar información legalmente relevante y para clarificar los comentarios del testigo. Por ejemplo, la incorrecta denominación de los órganos sexuales debe ser acla-

rada en este momento, etc. Es en ese momento cuando la autoridad judicial podrá indicar al profesional que apoya al testigo que realice las preguntas escritas de la lista entregada por las partes, y que aún no hubieran sido respondidas por el testigo, o que apoye alguna aclaración de conceptos que el juez o jueza considere relevantes⁷².

Pausas. Si es necesario la autoridad judicial podrá ordenar pausas para que la víctima o testigo descanse o cubra alguna necesidad fisiológica⁷³. Si a juicio del profesional de la conducta que apoya al testigo las circunstancias hicieran aconsejable diferir la entrevista para otro día, dicha cuestión será dirimida en el mismo momento por la autoridad judicial interviniente, quien podrá dar un espacio de tiempo para que el testigo colabore con la diligencia o bien dar la misma por finalizada. Cierre. Deberá cerrarse la entrevista con una revisión o resumen de la información que el testigo ha brindado usando su propio lenguaje. En este momento la autoridad judicial debería pedir al profesional de la psicología que aclare algún vacío del testimonio. La persona que entrevista cierra la sesión preguntándole al testigo «¿hay algo más que te gustaría contarme sobre [...] y «¿Hay alguna pregunta que te gustaría hacerme?».

Agradecimiento. Se deberá finalizar agradeciendo al testigo su colaboración pero deben tener cuidado de no agradecer específicamente al niño, niña o adolescente por haber manifestado el abuso. Podrán preguntarle si desea aclarar algo que no entendió o mencionar una preocupación que pudiera

72. Ha de señalarse que el interrogatorio en Cámara Gesell, no obstante su desformalización en cuanto a la práctica de un interrogatorio tradicional, mantiene siempre la visión adversativa, solo que presentada en un sentido distinto; por ello, a los primeros interrogatorio presentados por escrito mediante el respectivo cuestionario y después de ser controlados por el juez, y por el experto en la conducta que finalmente formulará las preguntas directa al menor según la técnica que estime adecuada; puede presentarse posteriormente una nueva ronda de preguntas, siempre por escrito, las cuales también serán objeto de control posterior por el juez, así como serán formuladas por el facultativo que pregunta en la manera más adecuada para no victimizar más al infante o adolescente; sin embargo, esta nueva ronda de preguntas, sigue la misma técnica de procedencia que el interrogatorio tradicional, no se trata de preguntar lo que se ha olvidado y no se preguntó para quien tiene el primer interrogatorio; ni se trata de preguntar aspectos que no fueron cubiertos inicialmente en el segundo interrogatorio o que se devienen de una respuesta de la nueva ronda de preguntas por quien presenta al testigo; es decir la posibilidad de un nuevo interrogatorio solo es de necesidad, para aclarar aspectos que no lo están conforme a la primera ronda o surgidos como manifestación de aquélla; el juez también podrá formular preguntas mediante la intermediación del experto y guardando siempre los aspectos de imparcialidad que el cargo le impone.

73. Este aspecto, perfectamente puede cubrirse mediante el mecanismo de los recesos art. 376 inciso final CPP; y debe tenerse en cuenta en todo caso atendiendo a las condiciones que presente el infante o adolescente que declara la necesidad de recesar en el acto de la declaración.

surgirle o despejar todas las dudas sobre el proceso o cualquier otra inquietud. El acto se realizará con la presencia ininterrumpida del juez que preside el anticipo de prueba, con lo cual se cumplirá la intermediación judicial. Art. 367 inciso primero CPP. [Art. 17 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

27. Valoración. Valor del testimonio como anticipo de prueba. El testimonio de las niñas, niños y adolescentes rendido y grabado en Cámara Gesell, bajo las reglas de un anticipo de prueba puede ser incorporado al juicio como elemento de prueba en el proceso mediante la proyección en la vista pública. Arts. 213 letra b, 372 N° 2 y 206 N° letra e CPP. Se recomienda no permitir la repetición del anticipo de la prueba testimonial para aclarar inquietudes de las partes que surjan con posterioridad de la diligencia, pues ello además de desnaturalizar la urgencia de la diligencia iría en contra del interés superior de la víctima menor de edad revictimizándole. [Art. 18 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

En los casos que no hubiere sido posible que la víctima o testigo menor de edad rindiera su declaración en Cámara Gesell en la modalidad de anticipo de prueba, y el testigo estuviere disponible para rendir su declaración en el juicio, la parte interesada deberá solicitar que dicho testimonio se reciba en las instalaciones de la Cámara Gesell del Centro Judicial para lo cual el Tribunal o Juez y las partes deberán trasladarse al recinto únicamente con dicho fin. Art. 106 N° 10 letra «e» y 213 letra «b» CPP. Para la diligencia se seguirán en la medida de lo posible las indicaciones e instrucciones descritas para la modalidad de anticipo de prueba. [Art. 19 de la Guía para el uso de la Cámara Gesell].

V. La cuestión del anticipo de prueba testimonial bajo la modalidad de la Cámara Gesell

28. El fundamento del anticipo de prueba. Como se ha visto, la declaración de los niños, niñas y adolescentes ha tenido en el Código Procesal Penal, una significativa variación diferencial en la forma en la cual se recibe, siendo diametralmente opuesta al testimonio de los adultos; pues bien, el siguiente aspecto que se modifica, es precisamente el mecanismo que se utiliza de anticipación de prueba⁷⁴, que obliga a que el acto sea grabado o documentado

74. El anticipo de prueba, no es una prueba en sí mismo, sino un mecanismo de realizar las declaraciones de testigos de manera anticipada al juicio, de ahí que solo sea una forma procedi-

para que posteriormente se reproduzca en la etapa del debate, lo cual genera una excepción especial a las formas anticipadas de testimonio para adultos en las cuales, si resulta posible, la posterior declaración del testigo en la vista pública, cuando sea factible y aunque el testimonio se haya anticipado con las reglas de la vista pública ⁷⁵, pero esa regla que se establece por el artículo 372 inciso primero, número dos, CPP, queda excepcionada por la regulación específica del artículo 106 número 10, letra e CPP, que determinando el derecho del menor a declarar en ambientes no formales ni hostiles, le garantiza que cuando su testimonio sea recibido, el mismo debe grabarse para efectos de ser reproducido en la vista pública cuando sea necesario ⁷⁶.

En tal sentido, la regla de aplicación de ejercicio de derechos prevista en el artículo 106 número 10, letra e CPP, es una verdadera excepción a la regla de incorporación mediante lectura, prevista en el artículo 372 inciso primero, número dos, CPP, y en tal sentido, lo dispuesto en ese precepto aplica para testigos que no sean menores, de edad, pero cuando se ha anticipado la prueba de un menor de edad, recibiendo su declaración como testigo, y ésta ha sido objeto de grabación, ella valdrá como prueba testimonial, y su forma de incorporación al juicio, es o mediante la reproducción del video, si se documentó en ese formato, o la reproducción en audio, si se asentó en ese formato, o por su lectura, si la forma de documentación fue por escrito en acta –cuando no se tuvo la oportunidad ni de grabar en video o en audio–.

29. La necesidad de documentación del acto. En todos los casos de declaración bajo el mecanismo de prueba anticipada, el procedimiento garantiza como derecho del menor, que un testimonio rendido y grabado para reproducción, sea incorporado al juicio por el mecanismo de repro-

mental para asegurar la producción del acto, pero debe reunir como forma anticipada al juicio las condiciones esenciales de esta etapa. Ver FLORES PRADA Ignacio “La Prueba anticipada en el proceso penal italiano”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2011 p 39.

75. Dice el precepto in fine citado: “Sólo pueden ser incorporados al juicio por su lectura [...] Los testimonios que se hayan recibido conforme a las reglas de la prueba anticipada, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito cuando sea posible”.

76. Lo anterior significa, que recibido el testimonio como prueba anticipada, el mismo al ser grabado, será reproducido en la vista pública, teniendo ello como consecuencia que el menor ya no prestará una nueva declaración en la vista pública –como si podrían presentarla otros testigos– puesto que para esos efectos, se ha grabado la declaración testifical para permitir su reproducción posterior, sin que sea necesaria ulterior declaración del niño, niña o adolescente, ello con fines de evitar su revictimización.

ducción en el cual se documentó –video, audio, acta escrita– sin que sea menester que el menor de edad vuelva a prestar su declaración como testigo, se encuentre o no presente en el acto de juicio, puesto que la finalidad de anticipar el testimonio con mecanismo de grabación para reproducción, es evitar diversas declaraciones del menor, y por ende un mayor nivel de revictimización mediante la sujeción a sucesivas declaraciones en el sentido de prueba testimonial.

Precisamente, para evitar esas consecuencias de múltiples revictimizaciones, es que el legislador ha optado por un mecanismo diferente cuando se trata de declaraciones de víctima menores de edad, en cuyo caso, la grabación de su declaración testifical, permite que la misma sea reproducida en el juicio como testimonio del menor, sin que corresponda exigir por las partes, o los jueces una posterior declaración de la persona del niño, niña o adolescente; y para ello, debe destacarse precisamente que en el supuesto de hecho del precepto que contiene la reglas especiales de declaración de menores víctimas, sujetas a ambientes no formales ni hostiles, se utiliza precisamente la calidad de testigo, y en referencia al acto de la vista pública, lo cual indica, que una vez tomada la declaración de testigo de la víctima menor de edad, y grabada la misma para ser reproducida, ya no es necesario una nueva declaración ⁷⁷.

Si es oportuno expresar que este aspecto general de que la declaración de la niña, niño o adolescente no sea repetida cuando es objeto de grabación puede presentar solo aspectos de excepción, cuando la grabación es notoriamente defectuosa, y no hay manera de que su reproducción sea visible o audible, cuando se documenta mediante aparatos audiovisuales –y no hay documentación de acta escrita– sólo cuando se genere esa situación de defecto absoluto sobre la percepción del audio-video o del audio, es que sería necesario que el testigo volviese a prestar declaración, pero si ello no ocurre, y el acto de grabación es reproducible con fidelidad meridiana, el artículo 106 número diez, letra e, CPP, excepciona que el menor de edad vuelva a

77. Precisamente a esos efectos la letra e, del número diez del artículo ciento seis, dice: “A qué se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio [...] y a que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario [...]”. (El resaltado no es del original). De ahí que, una declaración de persona menor de edad, cuando se toma con las formalidades de la prueba testimonial, y mediante el anticipo de prueba –el cual es compatible con uso de Cámara Gesell– y se documenta mediante un sistema de grabación, constituye prueba testimonial, y su reproducción en la vista pública, es prueba de carácter testimonial, sin que sea necesario ya que el menor vuelva a declarar.

declarar en el juicio, evitando una mayor revictimización de éste ⁷⁸.

VI. Aspectos de valoración sobre el testimonio de infantes y adolescentes

30. Bases conceptuales de la niñez y la adolescencia como presupuesto para la una mejor valoración de las declaraciones. La determinación conceptual de la infancia ha sido un aspecto importante para determinar la construcción de la personalidad de los niños, y ello ha derivado por un largo camino de construcción histórica ⁷⁹. También debe de señalarse que la construcción de la categoría de la adolescencia propiamente dicha, tiene un largo contexto histórico, pero no siempre reconocido, por cuanto se consideró como un mero tiempo de transición entre la

78. Conforme a lo anterior, la grabación de la declaración de un menor de edad, tomada como prueba anticipada –sea en ambiente de sala de audiencia o de Cámara Gesell– y grabada por un medio que permita su reproducción, constituye prueba testimonial, y no documental, puesto que la circunstancia de que el acto se encuentre resguardado en un formato que permite su documentación, no la vuelve per se prueba de carácter documental, siempre será prueba de testimonio, y la reproducción del acto por el mecanismo por el cual se documentó en su momento, es lo que permite la inmediación de la prueba en plenitud de incorporación a la vista pública unida al conjunto de toda la prueba, sin que ese mecanismo de reproducción documentada, la vuelva prueba de documentos, puesto que se trata de un testimonio que mantiene su naturaleza de prueba testifical, en este caso de una declaración de testigo de persona menor de edad, sujeta a reglas especiales, pese a las cuales sigue siendo prueba testimonial, y así debe ser ofrecida y apreciada.

79. A guisa de ejemplo se indica que Hipócrates fue uno de los primeros en clasificar las etapas de la vida del hombre medidas todas ellas sobre la base del número siete así: bebe (cero a siete años); niño (siete a catorce años); adolescente (catorce a veintiún años); hombre joven (veintiuno a veintiocho años); hombre maduro (veintiocho a cuarenta y cinco años); hombre de edad (cuarenta y cinco a cincuenta y seis años) y anciano. Ver DELGADO Buenaventura “Historia de la Infancia”. Ariel. Barcelona. España. 1998 p 33 a 34. San Agustín también diferencia los ciclos entre niñez, adolescencia y juventud en el sentido siguiente; distingue entre infancia y niñez así: “¿Acaso desde la infancia siguiendo adelante, no llegue a la niñez? O mejor decir ésta vino a mí, y sucedió a la infancia. La cual no se retiró – ¿Por qué a dónde se fue?– Sin embargo ya no existía; porque ya no era yo infante –que no hablase–; más era niño que hablaba. Diferencia entre adolescencia y pubertad así: “Muy mal al contrario, aquel padre al verme en el baño pubescente y con los signos de la inquieta adolescencia”; y la juventud es la etapa final a la adolescencia que indica así: “Ya era muerta mi adolescencia, mala y nefanda y entraba yo en la juventud SAN AGUSTÍN [400] “Confesiones”. Apostolado de la Prensa. Madrid. España. 1964 pp. 19, 40 y 143. Russo –citado por Delgado– divide así la infancia: Primer estado de la infancia: nacimiento, lactancia, desarrollo de capacidad psicomotrices; Segundo estado de la infancia: adquisición del lenguaje, desarrollo de cierta autonomía y conciencia de sí mismo. Se le empieza a considerar como ser moral, y tiene necesidad de libertad bien regulada; Tercer estado de la infancia (12 a 13 años) excedente de facultades y de fuerzas, actividad y curiosidad, primer libro; Pubertad (16 años) desarrollo de la sexualidad, crisis, cambios físicos, identidad sexual (conciencia de su sexo). Ahora bien como se ha indicado, que es Piaget a quien logra un mayor desarrollo de las etapas de la infancia, y en tal sentido se dice: “A Piaget se debe, según la opinión más aceptada, el haber establecido etapas claramente definidas a través de las cuales el niño adquiere su desarrollo intelectual, conquista del lenguaje, se convierte en el centro del universo, se interesa por el mundo que le rodea, conquista el pensamiento lógico, se vuelve realista y se socializa. DELGADO Buenaventura “Historia de la Infancia” Op. cit. p 203.

infancia y la edad adulta, sobre todo, ligada a la etapa del descubrimiento de la sexualidad y objeto de desconfianza; así se indica que ya en Roma se distinguía entre juventud y adolescencia, y ello coincidía con la conclusión de la educación elemental que acaecía durante la pubertad, lo cual daba paso a una mayor autonomía de la persona, incluida la sexual ⁸⁰; el desarrollo de la adolescencia estuvo en su devenir, siempre calificado por un mayor desarrollo de la sexualidad, de la libertad, de la osadía, cuestión que generó crisis en el aspecto educativo y moral, y que permitió una distinción entre infancia y adolescencia ⁸¹.

Debe señalarse –en apretado resumen– que para tener un panorama general sobre la dimensión del niño debe acudirse a las disciplinas que estudian la evolución del menor, así la psicología del desarrollo es el área que se encarga de estudiar los procesos de modificación que se producen en la infancia y la forma en la cual el niño va adquiriendo nuevas pautas de conducta ⁸².

Digamos que un aspecto central de la teoría psicológica evolutiva es el concepto de desarrollo humano, así se señala de *communis opinio* que el desarrollo de la persona, se compone de una serie de cambios en todas las facetas de su ser, lo cual ocurre a lo largo del ciclo de la vida, y ello como consecuencia de la interacción entre las características personales, las genéticas, y el contexto social en el cual la persona se desarrolla. Se ha indicado que en los primeros años de la vida, dichas transformaciones son significativas, y por ello a la infancia se le considera, como una etapa de desarrollo apresurado, y el mismo se estima como cualitativamente único para cada persona ⁸³, por

80. Ver VIEYNE Paul “El imperio Romano” en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) “Historia de la Vida Privada. Vol. 1.Taurus. Madrid. España. 1988 pp 35 a 39.

81. Sobre el desarrollo de la etapa de la adolescencia en su contexto histórico RONCIÉRE Charles de la “La vida privada de los notables toscanos en el umbral del Renacimiento” en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) “Historia de la Vida Privada. Vol. 3.Taurus. Madrid. España. 1991 ps. 244/246; HUNT Lynn “La vida privada durante la revolución francesa” en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) “Historia de la Vida Privada. Vol. 3.Taurus. Madrid. España. 1991 ps. 171/172.

82. Digamos que el contexto de la psicología del desarrollo, es mayor que el de la psicología del niño, pues en aquella el enfoque es estudiar al hombre no sólo en los primeros años de su vida, sino además poder reflexionar sobre las leyes que rigen el desarrollo del ser humano como persona, su naturaleza y los factores que influyen para su construcción. Se ha indicado que la psicología del desarrollo es bastante novel, pues los ámbitos de la psicología evolutiva, se establece cuando el concepto de infancia se ha ya asentado como categoría social, y precisamente los diversos estudios ya realizados sobre la niñez permitían sostener un proceso gradual.

83. Por ello, autores como Russo señalaba la necesidad autonomía en los estudios de los niños, ello puede consultarse en ROUSSEAU Jean Jacques “Emilio o de la educación”. EDAF. Madrid. España 1980.

sus características individuales y de contexto ⁸⁴ .

En la caracterización del desarrollo humano se pueden distinguir –de entre otros– dos aspectos significativos que aquí nos interesan, uno de ellos, es una etapa extendida de inmadurez ⁸⁵ , en la cual la persona gradualmente va adquiriendo las habilidades y conocimientos necesarios para integrarse a la sociedad ⁸⁶ ; el otro es la gran capacidad de aprendizaje de los niños, lo cual le permite adaptarse a las condiciones sociales que les rodean, lo que permite una gran variedad en los niveles de desarrollo, pero además le ha permitido una gran capacidad de adaptación, mediante el desarrollo de una inteligencia flexible ⁸⁷ .

Establecido los presupuestos anteriores conviene desarrollar el aspecto de los presupuestos cognitivos de la infancia, para tener un contexto sobre las ponderaciones que puedan hacerse de las declaraciones de los menores, este aspecto se enfoca, sobre el punto de interés, el desarrollo de la inteligencia de los niños y su desarrollo moral, aspectos que son esenciales en la psicología evolutiva, y que aquí se abordan bajo las consideraciones que hiciera Piaget sobre ellos ⁸⁸ .

84. Así se ha indicado: “El desarrollo es el proceso que experimenta un organismo que cambia con el tiempo hasta alcanzar un estado de equilibrio. En el caso del ser humano éste nace con una serie de conductas y de disposiciones que se van a ir especificando a lo largo del tiempo. Hay sin duda, disposiciones internas que se van actualizando pero la interrelación entre los factores internos y las influencias exteriores es muy estrecha. DELVAL Juan “Algunas reflexiones sobre los derechos de la niñez” en *Infancia y Sociedad*. Número 27-28. Madrid. España. 1994 p 22.

85. Debe aquí indicarse que inclusive en parte del pensamiento que ha reflexionado sobre la niñez un aspecto recurrente ha sido la visión del niño como un ser imperfecto. Ver CAMPOY CERVERA Ignacio “La necesidad de superar los mitos sobre la infancia” en *Derechos de la niñez y la adolescencia en El Salvador*. UCA Editores. San Salvador. El Salvador. 2012 p 17 a 18.

86. Se ha indicado que estos periodos de inmadurez prolongados es una característica primordial de las especies más evolucionadas –ontogénesis– pues el largo periodo de dependencia que tienen los niños respecto de los adultos, también posteriormente se concreta en un largo periodo de madurez.

87. Por ultimo debe de señalarse sobre este aspecto que sobre el desarrollo, la psicología evolutiva ha disgregado en diferentes escuelas, las cuales podrían sintéticamente agruparse en dos vertientes, las llamadas de sentido variacional, las cuales ven el desarrollo como un proceso aditivo en los cuales los factores internos son independientes de los elementos socio-culturales. En cambio las de signo transformacional entienden el desarrollo como un proceso complejo que implica la integración de los factores externos con los internos, con lo cual no se presenta ruptura entre lo estrictamente biológico, y lo social cultural. Sobre ello ESPINOZA María de los Angeles *Necesidades y Derechos de la Infancia y Adolescencia*” Op. cit. 110/117.

88. Como se comprenderá se formulara una recepción de todo ello, en los aspectos que se consideran imprescindibles y que pueden ser de alguna utilidad para comprender mejor los aspectos cognitivos de los menores, y coadyuvar a una mejor comprensión de su declaración.

Para describir cómo funciona la inteligencia humana, Piaget se sirvió de conceptos importantes, uno de ellos, es el de equilibración, el cual se señala como el responsable de la construcción de nuevas estructuras durante el desarrollo del ser humano, y que se definió precisamente como autorregulación, con lo cual se quiere significar la capacidad del individuo para dar respuesta a las perturbaciones ambientales. Así se dice que en su sentido más general, toda conducta responde a una situación de desequilibrio que se manifiesta como una necesidad, para lo cual la persona responde con acciones de reajuste equilibrio, por esta actividad permanente, el organismo construye sus propias estructuras biológicas y mentales –cuestión situada inclusive desde la perspectiva de la herencia– lo cual le permite a la persona relacionarse con el entorno y satisfacer sus necesidades –a ello se le llama funciones de coherencia y capacidad para establecer relaciones– y ello permite desarrollar nuevas estructuras como las de la adaptación y organización ⁸⁹.

Según lo descrito la conducta del ser humano, se encuentra estructurada en una especie de esquemas que posibilitan que éstas se puedan repetir ante situaciones diversas situaciones análogas –lo cual indica que no son idénticas– y mediante la configuración esquemática se permite la adaptación de los procesos de asimilación ⁹⁰, pero este al mismo tiempo es modificado en virtud de los llamados procesos de acomodación ⁹¹, los cuales a su vez permiten que la persona alcance niveles más completos en cuanto a su realidad, y a sus experiencias, a este proceso de construcción, organización y jerarquización de esquemas se les define como operaciones, las cuales se encuentran presentes en los seres humanos desde su nacimiento hasta el final de la adolescencia ⁹².

89. PIAGET Jean “Seis estudios de psicología”. Editorial Barral. Barcelona. España. 1977 p 13 a 15.

90. Sobre este proceso se dijo: “En efecto la inteligencia es asimilación en la medida en que incorpora a sus marcos todo lo proporcionado por la experiencia. Bien se trate del pensamiento, que, gracias al juicio, hace entrar lo nuevo en lo conocido y reduce así el universo a sus nociones propias, o de la inteligencia sensoriomotriz, que estructura igualmente las cosas percibidas reduciéndolas a sus esquemas PIAGET Jean “Seis estudios de psicología”. Op cit. p 16.

91. Al punto se expresó: “Que la vida mental sea también acomodación al medio ambiente, no permite la más mínima duda. La asimilación jamás puede ser pura, porque al incorporar los elementos nuevos a los esquemas anteriores, la inteligencia modifica sin cesar estos últimos para ajustarlos a los datos nuevos. PIAGET Jean “El nacimiento de la inteligencia en el niño”. Editorial Grijalbo. México. 1994 p 17.

92. En esta líneas de ideas Piaget ha indicado que el desarrollo psíquico da inicio con el nacimiento y termina en la edad adulta, y así como el desarrollo orgánico es un proceso, en el que se alcanzan estados de equilibrio cada vez más altos, en tal sentido, el niño evoluciona de la

Conviene aquí puntualizar los aspectos más esenciales de cada una de las etapas que constituyen el desarrollo cognitivo de los infantes. La primera etapa fue denominada como sensoriomotriz –recién nacidos y lactantes– y se ha indicado que se encuentra marcada por un gran desarrollo mental, en el cual el niño va aprehendiendo todo la realidad que lo rodea, mediante percepciones y movimientos, o dicho de otra manera, se asimila mediante las facultades sensoriomotrices, las cuales comienzan con los reflejos del infante y se mejoran con el ejercicio ⁹³.

La segunda etapa es la llamada preoperacional –primera infancia: dos a siete años– La transformación más importante la marca la aparición del lenguaje, que incide en el desarrollo de los ámbitos intelectuales y afectivos, ya que le permite al niño reconstruir acciones pasadas y anticipar las futuras, según se dice, el uso del lenguaje permite, aparecer al pensamiento, aunque limitado a las experiencias más próximas y concretas, sin llegar a realizar generalizaciones ni entender la causalidad. Propio de esta etapa, es el desarrollo del pensamiento egocéntrico ⁹⁴ y el intuitivo ⁹⁵, y también se desarrollan las capacidades de comunicación con otras personas durante los procesos de acción, aunque se señala que el intercambio se encuentra limitado pues prevalece el sentido egocentrista, el aspecto afectivo se ve marcado por los sentimientos interindividuales, y los sentimientos de tipo moral e incluso las regulaciones de intereses y valores ⁹⁶.

incoherencia e inestabilidad de las ideas infantiles, hacia la sistematización de la vida adulta, pasando para ello en distintas etapas, que se caracterizan por constituir estructuras originales distintas de las anteriores las cuales resume en etapa sensoriomotriz, etapa preoperacional, etapa de las operaciones concretas, etapa de las operaciones formales.

93. Según se ha indicado la inteligencia en esta etapa es práctica, se aplica a la rudimentaria manipulación de objetos, y se organiza en esquemas de acción, y en el ámbito afectivo, se desarrollan las emociones primarias y los sentimientos se proyectan hacia la madres y las personas cercanas. PIAGET Jean “Seis estudios de psicología”. Op cit. p 18/28.

94. Se ha señalado que el pensamiento egocéntrico se ve presente en los juegos simbólicos, es decir los procesos de imaginación e imitación, los cuales buscan satisfacer al “yo” con lo cual el niño adapta la realidad a sus deseos. *Ibíd.* p 35.

95. Se indica que por medio del pensamiento intuitivo el infante, suple la lógica, mediante la simple introyección de percepciones y movimientos bajo la forma de imágenes representativas y experiencias mentales que se califican de rígidas e irreversibles. *Ibíd.* 44.

96. Se ha indicado que el criterio moral en esta etapa en los niños se caracteriza por la confusión de las normas morales con las leyes naturales y el determinismo con la obligación; así se sostiene que, para el infante, el control moral deriva del adulto, se identifica lo justo e injusto con las nociones de deber y obediencia, con lo cual lo justo se identifica con la “ley” impuesta por la autoridad. Debe tenerse en cuenta en este punto, que la visión de Piaget, sobre la moralidad es simplificada, pues como lo indica, la realidad aparece no fragmentada, lo cual permite determinar diferencias respecto de cada niño y de cada sociedad, así en algunos pueden coincidir los

La etapa denominada de operaciones concretas –infancia siete a doce años– se caracteriza por el apareamiento de un pensamiento más lógico, ello como resultado de la organización de sistemas de operaciones que obedecen a leyes de conjunto comunes, lo anterior se traduce en que las acciones de los niños, se convierte en operaciones a partir de la idea de reversibilidad, lo cual permite el desarrollo de las nociones de conservación de la sustancia, peso, volumen y de las operaciones matemáticas⁹⁷, ello permite a nivel cognitivo el desarrollo de la concentración individual, y la colaboración efectiva, con la disminución del egocentrismo, y se adquieren niveles de reflexión, lo que significa que se piensa ya antes de actuar, y se puede tener una deliberación interior valorativa, en el aspecto afectivo se ha indicado que aparecen nuevos sentimientos morales, con lo cual se desarrolla la noción de la equivalencia del valor del otro, lo cual hace aparecer los sentimientos de respeto mutuo, cooperación y de justicia, lo cual conduce a la percepción de la regla como derivado de la voluntad común⁹⁸.

Por último la etapa de las operaciones formales (adolescencia) en la cual se precisa que constituye un estadio donde se producen cambios sustanciales en el proceso evolutivo de la persona –Piaget enfatiza que no se trata simplemente de una etapa de transición hacia la vida adulta⁹⁹– así indica que el pensamiento que se desarrolla es de tipo hipotético-deductivo, con lo cual quiere significar que el adolescente comienza a construir sistemas y teorías que no necesitan ya de una referencia, y es capaz de representación de las acciones previsibles, ello genera como forma de conducta una nueva actitud

criterios morales, y en otros, estar ausentes o tener retrocesos, también debe tenerse en cuenta el contexto de estudio del criterio moral estudiado por Piaget, el cual lo centra en prácticas de regla, conciencia de la regla, la mentira, respeto, responsabilidad objetiva, y todos ellos presentan resultados diversos. *Ibid.* pp. 28/54.

97. Sobre ello particularmente refiere: “Las acciones se convierten en operatorias a partir del momento en que dos acciones del mismo tipo pueden ser invertidas o vueltas al revés; así pues, la acción de reunir (adición lógica o adición aritmética) es una operación debida a que varias reuniones sucesivas equivalen a una sola reunión (composición de las adiciones) y a que las reuniones pueden ser invertidas en disociaciones (sustracciones) *Ibid.* pp. 67/68.

98. Se indica aquí que aparece también la voluntad cuando existe conflicto entre una tendencia positiva y una negativa, con la capacidad de que prevalezca los aspectos superiores positivos. *Ibid.* pp. 63/80.

99. Las reflexiones precedentes podrían hacer creer que el desarrollo mental finaliza a los once o doce años y que la adolescencia es, simplemente una crisis pasajera que separa la infancia de la edad adulta, y que se debe a la pubertad... en realidad a pesar de las apariencias las conquistas características de la adolescencia aseguran al pensamiento y a la afectividad un equilibrio superior al que existía durante la segunda infancia. *Ibid.* p 82.

egocéntrica, bajo la cual los demás deben amoldarse a sus reflexiones, aunque este proceso puede pasar también a la realidad de intereses compartidos –proceso de reconciliación–. Se indica que en el aspecto afectivo, se desarrollan dos grandes aspectos, la personalidad ¹⁰⁰, y la integración a la sociedad en un plano de cambio y de reciprocidad ¹⁰¹.

31. Contexto general de la declaración de los niños. Un primer aspecto que debe considerarse es que el niño o adolescente, no es un adulto, por tanto su declaración tendrá lugar en un contexto especial, propio a su desarrollo evolutivo y a los factores diversos factores que lo pueden condicionar. El modo en que los menores perciben sus competencias, la forma en la cual defienden sus sentimientos, la manera en la cual ven los problemas y soluciones, y de cómo es su actitud respecto de los adultos y viceversa, pueden afectar su capacidad para brindar información mediante una declaración ¹⁰²; incide también en este contexto, las experiencias propias del niño que le permiten tener una perspectiva de su persona, es decir un juicio de carácter subjetivo, que le permite reflexionar sobre su propia estimación. Estos aspectos, pueden influir para que el infante limite su capacidad de comunicación o para que la misma pueda ser brindada con mayor facilidad ¹⁰³ y ello debe tenerse en cuenta respecto de la declaración de niños, por cuanto no sólo importa aquí las características propias de su desarrollo cognitivo, sino que además debe considerarse su situación emocional en relación a su contexto social.

100. Se señala que la personalidad se integra a partir de la construcción de un sistema –plan– de vida al cual se sojuzga la voluntad, ello sólo es posible cuando se tiene ejercen facultades del pensamiento y reflexión libres, los cuales forjan su propia dimensión de persona hacia fuera y hacia dentro.

101. Se señala que es característica de esta etapa, el espíritu reformador, pero el cual debe conducirse al de la realización en común, precisamente el sentimiento de reciprocidad permite un desarrollo de autonomía de la propia persona al aparecer con toda su dimensión, la base del respeto hacia los otros, es decir que las relaciones interpersonales exigen un trato de respeto en su sentido heterónomo, lo cual permite desarrollar el juicio de la justicia a la equidad y al respeto de los derechos de los demás. PIAGET Jean “El Criterio Moral en los Niños” Fontanella. Barcelona. España. 1974. pp. 164/165.

102. Recuérdese el menor mediante los mecanismos de adaptación puede desarrollar una serie de estrategias para generar diferentes marcos de desarrollo en su entorno, y estos pueden tener un sentido de apertura o de cierre, en cuanto a lo que el menor sabe y quiere comunicar.

103. Sobre la particular situación de niños con edad cronológica corta BURGOS MATA Álvaro “El interrogatorio dirigido a personas menores de edad” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. (Javier Llobet Rodríguez. Coordinador) Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 pp. 501 a 503

Es oportuno indicar que hay aspectos generales de la declaración que son concurrentes –con sus respectivas diferencias– en cuanto a lo que un menor declara, básicamente ello está asociado al proceso de memoria en general, sobre este aspecto se indica que concurren usualmente tres etapas, la de fijación o codificación, la de conservación o retención y la de evolución o recuperación ¹⁰⁴.

Sobre la etapa de fijación se dice que es aquella por la cual un estímulo externo se transforma en una representación mental interna, indicándose que la codificación de estímulos depende de la atención que se preste al suceso, y la atención se encuentra vinculada a su vez, a lo “sobresaliente” o “vívido del estímulo” ¹⁰⁵.

También se señala que hay factores que afectan el proceso de cómo se realiza la etapa de fijación de los sucesos percibidos, y en ellos se destacan dos variables, una vinculada los factores que afectan este proceso cognitivo en razón del evento propio que se percibe como fenómeno externo ¹⁰⁶; y hay factores de tipo individual, es decir asociados a la propia persona que realiza la actividad de percepción y codificación de la información, los cuales también influyen en esa capacidad de grabación de la información ¹⁰⁷.

104. Sobre ello y con cita de *Ruback y Greenberg* GUILLEN RODRÍGUEZ Ileana “La valoración del testimonio de menores en delitos sexuales”. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 2005 p 82.

105. Este aspecto de importancia del estímulo –sobresaliente– queda determinado por al menos tres grupos de factores: a) aquellos relacionados con el contexto en el cual se da el estímulo; b) aquellos que se relacionan con conocimientos anteriores del sujeto que percibe; c) factores relacionados con otros intereses importantes. En cuanto a la dimensión de la vivencia del estímulo se indica que este se condiciona por: a) sean emocionalmente interesantes; b) que sean concretos y provocativos para la imaginación; y c) que sean próximos espacial, sensorial o temporalmente. Ver GUILLEN RODRÍGUEZ Ileana “La valoración del testimonio de menores en delitos sexuales”. Op cit. p 83.

106. Dichas circunstancias se agrupan en: a) el tiempo de exposición al fenómeno, en el sentido que entre mayor sea el mismo, mayor posibilidad de recordar el evento; b) la frecuencia de la exposición al estímulo, por lo cual a mayor exposición más posibilidades de recordar; c) la relevancia de la información, en el sentido que los detalles más sobresalientes se recuerdan más fácilmente.

107. Entre dichos factores se indican: a) el estrés, en el sentido que un alto grado del mismo, tiende a afectar la atención y puede disminuir la habilidad de recordar detalles; b) las expectativas, las personas tienen un marco de referencia que puede hacer más perceptibles ciertos hechos, de acuerdo a su cultura, experiencia, prejuicio etcétera; c) la capacidad de percepción, es decir en una persona con una mayor habilidad para percibir ciertos hechos, es más posible que recuerde detalles particulares que otras no recordaría. *Ibid.* pp. 84/85.

En cuanto a la etapa de conservación o almacenamiento de la información, se indica que tal proceso es personal, puede depender del tipo de fenómeno que se perciba y del interés que el sujeto que realiza la percepción tenga del mismo, así información más significativa puede ser objeto de retención y otra no ser objeto de una memorización, también se indica que este proceso se puede ver afectado por eventos posteriores ¹⁰⁸. Ahora bien, sobre el tercer aspecto –el de evocación o recuerdo– se señala que este sucede cuando el testigo necesita acordarse del suceso que percibió en otra época, se indica que este proceso mental, puede verse afectado por diversas variables algunas naturales –el tiempo– y otras formales –la forma de interrogatorio– y que estas puedan afectar el proceso de rememorar la experiencia percibida ¹⁰⁹; con todo debe indicarse que estos son sólo cuestiones aproximativas, es decir, generalidades, y que ellas varían de persona a persona y de suceso a suceso, por lo cual deben ser vistas con esa grado de relatividad y de acuerdo a los hechos en particular.

32. La declaración del menor como prueba suficiente. Debe señalarse que la declaración de un niño o adolescente es susceptible en nuestro sistema legal de ser valorada como una prueba suficiente, si la misma aporta los datos y circunstancias principales sobre los hechos que tienen que tenerse por probados, se trata aquí de una cuestión de suficiencia probatoria, que no puede estar limitada *ab initio* por la razón de que el testigo es un menor ¹¹⁰, precisamente por ello, la valoración que se haga del testimonio de un niño o adolescente tiene que tener en cuenta el contexto de la persona que lo rinde y bajo qué circunstancias se ha rendido la deposición ¹¹¹.

Se ha señalado que para la correcta valoración de la declaración de los menores, debe tenerse conciencia en el aspecto valorativo, de lo que constituyen las llamadas teorías implícitas de valoración ¹¹² las cuales pueden llevar a

108. *Ibíd.* p 85.

109. Se indican al menos cuatro aspectos importantes: a) que entre mayor sea el tiempo entre fijación y recuerdo menos acertado será el resultado; b) un mejor recuerdo con personas semejantes; c) la excitación puede afectar el recuerdo, d) las opiniones que la persona se forme del suceso. *Ibíd.* pp. 85/86.

110. Sobre los mitos por los cuales se les niega valor a la declaración de los menores ver BURGOS MATA Álvaro “El interrogatorio dirigido a personas menores de edad” *Op cit.* p 503.

111. Ilustra aspectos importantes de ese contexto CLEMENTE DÍAZ Miguel “Psicología aplicada a la labor judicial” *Op cit.* p 320 a 323.

112. Las cuales Alonso-Quecuty y Campos definen como “Las concepciones que las personas

tener criterios errados sobre la apreciación de lo que el menor declara en cuanto a su veracidad o no respecto de los hechos ¹¹³.

Debe indicarse entonces, que el menor puede ser objeto de una valoración positiva respecto de los hechos relatados en su declaración, si a partir del examen cuidadoso de su testimonio, se encuentra respecto del mismo un ámbito objetivo de veracidad, y coherencia, pero teniendo en cuenta, como se ha expresado la dimensión personal del menor, no sólo respecto del desarrollo de su capacidad intelectual, sino además de los aspectos afectivos y emocionales que pueden resultar asociados a lo que el menor declara, por ello, si la declaración se estimase convincente, es decir persuasiva en cuanto a lo que relata, la misma en nuestro sistema de pruebas tiene la capacidad para constituir prueba suficiente respecto de un hecho a probarse, sin que el mero hecho de que sea un menor el que ha prestado testimonio que restarle valor a lo que ha manifestado ¹¹⁴, en otras palabras la declaración testifical del menor puede ser valorada como prueba suficiente para demostrar hechos en relación a una conducta de carácter delictivo, sin que sea necesario, el concurso de otra prueba de carácter testimonial, sobre todo cuando dicho testimonio es la prueba única sobre determinados hechos a comprobar ¹¹⁵.

sostienen sobre determinados aspectos de la realidad"; y se indica que estas teorías son producto de la elaboración individual a partir de los casos particulares y de las experiencias personales, así para cada dominio de la realidad –niños, educación, publicidad, mal, bien, mentira etcétera– se elaboran una especie de programas generales que agrupan diferentes aspectos sobre cada situación particular, se indica que esta construcción es individual aunque su elaboración es de contexto, respecto, de sus conocimientos, grupo social, cultura, por lo cual las llamas teorías implícitas serían una especie de redes de experiencias que se activan ante un fenómeno similar para comprender la particular situación que se presenta. Cfr. JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón "El menor como testigo: fundamentos y técnicas" en *Psicología Criminal*. Miguel Angel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. Pearson. Madrid. España. 2005 pp. 180

113. Es importante tener en cuenta sobre el particular lo que se informa a partir de investigaciones, así se sostiene: "En el nivel del conocimiento, las posiciones existentes respecto del testimonio infantil se podrían agrupar en cuatro grandes categorías, dos de ellas centradas en sus capacidades cognitivas, y dos más en su credibilidad. Así el testigo infantil puede ser considerado: a) Cognitivamente competente y por lo tanto capaz de dar un testimonio exacto de lo sucedido; b) Cognitivamente incompetente y por tanto incapaz de prestar testimonio; c) Con una credibilidad similar a los adultos; d) Como incapaz de diferenciar realidad y fantasía, por lo que su testimonio debe ser rechazado *Ibíd.* p 181.

114. Tradicionalmente en cierto estadio del procedimiento penal, a los menores se les negó la capacidad de testificar bajo la opinión *impúbere ut non idonei* es decir como no idóneos.

115. En la sentencia de las diez horas y treinta minutos del quince de abril de dos mil cinco en la referencia 140-Casación-2004 la Sala de lo Penal sostiene: "Por otra parte, es de hacer notar, que en los casos de abuso sexual, o de violación ejercida sobre un menor, el testimonio de éste constituye la prueba fundamental, sino única, de que disponen los órganos encargados de la persecución penal para establecer la realidad del hecho delictivo. La experiencia criminológica demuestra que en la mayor parte de estos delitos se comenten en un entorno cerrado con una fuerte interacción afectiva entre el autor y la víctima. Por ello en muy pocas ocasiones el juez dispone de otra evidencia que no sean el testimonio de la propia víctima.

33. La valoración de la declaración del menor en contexto integral de la prueba. Debe aquí señalarse un aspecto importante, en el sentido que la declaración de los niños y adolescentes en muchos casos –sobre todo cuando se trata de ofensas sexuales– pueden constituir el único testimonio con el cual se cuente, como se ha expresado ya, dicha declaración puede ser valorada como prueba suficiente para acreditar uno o más hechos o circunstancias determinadas, si se considera que el testimonio es idóneo, empero es importante que dicha declaración pueda además ser apreciada con el conjunto de toda la prueba ¹¹⁶.

Ciertamente aunque en muchos casos, únicamente se cuente con la declaración del menor sobre ciertos aspectos incluso decisivos, ello no significa que una investigación completa pueda permitir una mejor valoración integral de lo afirmado o negado por el menor o adolescente que declara, estos actos de prueba siempre son esenciales de practicar en la medida de lo posible, y permiten una mejor apreciación, por ejemplo, inspecciones, pericias, declaraciones de otras personas aun en aspectos complementarios, documentos, etcétera.

Lo que se quiere señalar, es que aunque solo se tenga el testimonio del menor como prueba personas, pueden concurrir para su mejor apreciación otros elementos de prueba que puedan arrojar aspectos de contrastación de toda la información probatoria, para poder decidir y ponderar mejor la declaración testimonial que se ha rendido, por ello, las declaraciones de los menores no deben ser examinadas y valoradas como cuestiones aisladas, si han concurrido otros elementos de prueba que puedan ser también apreciados para estimar la calidad de toda la prueba en su conjunto ¹¹⁷.

116. Por tal razón las investigaciones en fase inicial, es decir los actos iniciales de investigación, y aún los actos de la instrucción son importantes y fundamentales, para posteriormente poder hacer valoraciones completas e integrales, de tal manera que la realización de aquellas actividades con fines de captación de prueba son aconsejables de realizar para poder presentar una panorama más completo sobre el hecho que es objeto de investigación y posteriormente de decisión.

117. Es ilustrativo al punto lo que se ha dicho a nivel de precedente sobre ello: “Además la Sala estima que el razonamiento que sustenta el fallo del tribunal, no resulta acorde con la sana crítica, al haber dejado de analizar en su totalidad el peritaje psicológico y el estudio social, practicados a la víctima, pues el tribunal de estos dictámenes se limitó únicamente a tomar en cuenta el problema mental de la menor, omitiendo pronunciarse sobre las conclusiones emitidas por los peritos respecto a lo declarado por la víctima en cuanto al hecho sucedido [...]”. Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal 104-CAS-2004 de las diez horas treinta minutos del trece de mayo de dos mil cinco.

34. Aspectos especiales a tener en cuenta en la valoración en la declaración de los menores. Aunque son diversos los aspectos que podrían valorarse para estimar su incidencia en la declaración de los niños, aquí solo se reflexionara sobre alguno de ellos, básicamente dos, el aspecto del lenguaje infantil y el proceso de estrés en los menores. En cuanto al primero, debe señalarse que según se indica, el lenguaje de los niños es usualmente más limitado y describe menos los fenómenos que el de los adultos¹¹⁸ y que ellos, acostumbran a responder negativamente cuando se utilizan términos indiferenciados como por ejemplo, “algo, alguno, o alguien” o que sólo utilizan correctamente términos temporales –como antes o después– cuando se refieren a hechos habituales y que para ellos son cotidianas¹¹⁹.

También se ha señalado que el uso de determinados conceptos son diferentemente comprendidos por los infantes, en cuanto a su adecuada representación, así –con cita de Walker– se señala que “hasta los seis años, la palabra tocar está asociada sólo con las manos, de forma que puede relatar un abuso, pero decir que no les han tocado”; de igual manera se dice que en cuanto al concepto de recordar, los infantes menores de ocho años no manejan una dimensión completa de esta función psíquica¹²⁰; inclusive en aspectos como el parentesco su comprensión conceptual total del mismo puede presentar dificultades, esa misma inexactitud conceptual se señala puede presentarse en composiciones adverbiales como “esto/eso, aquí/allí, venir/ir, traer/llevar, y ello aunque aparezca en el lenguaje espontaneo podría tener un diversa comprensión¹²¹ en el menor que debe saberse apreciar en todo su contexto¹²².

118. Así se indica con cita de *Wilkinson, Dube y McIlvane* que hasta los seis años los menores sólo suelen aprender de cinco a ocho palabras diarias. JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón “El menor como testigo: fundamentos y técnicas” Op cit. p 167.

119. Con cita de *Poole y Lamb* *Ibíd.* P 167.

120. Así se dice: “Tal y como lo refiera Cantón (2000) sólo hacia los ocho o nueve años, empiezan a entender el verbo “recordar” ya que hasta esa edad entienden que para recordar algo es necesario haberlo olvidado antes. *Ibíd.* p 167.

121. *Ibíd.* p 167.

122. Lo anterior debe prevenir en el sentido de cuál es la dimensión correcta que puede valorarse respecto de lo que el infante, dice, no es que por esta dificultad propia del desarrollo de sus capacidades psíquicas el menor sea menos creíble, sino que debe saberse ponderar y contextualizar lo que un niño declara, para poder realizar así una mejor apreciación, teniéndose en cuenta que estos aspectos no son reglas absolutas ni generales, y que deben apreciarse en cada caso particular y de acuerdo a su contexto.

En cuanto al estrés en los menores, debe indicarse que este es un fenómeno emocional y fisiológico –originalmente definido así por *Hans Selye*– y por el cual se entiende “aquella situación en las cuales las demandas externas (sociales) o las demandas internas (psicológicas) superan nuestra capacidad de respuesta, se provoca así una alarma orgánica que actúa sobre los sistemas nervioso, cardiovascular, endocrino, e inmunológico, produciendo un desequilibrio psicofísico y la consiguiente aparición de enfermedad en virtud del desequilibrio”¹²³.

Contextualizado lo anterior, debe señalarse que la complejidad de los actos de todos los subsistemas de la administración de justicia, derivan en situaciones que sobrepasan la capacidad psicofísicas de los menores y producen una respuesta de distrés. Debe indicarse que el infante, el equilibrio mental se relaciona con los intercambios entre las situaciones externas e internas, así las condiciones de entorno que tienen variaciones afectan el desarrollo de vida del menor cuando tienen una intensidad de magnitud. El desarrollo infantil se encuentra siempre en una situación dinámica, de etapas “difíciles” y de conflictos que el menor enfrenta y resuelve, pero cuando ello se agudiza en crisis la situación puede ser sobreabundante excesiva para el menor¹²⁴.

La vinculación al fenómeno del estrés como estímulo hace referencia a los llamadas circunstancias estresores, es decir a las situaciones que pueden alterar el funcionamiento de la integridad biofísica del menor, es decir a su organismo en sentido completo, así situaciones anormales en la vida del menor representaran situaciones que involucraran episodios de estrés, y en cuanto más negativos pueda ser el hecho, más alteración podría provocar en la persona que lo adolece¹²⁵.

123. Se señala que la cotidianidad de la vida concurren dos clases de estrés, uno positivo el llamado eustrés el cual mantiene equilibrado el sistema de alertas, ayudando al ser humano, a enfrentar razonablemente los desafíos, y cuyo nivel de acción no genera trastornos orgánicos anormales; en cambio el distrés, o estrés malo, en el cual el fenómeno se extiende en intensidad y tiempo, con lo cual la activación del sentido de alarma permanece inadecuadamente generando múltiples trastornos orgánicos. LOPEZ ROSETTI Daniel “Estrés. Epidemia del Siglo XXI.” Lumen. Segunda edición. México D.F. 2001 pp. 17/20

124. Por ejemplo en la evolución de la estabilidad mental de los menores, concurren indicadores que pueden significar alarma, la rigidez, el ensimismamiento llegando hasta conductas asociadas, la pérdida de alegría, son indicativos de factores negativos en su interacción social.

125. En relación a los testigos menores que tienen que prestar declaración se ha advertido, que esta actividad genera una actividad emocional y en la memoria de los testigos, señalando que los aspectos que influyen en la capacidad de evocar no es precisamente el estímulo estresante sino el estrés que se experimentado, esto es, la intensidad del aspecto emocional que vivió la

Así se ha sostenido que no existen estresores per se, ello depende de la experiencia vivida por las personas, por lo cual se refiere a los estresores, como circunstancias potenciales, las cuales pueden ser de carácter objetivas o internas, las primeras tienen un componente exterior e implican daño o amenaza, las segundas son factores psicofísicos que generan vulnerabilidad en el menor y lo predisponen a manifestar reacciones de distrés, y ciertamente en la vida del niño coexisten acontecimientos estresores, tanto en el área familiar, escolar, social, pero ellos cuando son eventos normalizados generan reacciones no excesivas ¹²⁶.

Vista la actuación del menor ante el sistema de justicia penal, la asistencia del niño a todas las actividades que requieren de su presencia, en ambientes y ante personas desconocidas para el menor, son situaciones que muy probablemente generaran un desarrollo de estrés en el menor, y se ha señalado –por Mira y Diges– que estas condiciones estresantes, pueden limitar la capacidad de las personas para fijarse y atender detalles, y para recordar aspectos importantes de las situaciones pasadas ¹²⁷; particularmente se dice que el estrés actúa sobre la memoria de los testigos en relación a: I) el tipo de suceso que se vive, si es emocional o neutro; II) el tipo de detalles que se deben recordar, esenciales o de carácter periférico y ello dentro del contexto emocional; III) la demora en recibirse la declaración; las condiciones en que se produce el recuerdo, estado de ánimo, ayudas, situaciones de contexto, seguridad etcétera ¹²⁸.

35. La afectación de la victimidad en los menores y en su testimonio. Se ha sostenido que la victimización es un fenómeno que afecta el desarrollo de la vida de los niños, y ella puede ocasionar diversos daños, que inclusive pueden ser superpuestos alcanzo niveles de complejidad, lo

persona. JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón “El menor como testigo: fundamentos y técnicas” Op cit. p 176.

126. Sin embargo situaciones anormales como lo podría ser un abuso sexual, una situación de maltrato, generan una situación de estrés de índole externo e interno, en el primero, genera un daño físico y psíquico, el restante puede afectar la situación de vulnerabilidad del menor, afectando incluso su desarrollo cognitivo y sus relaciones de interacción.

127. *Ibid.* p 176.

128. En general sobre este aspecto ALONSO-QUECUTY María L. “Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. Papeles del Psicólogo. Valencia. España. 1990 pp. 36/40.

que si se afirma es que estos aspectos lesivos son variables dependiendo de la persona tanto en su dimensión subjetiva como objetiva¹²⁹, y en el mismo sentido los efectos de la victimización también serán diversos, lo cual como podrá valorarse afecta también los actos del menor en cuanto a la narración de los hechos.

Los estudios señalan que hay una serie de circunstancias que constituyen un mayor grado de afectación en los menores como producto de la victimización a partir de: a) cuando la ofensa ha sido recurrente y por mucho tiempo; b) cuando el ofensor es una persona querida para el menor; c) cuando las personas queridas o las de confianza no creen ni apoyan al menor cuando revela el hecho sufrido; d) cuando el ofensor hace sentir vergüenza o culpa al menor; e) cuando la ofensa es con violencia; f) cuando implican penetraciones orales, vaginales o anales d) cuando la ofensa se da en la infancia¹³⁰. Todas estas afectaciones generan efectos consientes e inconscientes en la persona del menor y se derivan de los procesos de victimización, los cuales también pueden tener implicaciones importantes al momento de la rendición de la declaración de los menores, y por ello, es fundamental conocerlos, para realizar una mejor valoración de lo que el infante o adolescente ha declarado.

36. El desvalimiento del menor como fenómeno de la victimización y su impacto en la declaración. Uno de los efectos que los estudios sobre menores víctimas de delito reflejan con mayor constancia es la sensación del menor de sentirse desvalido, y por ende en una situación de inferioridad o impotencia, se ha indicado que esta experiencia genera que el infante o adolescente no confíe en la personas de su entorno y en su misma persona¹³¹, y este sentido de vida de impotencia se traslada hacia otras esferas inclusive la de actuaciones posteriores.

Se indica que este sentido de impotencia, es el resultado de un proceso repe-

129. En tal sentido GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes". Ediciones Granica. Barcelona España. 1999 p 24.

130. Así Conte y Schuerman en GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos. Op cit. p 173. FINKELHOR David "Victimología Infantil. El abuso sexual en el menor. Causas, consecuencias y tratamiento psicosocial. Editorial Pax. México. 1980 p 173.

131. GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes" Op. cit. p 235.

titivo de sometimiento a eventos de carácter compulsivos, desarrollado por adultos que obligan al menor a tolerar o realizar determinadas conductas, se trata de una situación de ejercicio de poder en la cual el menor es sometido, sin que pueda evitar tal patrón continuo de abuso de su autonomía¹³², ello se va generalizando, lo cual crea en el menor el sentido de desvalimiento e impotencia, asumiendo la idea de que ese estado personal no puede cambiarlo, y ello es mayor en los ámbitos de abuso sexual; esta situación según se señala se compone de tres aspectos, la sensación de angustia y pérdida de control, la reacción automatizada como mecanismo ante el distrés, y el escepticismo del menor.

Se dice que una de las consecuencias notables de la sensación de impotencia, es la angustia que se desarrolla en el menor ante la ofensa sistemática, y el sentido de que no controla su vida, y de que la misma se encuentra en riesgo, ello afecta emocionalmente la menor y desarrolla un sentido de vulnerabilidad e impotencia con la angustia que ello implica¹³³, empero este recordatorio causa intenso sufrimiento porque la reexperimentación afecta la vida cotidiana de la persona que sufre esta situación¹³⁴.

Precisamente el otro aspecto a considerar es el bloqueo que se genera como mecanismo de defensa ante la situación estresante, por cuanto se sostiene que ante estos estímulos que vuelven a revivir el trauma y que generan angustia y desvalimiento, el organismo se condiciona para glandularmente segregar sustancias químicas que permiten una respuesta de defensa, lo cual genera una especie

132. Un buen ejemplo de ello presentado desde el ámbito del abuso de corrección de padres a hijos se puede ver en RODRÍGUEZ MELENDEZ ROBERTO, PRADO CASAL Lucía “¿Es el uso del castigo corporal y humillante una pauta de crianza con reconocimiento legal en El Salvador” en *Derechos de la niñez y adolescencia en El Salvador*. UCA Editores. San Salvador. El Salvador. 2012 pp 75 a 76.

133. Sobre ese fenómeno GOLEMAN Daniel “La inteligencia emocional. Editorial Suma de Letras. México DF. 1995 p 345. Y usualmente se señala, que la persona que experimenta esta situación emocional ha sido objeto de graves daños o amenazas a su integridad física o mental, por ello, el fenómeno de desvalimiento que se genera y las reacciones emocionales que implican se asocian al Trastorno de estrés postraumático, al grado de reexperimentar el hecho traumático –cuestión Welss citado por Goleman– ha puesto de manifiesto que experimentos con animales –ratas– determina que el temor se desarrolla ante la repetición del hecho traumático.

134. Se indica que la gravedad del cuadro puede ser tal, que la reexperimentación puede ser idéntica al sufrimiento vivido al momento de la agresión, y ello determina una situación de angustia ante una situación de exposición que recuerde el evento, por lo cual los mecanismos del proceso penal pueden generar esta situación provocando una situación de angustia, que en muchas ocasiones es bloqueada mediante la evasión ante estímulos asociados por lo menores con la situación traumática.

de distrés condicionado que altera psicofísicamente al menor¹³⁵ lo cual puede afectar sustancialmente el contenido de su declaración dependiendo de la gravedad del estado emocional.

El otro aspecto que resulta como consecuencia de este estado de desvalimiento, y del proceso de reexperimentación del trauma, es que el menor desarrolla una situación escéptica sobre la capacidad de ayuda de las otras personas para evitar su situación traumática, y ello resulta más grave, cuando el menor cuenta los hechos, y las personas en las cuales confían dudan o no dan credibilidad a sus afirmaciones¹³⁶, esta situación se indica genera efectos más dañinos en la situación de desvalimiento del menor o como se ha dicho con cita de Rohner “los efectos lesivos del rechazo están bien documentados que puede llamárseles justificadamente un acto psicológicamente maligno”¹³⁷.

Las actitudes de descredito del menor implican para este como sentido de desvalimiento, que él, no es una persona importante o que el hecho que le sucedió no debe de ser contado pues es un acto repugnante o que es una situación de peligro y que por ello debe ser evitada, todo lo anterior, afecta la estimación propia del menor, y afecta su identidad persona, pues se ve como una persona desprotegida que no es merecedor de la protección y el amor de sus cercanos, lo cual cierra el círculo del sentimiento de vulnerabilidad y estima.

37. El Desarrollo de mecanismos de defensa, su valoración en el testimonio. Aspecto importante a considerar es que el menor ante

135. GOLEMAN Daniel “La inteligencia emocional” Op cit. pp. 346/347. Sobre el particular citando a Charney el autor mencionado indica que en este tipo de trastornos emocionales afectan inclusive los procesos de aprendizaje y memoria, por cuanto las modificaciones a nivel cerebral son tan intensos, que la amígdala cerebral –lugar que maneja las reacciones de alerta y peligro, pero en un sentido “primitivo”– reacciona excesivamente cada vez que se presenta alguna circunstancia que evoca la situación traumática, en ese contexto debe considerarse que el proceso de evocación queda afectado por cuanto el menor no puede describir correctamente los recuerdos, y en el ámbito del sufrimiento esos recuerdos se presentan como vividos en tiempo real.

136. Se ha indicado sobre este punto, que esta desconfianza de los otros, respecto del menor más aún de aquellos que le son entrañables, genera una situación de mayor impotencia, en una relación de contexto, pues el menor percibe que las personas que naturalmente deberían ayudarlo –y por ello acude a ellas– no lo hacen y dudan de su veracidad Ibid. p 336.

137. GARBARINO J. ECKENRODE J. “Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes” Op. cit. p 31.

la situación traumática, y la situación de impotencia, generan mecanismos psicológicos de defensa que tienen como función comprender lo sucedido, y protegerse del dolor que produce la reexperimentación del suceso, ello ayuda al menor a racionalizar sus emociones, y sobrevivir a los mecanismos de victimización a fin de evitar el sufrimiento¹³⁸; empero como se ha señalado estos mecanismos de bloqueo, terminan por generar aspectos deficitarios en el menor afectando sensiblemente su capacidad tanto cognitivas, conductuales y emocionales¹³⁹.

Se ha indicado que uno de los aspectos que más daño importa para las víctimas menores, como fenómeno de víctimidad es el hecho de no poder narrar sobre el evento traumático que aconteció¹⁴⁰, el aspecto silente en la víctima genera efectos nocivos, y ello sucede porque el infante o adolescente no se percibe como víctima del hecho, sino como responsable del mismo o al menos como colaborador –muchos ataques además de físicos introyectan esta posición moral en la víctima– ello entonces responde por una parte a la dinámica de la ofensa criminal y del proceso de victimización pero también puede completarse con el tipo de pensamiento infantil – ideas que son concretas y egocéntricas– lo anterior significa que por el desarrollo cognitivo del menor, a él, le cuesta entender que la victimización que ha sufrido –de tipo sexual o de maltrato– no es correcta y no tiene por qué ocurrir¹⁴¹.

138. Al punto se dice: “como sucede con muchas otras experiencias que producen tensión, estas estrategias de superación sirven para mitigar el dolor y alejar los pensamientos desagradables, pero raramente se les asocia con una evolución positiva de la vida Ibid.

139. Para resumirlos aquí brevemente, esta actividad anormal de defensa, presenta situaciones críticas, una de ellas, es la disociación, el cual es un fenómeno usual de los síndromes traumáticos, el cual tiene como finalidad protegerse por ejemplo del miedo, la vergüenza, la culpa, en tal sentido la persona genera mecanismos desconexión o de separación de realidades, y por ello puede parecer no afectado y hasta insensible, de tal manera que cuando el abuso es grave, el hecho se disocia de la realidad inclusive llegando hasta la retractación o el silencio. BATRES Gioconda “Del Ultraje a la Esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto. ILANUD. San José Costa Rica. 1997 p 78. También se señala como mecanismo de esa naturaleza la racionalización del evento, el cual permite a la víctima desarrollar una explicación que sea menos lesivo para su psiquis, ello significa que el menor no niega el hecho, pero le da salida a su proceso de conflicto mediante una explicación diferente, ello como se comprenderá puede afectar el relato del menor, por cuanto los hechos afirmados se encuentran no ajustados a la realidad, ello es frecuente cuando el niño trata de entender porque un ser amado lo ha ofendido, cuando en el contexto del menor los seres cercanos no dañan a sus seres queridos, y según se sostiene cuando esta racionalización se sistematiza por la reiterada afectación al menor ello afecta inclusive la percepción del menor respecto de los hechos acontecidos. RAVAZZOLA Cristina “Historias Infames: los maltratos en las relaciones. Serie Terapia familiar. Paidós. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 259.

140. Sobre ese particular FINKELHOR David “Victimología Infantil. El abuso sexual en el menor. Causas, consecuencias y tratamiento psicossocial” 1980 Op cit. p 152.

141. Sobre el desarrollo de este aspecto GARBARINO J. ECKENRODE J. “Por qué las familias abusan de sus hijos. Op cit. p 224.

Pero además se destaca que este fenómeno resulta agravado cuando el ofensor es miembro del círculo familiar del menor y persona a quien se predica afecto, por cuanto se pasa a utilizar el mecanismo del silencio como forma de protección plural, con lo cual se racionaliza que la información no debe ser contada a otras personas, por cuanto ello podría afectar no sólo al agresor sino también a todo el grupo familiar ¹⁴².

38. La afectación de las relaciones interpersonales y su influencia en la declaración. Digamos que las interacciones normales y afectivas con las demás personas es un contexto que el menor aprende como patrón de referencia en una vivencia desarrollada bajo la normalidad de la vida ¹⁴³; ahora bien, ese patrón de normalidad es quebrado por la victimización de una conducta criminal, y ello genera dificultad en las relaciones que el menor tendrá que sostener respecto de otras personas, afectando la idea del menor sobre cómo desarrollar sus relaciones de manera, normal, y cuando el abuso es progresivo, inclusive se presentan respuestas agresivas es decir de sobrevivencia ¹⁴⁴.

Desde la perspectiva anterior, la victimidad crea para el menor un mundo de desconfianza generaliza respecto de los otros, y por lo general se desarrollan procesos de aislamiento ¹⁴⁵. También ocurre como otro fenómeno derivado, la percepción de que la vida y su contexto —es decir la visión de mundo— es riesgoso y negativo, estudios de carácter longitudinal respecto de menores abusados ha indicado que ellos, presentan problemas sistemáticos de socialización ¹⁴⁶.

142. Así RAVAZZOLA Cristina “Historias Infames: los maltratos en las relaciones” Op. cit. p 260.

143. Ello no implica que el menor no perciba y aprenda que la vida transcurre de manera problemática, sino que dichos problemas son aprehendidos en un contexto de normalidad y se asumen desde esa perspectiva como un curso natural de lo vivido junto al resto de la comunidad, familia, amigos, escuela, conocidos.

144. Ver GARBARINO J. ECKENRODE J. “Por qué las familias abusan de sus hijos. Op cit. p 240.

145. Si se tiene en cuenta todo el proceso de afectación que debe soportar el menor, en el sentido de la sensación de vulneración, las actitudes de defensa, el silencio, la pérdida de identidad, el auto culparse, terminan por provocar una situación de aislamiento, como mecanismo ulterior de desconfianza, pero con la particularidad que esa desconfianza se relaciona respecto de las demás personas. *Ibíd.*

146. *Ibíd.* p 239.

También se ha señalado que la empatía¹⁴⁷ del menor se podría encontrar seriamente afectada, en el sentido que las conductas ofensivas, sobre todo aquellas que importan una situación de abuso erosiona a la empatía como capacidad construida del ser humano¹⁴⁸, y estudios de comparación han señalado que niños que no han sido abusados responden con sentimientos de empatía respecto de infantes que lo han sido, pero no viceversa, el conjunto de menores que había sido objeto de ofensas, no respondieron con sentimientos de empatía ante el abuso que se había hecho a otros menores¹⁴⁹, pero también se ha señalado otro fenómeno, que menores objeto de ofensas, si respondieron con empatía, pero desbordada lo cual se asoció al aspecto de la pérdida de identidad¹⁵⁰.

Conclusión

La necesidad de que las víctimas como sujetos vulnerables vean reducidos los niveles de victimización secundaria, es todo un reto para los Estados modernos y para sus órganos de administración de justicia, esta necesidad resulta más apremiante cuando se trata de víctimas que son infantes y adolescentes, cuyo tránsito por el proceso penal, puede generar muchísimo dolor ante la necesidad de la práctica de ciertos actos procesales y esencialmente de la rendición de su declaración como testigos, en tal sentido la Cámara Gesell es un mecanismo humanizado que permite una declaración menos agobiante para quien es víctima de un delito en condición de niña, niño o adolescente, y su establecimiento en nuestro país, es una realidad que fructificara en la salvaguarda de sus derechos, con el debido respecto a los derechos de los justiciables, derechos que resultan ciertamente limitados, pero su restricción obedece a una necesidad de equiparación de quien es más débil en el proceso penal y por ello debe ser más protegido a fin de cumplir el mandato *aequa lance pensando* respecto de los derechos de la infancia y adolescencia.

147. La empatía digámoslo así es la capacidad que tienen las personas asumir el lugar de otro, y así poder comunicarse con la otra persona, logrando un mejor proceso de socialización.

148. Sobre ello GOLEMAN Daniel “La inteligencia emocional” Op cit. p 335

149. *Ibíd.* p 336.

150. Señalando ese aspecto RAVAZZOLA Cristina “Historias Infames: los maltratos en las relaciones” Op. cit. p 261.

2. ¿ES EL USO DEL CASTIGO CORPORAL Y HUMILLANTE UNA PAUTA DE CRIANZA CON RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL SALVADOR?

Roberto Rodríguez Meléndez
Lucía Prado Casal

“Pegar a un niño pequeño es cobarde,
pegar a uno de 13 no lo va a olvidar,
y pegar a uno de 18 no se lo aconsejo a nadie»,
Javier Urra. Ex defensor del menor de la Comunidad de Madrid

“Igual que se dobla la ramita se inclina el árbol”
Alexander Pope; Moral Essays

Sumario:

I.- El porqué de este tema. II.- Una excusa normativa para su abordaje. III.- Protección, orientación, ¿corrección? y maltrato: relaciones conceptuales. IV.- Pautas de crianza para la orientación y dirección de nuestros hijos. V.- Pero... ¿Por qué entonces no cambiamos la pauta de crianza en la educación y corrección de nuestros hijos? VI.- Reflexiones finales.

I.- El porqué de este tema

La UCA nos ha permitido abordar este tema de estudio con el incentivo de poder brindar dentro de un proceso de enseñanza-aprendizaje material que pudiera servir para la reflexión y el debate sobre la situación de los derechos del niño en El Salvador.

El tema no nos puede ser ajeno: por una parte, los autores estamos en esa edad en que seguimos siendo hijos y nuestros padres siguen ejerciendo... pero, con menos incidencia de la que tenían hace algunas décadas. Por otra, también somos padres de hijos que están entre los 7 y 10 años. Con lo cual, creemos que no sólo nos interesa el tema sobre el uso de la “disciplina física sobre los niños” en teoría, sino en la práctica.

Aunado a lo anterior, realmente, cada uno de nosotros –los que escribimos esta introducción- tiene historias e imágenes muy profundas sobre el tema. Ambos, hemos escuchado a nuestros hijos interrogarnos no hace mucho

tiempo: ¿Oye, mamá- papá, por qué no usas “el cincho” conmigo?, y no sólo eso, sino que nuestros hijos se preguntan sobre todo si “alguna vez lo usaremos”. Estas interrogantes surgen en los niños por su contexto escolar, en el que conocen de cerca las experiencias de algunos sus compañeros de clases, quienes al parecer sí han vivido esa metodología “educativa” en su hogar.

Por otra parte, uno de los autores de este estudio tenía otras deudas con este tema. Me atrevería a asegurar que mi total alejamiento del uso del “cincho” o de la disciplina corporal como medio para corregir al hijo, si lo prefieren, me viene por desconocimiento: mi papá nunca utilizó esa técnica o abanico amplio de técnicas –nalgada, bofetón, palo, regla, etc.- por algunos consideradas “muy efectivas” o “adecuadas”. Cuando tuve la capacidad de reflexionar sobre ello y ver que era realmente una excepción en la escuela y en mi barrio, un día no me aguanté y le pregunté, lo que ahora me preguntan mis hijos: ¿Y tú por qué no usaste el cincho? Mi padre respondió con la mayor naturalidad del mundo: “porque mi padre nunca me levantó la mano ni me pegó y como yo le quería mucho y él me quería mucho a mí, siempre pensé, que esa era la mejor forma de educarte a ti también”¹⁵¹. Mi mamá, también fue de las poco relacionadas con el uso del cincho o análogos, como mecanismo de disciplina y corrección...aunque creo que en su caso, no fue tanto por tradición familiar, sino más bien por convicción propia.

En fin, me atrevería a mencionar como una primera premisa de este estudio y es que, seguramente, la forma cómo actuamos en nuestra familia, dados los caracteres que dicho ámbito tiene -muy cercano con el ámbito más íntimo de nuestra vida-, realmente cambia a pasos muy lentos. Por ello quizá, salvo que nosotros tengamos muy claro este tema –y lo hayan tenido muy claro nuestros padres y abuelos-, utilizaremos para educar a nuestros hijos aquellos métodos o pautas que hemos vivido o visto, sean o no eficaces. Las usaremos simplemente porque nos son las más cercanas, y como suele decirse, a “ejercer de padre o madre, no existe diploma o grado que acredite suficiencia”, sino que aprendemos por imitación.

También, escribiendo estas palabras, hemos recordado un foro sobre ciencia

151. Por cierto, este autor ha dicho lo mismo a sus hijos, y no ha tenido ya que inventarse la respuesta.

política que tuvo lugar en la Escuela Superior de Economía y Negocios – ESEN- hace algún tiempo, y en el que participó el Dr. Héctor Dada Hirezi. Recuerdo que una vez finalizado el evento, tuvimos la oportunidad de conversar con el Dr. Dada, quien insistió mucho en que nuestro país es muy violento, pero que esa violencia no era de ahora, sino de hace ya ratos...pero que nunca se había profundizado sobre las raíces de esa violencia ¹⁵².

Quizá y esta es una segunda premisa, si educamos con pautas que inducen a la violencia, si imprimimos en nuestros castigos, nuestro rencor, odio y frustración, quizá también contribuimos a generar esa cultura que tanto ha proliferado entre nosotros. Tanto que hasta nuestras normas lo siguen reflejando, de manera “atenuada” o menos expresamente, pero aún lo seguirían avalando.

Sea entonces este trabajo, un homenaje a aquellos que nos han enseñado a educar sin violencia, a través del ejemplo, porque valores tales como convivencia, diálogo, tolerancia y democracia se aprenden y se viven inicialmente en casa, y porque nos han legado un preciado valor para brindarlo a nuestros hijos.

II.- Una excusa normativa para su abordaje: una introducción propia para juristas

En el año 2006 se iniciaba el proceso de formulación del anteproyecto de normativa que hoy es la Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia –LEPINA-. En el momento en que se preparaban aquellos primeros borradores, uno de los temas abordados fue precisamente el tema de la dis-

152. En este ensayo vamos a considerar que la violencia en sus múltiples manifestaciones es un fenómeno prácticamente relacionado a la misma sociabilidad del individuo. Es decir, es prácticamente consustancial a nuestras sociedades contemporáneas y seguramente, más allá del análisis patológico de las conductas individuales, se puede considerar como un tipo particular de relación social, que se configura históricamente, a partir de múltiples causas, que expresan como resultado múltiples violencias, cada una de ellas con sus propias y particulares dinámicas. Aquí nos referiremos a una manifestación muy particular: el castigo corporal y humillante. Sobre este particular enfoque Vid. Carrión, Fernando; “La inseguridad ciudadana en América Latina”, en: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá de Henares, La seguridad ciudadana: Un reto de las democracias, UAH, Alcalá de Henares, 2005., p. 31 y ss.

ciplina y el castigo corporal ¹⁵³ sobre el hijo por parte del padre o la madre.

Al respecto, la LEPINA, establece en su artículo 38 la “Protección frente al maltrato”. Ahora bien, al revisar los primeros borradores sobre la formulación de este artículo por parte del equipo redactor del anteproyecto, identificamos una diferencia entre la norma aprobada y la versión preliminar que básicamente, se circunscribe en la inclusión y modificación del último inciso de este artículo vigente, a saber:

ANTEPROYECTO DE LEY ¹⁵⁴	LEY VIGENTE
Art. 34.- Protección frente al maltrato	Artículo 38.- Protección frente al maltrato
El Estado tiene la obligación de establecer políticas públicas y programas para la prevención, atención y erradicación del maltrato a la niñez y adolescencia.	“El Estado tiene la obligación de establecer políticas públicas y programas para la prevención, atención y erradicación del maltrato y el abandono físico y emocional de las niñas, niños y adolescentes.
Se entiende por maltrato, toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de	Se entiende por maltrato, toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de

153. El castigo corporal en el niño puede ser definido como “el uso de la fuerza física con la intención de causar al niño dolor pero no lesión y con el objetivo último de corregir o controlar su comportamiento”. Thompson Gershoff, Elizabeth; “Corporal Punishment by Parents and Associated Child Behaviors and Experiences: A Meta-Analytic and Theoretical Review”, Columbia University, Psychological Bulletin, Vol. 128, n° 4, American Psychological Association (APA), 2002, p. 540.

154. UNICEF/UTE; “Exposición de motivos de anteproyecto Ley de protección integral de la niñez y adolescencia”, San Salvador, julio de 2008.

su cuidado, cualesquiera que sean los medios utilizados.	su cuidado, cualesquiera que sean los medios utilizados.
Se considera asimismo como maltrato el descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la prestación de alimentación nutritiva y balanceada, atención médica, educación o cuidados diarios y la utilización de las niñas, los niños y adolescentes en la mendicidad.	Se considera asimismo como maltrato el descuido en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la prestación de alimentación nutritiva y balanceada, atención médica, educación o cuidados diarios y la utilización de las niñas, niños y adolescentes en la mendicidad.
El Estado garantizará la creación de programas dedicados a la atención y auxilio de aquellas familias que debido a la falta de recursos económicos no pueden cumplir por sí mismas con las obligaciones señaladas.	El Estado garantizará la creación de programas dedicados a la atención y auxilio de aquellas familias que debido a la falta de recursos económicos no pueden cumplir por sí mismas con las obligaciones antes señaladas.
El castigo físico, verbal y psicológico como medida disciplinaria constituye una forma de maltrato.	Las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad, sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente.”

Figura 1: Comparación entre la norma vigente y la norma propuesta. El resaltado es nuestro.

La reforma efectuada al anteproyecto pareciera convertirse en una especie de atenuante de la premisa general de este artículo que estipula: “toda acción u omisión que provoque o pueda provocar un daño”, dada la especie de “excepción” que indica: “sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente”. Ello, se confirma con la eliminación del último inciso del anteproyecto: “El castigo físico, verbal y psicológico como medida disciplinaria constituye una forma de maltrato”.

Por lo antes expuesto, a nadie debería de extrañar, el poder establecer una relación complementaria y necesaria para explicar este texto vigente, que encontramos en una norma precedente; el Código de Familia, que en su Art. 215 vigente, establece a su vez como un deber del padre y la madre el poder corregir y orientar a sus hijos, eso sí de forma moderada y adecuada¹⁵⁵. De hecho, nuestra legislación familiar se toma con mucha seriedad este deber- derecho inherente a la autoridad parental, dado que quien abusare del mismo puede ser responsable penalmente por sus actos¹⁵⁶.

Podríamos asumir que el art. 215 del Código de Familia pudiera estar derogado tácitamente o en conflicto directo por la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN-¹⁵⁷, pero seguiremos la vía interpretativa según la

155. CORRECCION Y ORIENTACION (Código de Familia)

“Art. 215.- Es deber del padre y de la madre corregir adecuada y moderadamente a sus hijos y auxiliarse, en caso necesario, de profesionales especializados o de los servicios de orientación sicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia.

En caso que la conducta del hijo no pudiere ser corregida por los medios indicados, el padre o la madre podrán solicitar al juez que provea medidas tutelares, quien para decidir, ordenará los estudios técnicos del grupo familiar que estime convenientes.”

156. RESPONSABILIDAD PENAL (Código de Familia)

“Art. 222.- Los padres que abandonaren moral y materialmente a sus hijos, o dejaren de cumplir los deberes inherentes a la autoridad parental o abusaren en el ejercicio del derecho de corrección, serán responsables conforme a la legislación penal, sin perjuicio de exigírseles el cumplimiento de los deberes que este Código y demás leyes establecen.”.

Resulta particularmente paradójico que el Código de Familia defina en uno de sus artículos esa obligación inherente de la autoridad parental como un deber, y luego en otro artículo la defina como un derecho, brindándole al final una categoría en nuestro Derecho de Familia, de “derecho-deber”, es decir, una facultad de hacer que a la vez es una obligación.

157. Quizá esa pueda ser adelantamos una de las conclusiones de este artículo. En todo caso no es objeto de esta investigación formular un criterio interpretativo de las normas aplicables, aunque adelantamos que es muy difícil conciliar la existencia de los elementos que configuran al derecho-deber de corrección, con la Convención sobre los Derechos del Niño, aun y cuando la LEPINA, pudiera no ser muy elocuente, al respecto, quedando incluso esta última normativa en una relación poco sostenible frente a la CDN.

cual ambas normas pueden convivir armónicamente, dado que nos permite profundizar y reflexionar más sobre los problemas objeto de este estudio.

Para finalizar esta contextualización de normas relacionadas con el uso del derecho-deber de corrección, nos quedaría pendiente relacionarlo con

normativa penal salvadoreña que como bien indica el Código de Familia, posee una regulación particular sobre este aspecto en su artículo 204, sobre el maltrato infantil ¹⁵⁸.

Debemos destacar que existe una aparente relación entre la legislación especializada en niñez y adolescencia, Código de Familia y la legislación penal, que no debería pasar desapercibida: dichas disposiciones normativas han incorporado la regulación relacionada con el derecho/deber de corrección de los padres sobre los hijos dentro del contenido relacionado con la protección frente al maltrato del niño.

Esta relación nos recuerda justamente las discusiones relacionadas con la formulación del actual artículo 38 de la LEPINA vigente: durante la redacción de dicho cuerpo normativo, el debate y reflexión que se sostenía sobre este aspecto era si podría o debería considerarse el castigo físico como una forma de maltrato y por lo tanto, la necesidad de establecer dentro de la normativa salvadoreña una prohibición expresa y taxativa sobre su uso, o bien mantener abierta la posibilidad de su aplicación tal y como lo sigue expresando actualmente el Código de Familia, indicándonos que es una cuestión de moderación y proporcionalidad ¹⁵⁹, incluyendo por tanto una puerta para mantener el castigo corporal, siempre y cuando reúna dichas características.

158. MALTRATO INFANTIL. (Código Penal)

“Art. 204.- El que maltratare a una persona menor de edad con evidente perjuicio físico, moral o psicológico, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que no constituyere un delito más grave.

Igual sanción se aplicará a cualquier persona que con abuso de los medios de corrección causare perjuicio a una persona menor de edad que se hallare sometido a su autoridad, educación, cuidado o vigilancia o que se encontrare bajo su dirección con motivo de su profesión u oficio”. (reformado en 2004).

159. Al final equipo redactor del anteproyecto de ley de protección integral mantuvo hasta la presentación en la Asamblea Legislativa, la posición que el castigo físico fuese considerado como constitutivo de maltrato, pero la propuesta fue modificada en las discusiones de la Comisión Legislativa respectiva, quedando la redacción del artículo tal y cual fue aprobado.

Este debate no tiene ninguna novedad. De hecho en los años 70 se inicio todo un proceso que concluye en algunos países prohibiendo el castigo corporal aplicable al niño. Sin embargo, en nuestro país la discusión no fue, ni es sencilla, puesto que parecía que buena parte de la población mantenía y mantiene la visión o percepción que el castigo corporal es “provechoso para la educación de la niñez”.

La diferencia de planteamientos sobre este tema, de manera muy sintética estribaría en los siguientes posicionamientos: aquellos que pretenden prohibir el castigo corporal o humillante porque lo consideran una forma maltrato o violencia contra el niño; mientras que otro sector de la doctrina jurídica predominante, consideraría al castigo corporal, si es “razonable”, “moderado” y “proporcional”, como una herramienta disciplinar sobre el niño, permitiendo el ejercicio de esta razonabilidad a través del derecho-deber de corrección.

Así, los defensores del castigo corporal “moderado” o “razonable” incluirían a este dentro del contenido del derecho de corrección que regula nuestra legislación. Algo que podría graficarse de la siguiente manera:



Figura 2: Del derecho-deber de corrección al maltrato.

Sin embargo, aquellos que analizábamos con dudas el mantenimiento del castigo corporal como práctica eficaz para la crianza y orientación del niño, encontrábamos una “zona muy gris”, a la hora de identificar el grado de “razonabilidad”, “idoneidad” o “proporcionalidad” del castigo corporal ampa-

rado bajo el derecho/deber de corrección y que permitiría diferenciar a esta figura de la de maltrato infantil ¹⁶⁰.

Por otra parte, y como elemento destacable sobre los alcances de la “corrección” y su relación con el maltrato, cabe señalar que a pesar de que los miembros del equipo redactor del proyecto de ley sobre protección integral de la niñez y adolescencia teníamos en mente que el maltrato puede ser no sólo físico, sino también psicológico, tampoco se pudo profundizar en la inclusión de elementos que permitieran la configuración de pautas o criterios específicos para prevenir o controlar dicho fenómeno.

En este sentido, al revisar la documentación correspondiente y recordando las conversaciones al respecto, identificamos que en relación al maltrato psicológico ¹⁶¹ no pudo definirse una medida similar, tal y como se pensaba establecer frente al castigo físico o corporal. Y ello quizá se debió a dos motivos: uno de carácter apriorístico, que consideraba que el abuso de la violencia física contra el niño era el elemento prioritario a atajar; y el otro, quizá menos discutido, estaría relacionado sobre las dificultades que en nuestro medio tiene la profundización, análisis y estudio del maltrato psicológico del niño, especialmente, en lo que se refiere a la incorporación de pautas normativas que lo prevengan.

De hecho, no es de extrañar que la propias decisiones judiciales en El Salvador reconozcan estos elementos y dificultades: “La violencia intrafamiliar tiene diferentes manifestaciones, la más notable es a agresión física; sin embargo, existen otras manifestaciones que son menos visibles, pero no por ello menos peligrosas, entre estas se encuentra la violencia psicológica, que

160. ¿Pero, que es el maltrato infantil? Se puede definir al maltrato infantil como “las acciones u omisiones con la intención de hacer un daño inmediato a la persona agredida. La persona agresora concibe el daño como el fin principal de su agresión. Crea un síndrome en la víctima que sobrevive, conocido como síndrome del maltrato infantil. Se conocen tres formas principales de maltrato infantil: físico, emocional o psicológico y por negligencia o abandono. Esas formas de maltrato producen lesiones físicas y emocionales indelebles, muerte o cualquier daño severo”. Larrain, Soledad; Bascañán, Carolina; “Maltrato infantil: una dolorosa realidad puertas adentro”, en: Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del milenio, n° 9, Julio de 2009, CEPAL-UNICEF, Santiago, 2009., p.4.

161. (...)La violencia psicológica consisten en: “...Acción u omisión directa o indirecta cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de la intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzca un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las posibilidades personales” Figueroa Meléndez, María de los Ángeles (Compilador); “Líneas y criterios jurisprudenciales en violencia intrafamiliar”, Consejo Nacional de la Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2007., p. 1.

puede resultar de difícil atribución, a pesar de que el art. 3 L.C.VI., define claramente su contenido, por ello se han creado líneas para su determinación y atribución... ”¹⁶².

El abuso psicológico o mental tiene diversas formas de ejercerse, e incluye acciones como la humillación, el acoso, el abuso verbal u otras prácticas que causen o puedan causar daños psicológicos¹⁶³. En todo caso, el maltrato como tal, implica una amplia gama de conductas que no se agotan en los elementos antes reseñados.



Figura 3: Una tipología amplia de las diversas modalidades de maltrato. Tomado de: Santana-Tavira, R.; Sánchez Ahedo, Roberto; Herrera-Basto, Emilio; “El Maltrato infantil: un problema mundial”¹⁶⁴.

Expresado lo anterior, seguramente algunos lectores podrían considerar que “el cinchazo”, “el reglazo”, “la nalgada”, “la humillación” o un “bofetón preventivolazor poner algunos ejemplos cotidianos de castigo físico¹⁶⁵ o psicológico¹⁶⁶ podrían ser mecanismos de corrección utilizados por padres sobre los hijos, si los mismos son utilizados de forma “adecuada” y “proporcionada” o “razonable”, dado que estos serían métodos amparados por

¹⁶². Ídem.

¹⁶³. Cfr. Unicef; “Manual de aplicación sobre la Convención sobre los Derechos del Niño”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Ginebra, edición en castellano, 2004., p. 280.

¹⁶⁴. Los autores incluyen dentro de la categoría “otros”, formas poco comunes de maltrato tales como: el Síndrome de Munchausen en niños, abuso fetal, abuso de tipo ritual o religioso, niños de la guerra y de la calle.

¹⁶⁵. Herrera-Basto como indicadores de maltrato físico indica que: “Se pueden observar contusiones, equimosis, eritemas, laceraciones, quemaduras, fracturas, deformidad de la región; signos de intoxicación o envenenamiento, así como de traumatismo craneal con daño visceral; huellas de objetos agresores como cinturones, lazos, zapatos, cadenas y planchas. Estas lesiones, que generalmente son múltiples, no están ubicadas en el rango de lo posible para un menor, bien por su localización poco habitual, por su mayor frecuencia e intensidad o porque se trata de lesiones aparentemente inexplicables o que no corresponden a las explicaciones dadas por los padres o el niño. Herrera-Basto, Emilio; “Indicadores para la detección de maltrato en niños”, en: Salud Pública de México, Vol. 41, n° 5, México, Septiembre-Octubre, 1999., p. 421.

¹⁶⁶. Puede consultarse también el mismo artículo sobre la complejidad de la determinación del maltrato psicológico, Ídem., p. 421 y 422.

la legislación salvadoreña vigente, entre ellas la Legislación especializada en niñez, el Código de Familia y el propio Código Penal.

Pero, lo que los autores de este artículo siempre se han preguntado es, ¿Qué fuerza debo imprimir al azote, a la nalgada o bofetón para que sea moderadamente correctivo y no maltrato? ¿Cómo puedo saber con certeza cuándo estoy abusando de mi derecho-deber de corregir a mi hijo?, y sobre todo por aquello de la efectividad de mis métodos: ¿Cuan eficaz es esta vía que ampara la legislación familiar, de protección integral de la niñez y adolescencia y la penal en El Salvador? Téngase presente que el castigo corporal es diferente de unos padres a otros variando en la frecuencia en su uso, en el grado de severidad con que es utilizado, y la emotividad-sensibilidad presente a la hora de implementar dicha medida en padres o hijos.

Para muchos quizás estas interrogantes en un periodo tan difícil y tan violento como el que está viviendo el país no constituyan un tema prioritario. No obstante debe tenerse en cuenta que, como se viene insistiendo desde hace ya algunos años, todo pareciera indicar que “la violencia sigue siendo un mecanismo de disciplinamiento utilizado en el seno del hogar desde temprana edad y que conforme se avanza en el desarrollo del niño o niña, se utiliza con más frecuencia”¹⁶⁷. En un país como el nuestro tal vez el origen de la violencia sistémica que vivimos está en buena medida, muy cerca de nosotros.

Esta aproximación cualitativa puede ser reforzada a través de estadísticas que indican que por ejemplo a inicios de la década pasada -2002- la Policía Nacional Civil de El Salvador reportaba un total de 204 casos de violencia intrafamiliar cometidos contra menores de edad, 608 víctimas menores de edad sobre quienes se había abusado del derecho de corrección conforme a la normativa penal, y un total de 31 casos de maltrato por negligencia¹⁶⁸.

167. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador; “Derechos Humanos de la niñez y juventud (Recopilación de resoluciones e informes especiales)”, PDDH, San Salvador, 2004., p. 100.

168. Ídem. A nivel internacional, se han establecido estimaciones que establecen que todos los años 275 millones de niños y niñas son víctimas de violencia dentro de sus hogares y unos 40 millones de menores de 15 años, sufren violencia, abusos y abandono. Cfr. Larrain, Soledad; Bascuñán, Carolina; “Maltrato infantil: una dolorosa realidad puertas adentro”, en: Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del milenio, ya citado., p.5.



Pero quizá lo más trágico en el uso de esta extralimitación de nuestro deber de orientar y dirigir a nuestros hijos es que esa violencia que se ejerce sobre la niñez, la utilizan aquellos que están destinados a protegerla, y donde esa población de niños-víctimas, “desconocen que la conducta ejercida por sus padres constituye violencia, y lo comprenden –asumen e interiorizan como una conducta normal que es parte de la disciplina”¹⁶⁹. Nadie duda que el ámbito natural para el desarrollo de la niñez sea la familia, pero en algunas ocasiones se vuelve este un espacio de peligro.

III.- Protección, orientación, ¿corrección? y maltrato: relaciones conceptuales

La violencia contra el niño puede ser ejercida en diversos espacios como la escuela, el trabajo, en las instituciones estatales mismas encargadas de proteger al niño, y también en el hogar. Con relativa y lamentable frecuencia, a través de los medios de comunicación hemos presenciado el desfile de una amplia cantidad de situaciones en que justamente los niños han sido violentados, maltratados, abusados, etc. Y, en muchas ocasiones los padres aducen el interés o necesidad de corregir, controlar u orientar al hijo frente a tales acciones.

Es justamente en ese espacio que surge el derecho del corrección, por lo que intentando responder los interrogantes antes esbozados, deseamos que nos acompañen en un breve recorrido histórico del derecho/deber de corrección,

¹⁶⁹. Ídem., p. 101. El interlineado es de los autores.

para luego reflexionar sobre las relaciones entre violencia, maltrato y derecho-deber de corrección, de manera que podamos compartir con Uds., una reflexión sobre si existe o no esa línea gris de separación que nos permita separar la corrección del maltrato.

El derecho de corregir es una figura muy antigua. Prácticamente podemos encontrar sus antecedentes en el antiguo Derecho Romano donde dicho “derecho” estaría vinculado con la necesidad de que existiese dentro de la familia la lógica del orden jerárquico que implica necesariamente alguien que ejerce una potestad o poder, evidentemente en beneficio de aquellos que eran considerados como incapaces de valerse por sí mismos.

Este *animus corrigendi*, implicaría la existencia de una figura amparada en los sistemas normativos que evitaría la censura pública y la punibilidad. Como indica Cabanellas ¹⁷⁰, “absuelve, asimismo a padres, tutores u otros representantes de los menores (sic) por el ejercicio del llamado derecho de corrección, pues de no poseer tal fundamento, tales golpes constituirían lesiones, con el agravante de alevosía, al menos en los niños”.

Pero la figura del derecho de corrección no nacería teniendo exclusivamente como sujeto pasivo al niño, sino paradójicamente también a otro miembro de la familia: la madre. Y es que en efecto, como colegirán algunos de los lectores de este artículo, el marido poseía este derecho de corrección frente aquellos sujetos que durante mucho tiempo fueron considerados por los propios sistemas jurídicos como incapaces o incompetentes: la mujer y los niños ¹⁷¹.

Grossman, Mesterman y Adamo ¹⁷², dan cuenta de cómo justamente durante un considerable periodo histórico la autoridad del marido implicó el uso de este derecho frente a la mujer, identificándose antecedentes normativos y procesos judiciales para su aplicación en la Edad Media hasta finales del

170. Voz: “Animus Corrigendi”, Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo I, A-B, 21ª edición, editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989., p. 295.

171. Cfr. Grossman, Cecilia; Mesterman, Silvia; Adamo, María; “Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, Psicológicos y jurídicos”, segunda edición, editorial Universidad, Buenos Aires, 1992., p. 120.

172. *Ibidem.*, 121-127.

siglo XVI, espacio temporal a partir del cual se inicia un cambio en los textos normativos y las decisiones judiciales tendentes a reducir, al menos, el maltrato físico hacia la mujer ¹⁷³.

En las leyes de los nuevos estados nacionales surgidos de la etapa colonial como en el caso de El Salvador, todo podría indicarnos que formalmente no se incluyó explícitamente el derecho de corrección frente a la mujer, aun y cuando como sugieren Grossman, Mesterman y Adamo, esta facultad correctiva y de obediencia ha estado presente en la vida cotidiana de nuestras sociedades durante mucho tiempo ¹⁷⁴.

Por cierto, este derecho en muchos países también fue reconocido a los maestros o educadores. De las normas relacionadas con la legislación salvadoreña vigente al respecto, todo parece indicar que los maestros no poseen actualmente ¹⁷⁵ este derecho de corrección sobre los educandos ¹⁷⁶, lo cual significa en palabras simples que el castigo físico o la humillación, podría considerarse como “metodología educativa o de corrección” en casa, pero no en la escuela.

Pero si tanto padres y maestros pretenden educar y orientar al niño, ¿Por qué no poseen estos últimos este derecho? ¿Será acaso que las legislaciones han asumido este derecho de corrección con castigo corporal o psicológico razonable y moderado, solo cuando nos une la filiación, es decir cuando

173. Este poder o facultad de corrección basada en la obediencia y con un contenido material amplio, que incluía acciones que van desde el castigo físico hasta la amonestación, como indica Brunner, citado por Grossman, Mesterman y Adamo, “hace desaparecer la igualdad formal ante la ley, pues desconoce el derecho de realizar actos con discernimiento y voluntad, ya que las decisiones impuestas pueden conducir a una represión”. Y de esto último si podemos encontrar antecedentes normativos en nuestro país que confirman esta situación de obediencia o de calificación como incompetente o incapaz para determinados asuntos. Ídem.

174. Cfr. *Ibidem.*, 126-127. Este derecho de corrección sobre la mujer estaba presente en el derecho colonial español. De hecho, dicha situación se mantuvo vigente durante larga data hasta la derogación del art. 57 de Código Civil español que establecía la obediencia debida de la mujer al marido.

175. Consideramos que dicho derecho de corregir, aunque no reconocido formalmente, sí fue utilizado ampliamente por los maestros en El Salvador hasta hace algunos años, como una especie de prolongación en la escuela de la necesidad de orientar y corregir al niño. Lamentablemente, el análisis histórico de este aspecto queda fuera del ámbito delimitado para este ensayo por parte de sus autores.

176. El art. 90 literal c) de la Ley General de Educación de El Salvador expresa: “Son derechos de los educandos: c) Ser tratado con justicia y respeto y no ser objeto de castigos corporales, humillaciones, abusos físicos o mentales, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual”.

gozamos como padres de la autoridad parental? O dicho en otras palabras, que existe este derecho en el caso que los hijos sean solamente “*los míos*”¹⁷⁷. La interrogante y las cursivas tienen una expresa intencionalidad. Si puedo castigar corporalmente a los hijos porque son *míos* –de mi propiedad-, les brindo una consideración “de objetos”, no de sujetos de derechos, y por consiguiente dicha interpretación sería contraria a la CDN y al valor de la dignidad humana que establece nuestro propio marco constitucional, desde el momento en que se es persona.

Pero volviendo a nuestro objeto de estudio, lo que es innegable es que dicho derecho-deber de corrección siguió siendo reconocido frente al hijo, tal y como aparece en nuestros textos legales antes relacionados y cuya aplicación puede llegar a ser constitutivo de maltrato.

En fin, podemos observar como el derecho de corrección surge de la necesidad de brindar protección a la niñez. Protegemos a nuestros hijos tratando de inculcarles valores y formas de interactuar en la sociedad, y en ocasiones, ese proceso nos lleva a “corregirles”. Es indudable que desde un punto de vista histórico y sociológico este derecho de corregir ha estado asociado con el uso del castigo corporal y humillante.

Ahora bien, como reflexionaremos más abajo, el no ejercer la facultar de orientar a nuestros hijos que establece la CDN, ha llevado por otra parte, en algunas ocasiones a tal grado de indiferencia o permisividad que generará también efectos negativos en el pleno desarrollo de la personalidad del niño.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN-, al menos en lo que podríamos denominar el uso de nuestro lenguaje, se podría considerar que se inició un proceso de “transformación” del derecho de corrección.

177. “In most countries, light corporal punishment is permitted as a way of disciplining and correcting a child. It is less acceptable as a means of discipline in schools than in the home. In many countries teachers are not allowed to corporally punish their students and, should they do so, it would be considered a criminal offense of assault or battery. This prohibition breaches the traditional delegation of authority from parents to teachers and whoever else stands in their place and fulfills the role of educating and correcting the child, that is, the common-law doctrine of *in loco parentis*”. Tomado de: Shmueli, Benjamin; “Corporal punishment in the educational system versus corporal punishment by parents: A comparative review”, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 73, n° 2, Spring, 2010, School of Law, Duke University, 2010., p. 282. Disponible en: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/lcptoc73spring2010>.

La CDN en su art.5 establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, miembros de la familia 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”. Vale la pena destacar que este artículo establece también un marco que circunscribe y limita esta dirección y orientación apropiadas a 1) la evolución de las facultades del niño y 2) al interés superior del mismo¹⁷⁸.

Por ello es que en este trabajo en buena medida hemos llegado a considerar como inadecuada la formulación y vigencia actual de este derecho/deber de corrección, pues identificamos que históricamente el mismo aparece ligado a una atenuante de responsabilidad penal en aquellos casos que la violencia contra el niño hubiese sido extralimitada. Además, este derecho de corrección no aparece reflejado en la CDN y en consonancia con nuestros compromisos normativos internacionales somos de la opinión que no debería ser retomado por la nueva normativa de protección integral de la niñez, al igual que no ha sido retomado este derecho/deber de corrección frente a la mujer. En una interpretación sistémica entre la CND, la LEPINA y el Código de Familia, seguramente seríamos suscriptores de una interpretación que del análisis de dichas normas se puede inferir una derogatoria implícita de dicho derecho, aun y cuando lamentablemente la LEPINA siga utilizando el término “corregir” dentro de su texto.

Y es que quizá el argumento tras este aspecto semántico entre “corregir” u “orientar”, esconde un aspecto sustancialmente más relevante: el primero, es que el niño no solo es sujeto de protección, sino también sujeto de derechos¹⁷⁹.

Por esta razón esgrimida es que no es posible en el seno de una familia ejer-

178. El incumplimiento de la dirección y orientación apropiada del art. 5, se complementa a su vez con el art. 19 de la CDN en el que se establece en su inciso 1° que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que los tenga a su cargo”.

179. Anotamos anteriormente que en el lenguaje jurídico supuso la evolución del derecho de familia que llevó a transformar la concepción de la “patria potestad” a la de “autoridad paren-

cer la violencia contra la mujer y quedar en la impunidad, pero tampoco puede ejercerse frente al niño.

Al respecto, también ha sido explícito el Comité de los Derechos del Niño que ha indicado que muchos países –entre ellos, con plena seguridad el nuestro- reconocen expresamente el derecho de padres y educadores a usar formas violentas de castigo, añadiendo a menudo que tales castigos deben ser razonables y moderados. Pero se ha criticado este tipo de disposiciones que abren una puerta que no sólo contraría a la CDN, sino que es proclive a permitir violaciones sistemáticas contra la integridad física o psicológica del niño ¹⁸⁰.

Y es que la CDN, “ni se opone a la familia, ni enfrenta al niños con sus padres. Por el contrario define a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular los niños. Varios artículos hacen referencia a la responsabilidad fundamental de los padres y establecen límites estrictos para la intervención del Estado y la separación del niño de sus padres; de hecho, uno de los objetivos de la educación es el de inculcar al niño el respeto a sus padres” ¹⁸¹. Pero el respeto no se gana a través de la violencia. La violencia sólo infunde miedo.

En palabras muy llanas el Comité de los derechos del Niño ha criticado las disposiciones de derecho interno que no desautorizan los castigos corporales, por leves que estos sean ¹⁸², como podría interpretarse que hace nuestra

tal”. El cambio no es sólo semántico o formalista, sino que implica un posicionamiento distinto sobre la dimensión de las funciones mismas de la figura o institución jurídica. En igual sentido sostenemos que desde la CDN no es posible tratar de sostener la existencia del derecho/deber de corregir, sino más bien de la responsabilidad orientar y dirigir al niño. Ambos cambios para nosotros representan transformaciones sobre cómo concebimos la familia, nuestra función dentro de la misma y nuestras responsabilidades dentro de ella. Es decir, son cambios en el lenguaje normativo que representan, preceden o anteceden a transformaciones sociales y culturales en la concepción del niño y la familia.

180. Se cita por ejemplo y porque en buena medida expresa nuestra herencia colonial y normativa, la preocupación del Comité de los derechos del niño por el texto del art. 154 del Código Civil Español: “que dispone que los padres tendrán respecto a sus hijos “la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente”, lo que puede interpretarse en el sentido que permite acciones contrarias al art. 19 de la CDN”. Unicef. “Manual de Aplicación de la Convención...”, ya citado, p. 287.

181. *Ibidem.*, p. 99

182. Cfr. Unicef, “Manual de aplicación de la Convención...”, ya citado., p. 280.

reciente Ley de protección integral de la niñez y adolescencia y el Código de Familia en El Salvador. De hecho, existe una obligación del Estado de revisar el derecho interno para garantizar que no se acepte ningún grado de violencia contra la niñez: Así “el Comité ha subrayado que el castigo corporal, en la familia, en la escuela o en otras instituciones, o en el sistema penal, por leve que sea es incompatible con la Convención”¹⁸³.

En este sentido, ciertamente varios países han intentado generar una línea divisoria entre el castigo de los niños y la violencia excesiva: “En la realidad la línea divisoria entre ambos es artificial. Es muy fácil pasar del castigo a la violencia. También es una cuestión de principios. Si no es lícito pegar a un adulto, ¿por qué debería serlo en el caso de un niño? Una de las contribuciones de las Convención es la llamada de atención sobre las contradicciones presentes en nuestras actitudes y culturas”¹⁸⁴.

Esa artificiosa línea que se ha tratado de defender sobre la diferencia entre el derecho de corrección que ampara algunas formas moderadas de violencia frente al maltrato, pareciera ser un continuum, de formas de violencia, que poseen muchos puntos de coincidencia: generan miedo en quien los recibe, usualmente quien los recibe no aprende –sino con mucha suerte se calla o no actúa- y sobre todo, se basa no en la autoridad, sino en el miedo, y este último tiene muy poco que ver con orientar y dirigir el desarrollo de una persona.

Como indica Horno Goicoechea “La legislación en muchos casos establece el criterio de intensidad, estableciendo que cualquier conducta que provoca lesiones en el niño es considerada maltrato, pero en muchos países se sigue amparando legalmente el “castigo razonable” incluyendo formas violentas de castigo que no dejan lesiones. Este es un error básico: castigo físico y humillante y maltrato ambos son violencia, ambos son una vulneración de los derechos”¹⁸⁵.

183. “El Comité insiste en que son necesarias tanto medidas legislativas como educativas para el cambio de actitudes y prácticas. Ha elogiado a los Estados que han prohibido sin ambigüedad el castigo corporal dentro de la familia o las instituciones” *Ibidem.*, p. 285-286. Véase también sobre este aspecto: Gialdino, Rolando; “el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, especialmente págs., 536 y ss.

184. *Ídem.*

185. Cfr. Horno Goicoechea, Pena;/Save the Children; “Amor, poder y violencia. Un análisis comparativo de los patrones de castigo físico y humillante”, Save the Children, Madrid, Septiembre de 2005., p. 21.

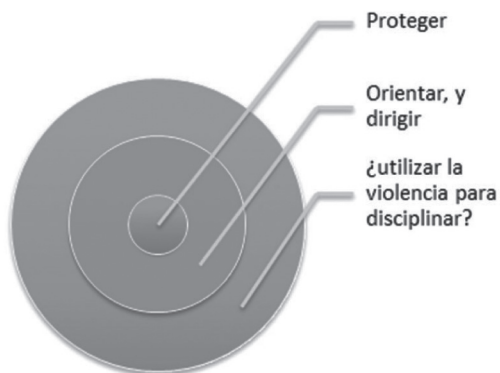


Figura 4: La diferencia entre proteger, dirigir y orientar frente a la utilización del castigo corporal y humillante es artificial.

Por analogía y retomando aquel antecedente del derecho de corrección que facultaba al marido corregir a la mujer, quizá no sea razonable o moderado el pegar levemente a la propia esposa –imagínese ahora si Ud., se atreviera con una ajena¹⁸⁶-, pero tampoco lo sea el pegar a un niño, sea propio o ajeno.

Sin embargo, el castigar con violencia está tan arraigado en nosotros que no lo vislumbramos como un problema a resolver, salvo cuando las consecuencias trasciendan por su notoria gravedad (muerte, graves lesiones, conmoción de la opinión pública a través de los medios de comunicación, etc.). Esta

186. Algo similar creemos que sucede con el derecho de corregir de que gozaban materialmente hasta hace muy poco los maestros: una frase que hemos escuchado en la educación de los niños puede ser la siguiente: “nadie tiene derecho a pegarte, solo yo, porque soy tu padre (o madre). Pero nadie más puede hacerlo”. Esta frase que puede tener tanta significancia de nuestros procesos culturales y de nuestra propia visión sobre cómo protegemos a nuestros hijos, expresa en buena medida que velamos porque nuestros hijos no sean objeto de violencia, salvo la que podamos imprimirles nosotros mismos como padres (eso sería parte de la autoridad parental –antes patria potestad-, para algunos). Y es que la manifestación más palpable de esta “errática consideración de la minoría de edad justamente se hallaba, al menos en el ámbito jurídico, en el concepto de patria potestad “que era concebida como un auténtico poder jurídico sobre un individuo de dignidad inferior y no como una mera función tuitiva al servicio del desarrollo de su personalidad”. Aláez Corral, Benito; “Minoría de edad y derechos fundamentales”, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, 2003., p.33.

violencia que diariamente consumimos en nuestro país, la hemos convertido en lo “normal”, “lo usual”, siendo aceptado por víctimas y victimarios ¹⁸⁷.

A ello debemos sumar, que en aquellos países que existen cifras confiables sobre el número de niños maltratados, estas no incluyen en muchos casos el castigo físico y verbal –independiente de si es “moderado” o no lo es– por considerarlo como parte de la educación y socialización de los niños. La ocultación se produce por una valoración errónea y excesiva de la autoridad parental sobre el hijo, la privacidad del entorno familiar y la aceptación por parte de la sociedad del mismo. Esto último, dificulta aún más, dimensionar el problema y buscar soluciones para su prevención y control eficaz ¹⁸⁸.

Existen varias razones por las que se da esta falta de visibilidad del problema: “Los niños y niñas más pequeños que sufren violencia en sus hogares carecen de la capacidad de denunciar. Muchos niños tienen miedo de denunciar los incidentes de maltrato por temor a sufrir represalias por parte de los autores o por temor a que la intervención de las autoridades pueda empeorar su situación. Ello sin perjuicio que en muchas ocasiones tenemos tan interiorizado el uso de la violencia como “víctimas” que al final ese castigo corporal o físico y humillante, sea severo o moderado, lo incorporamos como una parte “cotidiana” de nuestra vida como niños, padres, ciudadanos, vecinos, en fin personas ¹⁸⁹”.

Sin embargo, a nivel de derecho comparado, parece que el eco de la CDN nos está proveyendo también de referentes positivos: Así, un ejemplo a nivel regional, en junio del 2008 en Costa Rica–antes de la aprobación de la LEPI-NA en El Salvador–, el artículo 143 del Código de la Familia fue enmendado para establecer:

187. Cfr. Alonso Varea, José Manuel; Castellanos Delgado, José Luis; “Por un enfoque integral de la violencia intrafamiliar”, disponible en: *Intervención Psicosocial*, vol. 15, n° 3, Madrid, 2006. Tomado de: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1132-05592006000300002&script=sci_arttext

188. Sólo una pequeña proporción de los actos de violencia contra los niños y niñas es denunciada e investigada y pocos autores son procesados. Pinheiro, Paulo Sergio; “Informe Mundial sobre la violencia contra niños y niñas. Acabar con la Violencia contra los niños, niñas y adolescentes”, Experto Independiente de las Naciones Unidas, Estudio del Secretario General sobre violencia contra los niños, Naciones Unidas, 2006. p., 13

189. Cfr. Idem.

"La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, supervisar y disciplinar a los niños y niñas, lo que en ningún caso autoriza el uso del castigo corporal ni de ninguna forma de trato degradante contra los menores."

Al mismo tiempo, un nuevo artículo fue agregado al Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, como parte de las provisiones sobre "Los Derechos de Personalidad". El artículo 24bis tiene por título "El derecho a la disciplina libre de castigo corporal y otras formas degradantes de trato", y prohíbe explícitamente todas las formas de castigo corporal en todos los escenarios:

"Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de recibir consejería, educación, cuidado y disciplina de parte de su madre, padre o tutor, así como de sus cuidadores o del personal de centros educativos y de salud, albergues, centros de detención o cualquier otro tipo de centros, ello en ningún modo representa una autorización de ningún tipo a estas partes para el uso del castigo corporal o del trato degradante".

Si también puede servir para reconfirmar esta tendencia, un país con fuertes tradiciones familiares, y que ha sido citado anteriormente como un país que tenía justamente una similitud con El Salvador en el uso y reconocimiento del derecho de corrección, siempre y cuando fuese "moderado", era el caso de España, que modificó también, luego de las observaciones del Comité de los Derechos del Niño, su legislación para hacerla compatible con la CDN, erradicando de la misma, el denominado "derecho de corrección moderado" sobre la niñez¹⁹⁰.

¹⁹⁰ La modificación se efectuó el 28 de diciembre de 2007 mediante publicación del BOE 54/2007. La nueva redacción del artículo 154 del Código Civil español obliga a reprender a los menores «con respeto a su integridad física y psicológica»; es decir, nada de cachetes, zapatillazos, azotes o bofetones. Dicha modificación se realizó paralelamente a la aprobación de una nueva ley de adopción. España siguió con cierto retraso esta orientación que venía siendo considerada por países como Suecia (primer país que lo abolió, en 1979), seguido por Finlandia, Dinamarca, Noruega, Austria, Chipre, Letonia, Rumania, Croacia, Alemania, Israel, Bélgica, Ucrania, Hungría, Grecia, Holanda, Venezuela, Uruguay, Nueva Zelanda, Portugal, Liechtenstein, Polonia, Luxemburgo, Moldavia, Costa Rica, Kenia, Túnez, Sudan, Togo e Islandia. En Francia, cada caso denunciado se estudia individualmente. Y en Reino Unido se puede dar, ocasionalmente, a los hijos un bofetón, siempre que éste no cause "moratones, enrojecimiento o daño mental". El castigo físico, la tradicional disciplina inglesa, se prohibió en los colegios públicos en 1987; y en los privados, en 1999. Véase: <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/frame.html>

En este sentido, y de la mano de *Save the Children*, consideramos que frente al castigo físico o humillante debería desarrollarse una política de erradicación de la misma a través de la legislación y los programas de prevención y control, porque: a) es una violación a derechos humanos y una transgresión específica a la CDN; b) puede causar un daño físico o psicológico al niño; c) porque enseña a los niños que la violencia es una forma aceptable de resolver los problemas; d) porque dificulta la protección del niño y no la refuerza y e) porque es una herramienta ineficaz para orientar y dirigir –o disciplinar- al niño ¹⁹¹.

No se trata que dejemos de lado nuestra obligación de orientar y dirigir a nuestros hijos y que los niños se conviertan en caprichosos y tiranos –sin capacidad de autogobernarse a sí mismos- como está pasando frecuentemente en algunos países donde los padres cada vez tienen menos tiempo y menos responsabilidad asumida en el cuidado de sus hijos, y donde se ha pasado de un modelo autoritario en el que predominaba el castigo físico y psicológico a la ausencia de disciplina y dirección, cuyas consecuencias también son negativas en el pleno desarrollo del niño. Se trata, simplemente, que los eduquemos sin violencia.

Paradójicamente, podemos llegar a maltratar a un niño porque lo queremos educar o proteger con métodos poco adecuados y menos aún eficaces, o bien porque le damos tanta libertad o le mostramos tal indiferencia que parecería que no merece la pena brindarle nuestra orientación.

Tampoco nos parece que estemos en presencia de una discusión entre “progresistas” y “conservadores” sobre la crianza de los hijos. Desde la antigüedad muchas familias han criado sin violencia física a sus hijos –a ello nos referiremos más adelante- y tampoco se es “progresista” en materia de derechos de la infancia si damos una libertad sin límites a nuestros hijos, pues estos necesitan de nuestra guía y ejemplo.

191. Cfr. Horno Goicoechea, Pena;/Save the Children; “Amor, poder y violencia. Un análisis comparativo de los patrones de castigo físico y humillante”, ya citado., p. 5-6.

IV.- Pautas de crianza para la orientación y dirección de nuestros hijos

Vamos a partir de un punto apriorístico, pero que consideramos válido: los padres como regla general no desean dañar a sus hijos, salvo casos límite o excepcionales.

De hecho, usualmente, como padres lo que tenemos presente es ese deseo de ver crecer a nuestros hijos y que puedan ir “madurando” para poder tomar sus propias decisiones de manera responsable. En este proceso muchos de nosotros solemos sentirnos un poco frustrados en el intento de tratar de lograr trasladar mediante diversas formas esa orientación. A esas formas o estrategias, se les ha denominado estilos o pautas de crianza¹⁹².

Sobre estos estilos o pautas de crianza se ha estudiado con bastante profundidad y desde hace ya muchos años en el ámbito de la Psicología. La Pedagogía y la Sociología, tratando de identificar justamente aquellas pautas que promuevan un desarrollo social y emocional competente y responsable¹⁹³. De hecho, la distinción entre “disciplina física” y “disciplina psicológica”, se originó justamente en este ámbito en la década de los 50, enfatizándose desde aquellos años en que la “mejor forma de criar a los hijos era esta última”¹⁹⁴.

Sin embargo a partir de los años 70, los estudios sobre las pautas de crianza y la “corrección” se enfocó sobre todo, en los roles que asumimos como padres, más que en la “forma”. Digamos que se pasó del “método” al “actor”, dado que este último es al fin y al cabo el que impone o establece justamente aquél.

192. Se suele afirmar que la socialización de la infancia se produce a través de las pautas de crianza que pueden ser entendidas como “la manera en que los padres –y en general la familia o la estructura familiar-, orientan el desarrollo del niño/a y le transmiten un conjunto de valores y normas que facilitan su incorporación al grupo social. De manera más simple, las prácticas de crianza son acciones llevadas a cabo por los padres y personas responsables del cuidado del niño para dar respuesta cotidiana a sus necesidades”. Cuervo Martínez, Ángela; “Pautas de crianza y desarrollo socio-afectivo en la infancia”, en: Revista Diversitas – Perspectivas en Psicología, vol. 6 n° 1, Bogotá, 2010., p. 114-115.

193. Santrock, John; “Psicología del desarrollo en la Infancia”, 7° edición, edición en español, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 2003, p. 258.

194. Ídem.

Y, evidentemente, como padres asumimos diferentes “vías” o “formas” de educar y corregir a nuestros hijos: algunos somos sumamente permisivos –incluso indiferentes- e imponemos pocos límites o restricciones, mientras que, en el otro extremo somos más restrictivos y punitivos. Ambos extremos no son adecuados para lograr un pleno desarrollo de niño ¹⁹⁵.

Y es aquí, donde retomamos lo que indicábamos en la introducción: estos estilos o pautas de crianza no nos suelen ser brindadas en el ámbito de la educación formal, sino que más bien llegamos a ellas por vía de la imitación, identificación e invención u oposición ¹⁹⁶ - frente lo que definimos como adecuado/inadecuado- de lo que hemos vivido como hijos ¹⁹⁷. Y ciertamente, como ha descrito Gelles ¹⁹⁸, por eso es que estas pautas son difíciles de transformar o modificar, dado que las hemos venido utilizando de generación en generación, y donde no existe una vinculación o relación con nuestro nivel educativo o profesional.

195. Estas explicaciones que tienen su origen en el plano de las características personales individuales de los padres deben tener en cuenta que también hay factores sociales: When I ask colleagues and parents why some parents spank a lot, others do it rarely, and a few never spank, two explanations predominate. The first is “because some children need more discipline than others”—that is, the explanation lies in the character and personality of the child. The second is that “because some parents don’t know how to handle kids”—that is, the explanation lies in the knowledge, character, and personality of the parent. These are explanations that attribute the cause of CP to characteristics of individual persons, either characteristics of the child or characteristics of the parents. Such *individual-level* explanations are important, but they are only part of the explanation. Straus, Murray; “Prevalence, Societal Causes, and Trends in Corporal Punishment by Parents in World Perspective” en: Law and Contemporary Problems, Vol. 73, N° 2, Duke University, Spring 2010, p. 9. Disponible en: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/lcptoc73spring2010>

196. No nos cabe duda a los autores que también la formación o educación formal es útil, pero sobre todo la formación orientada hacia la práctica. Asimismo, el convencimiento a través de la reflexión puede servir para modificar y mejorar nuestras pautas de crianza.

197. “Muchos padres que abusan de sus hijos provienen de familias en las que se utilizaba el castigo físico. Estos padres ven el castigo físico como una manera legítima de controlar el comportamiento del niño”. A esto se le denomina, “la transmisión intergeneracional del abuso”. *Ibidem.*, p. 261.

198. Los planteamientos de Gelles acerca del aprendizaje de las pautas interaccionales violentas en las fases tempranas de socialización de un sujeto, podrían permitir predecir que los niños que han sido sometidos a tales interacciones, en su vida futura tenderán a repetir esos modelos de relación. Es indudable que esta predicción está limitada por las características del contexto en que el sujeto esté inmerso como condiciones facilitadoras de la aparición de dichas pautas. Gelles, citado por Grossman, Cecilia; Mesterman, Silvia y Adamo, María; “violencia en la familia....”, ya citado., p. 194.

A continuación compartimos con Uds., una categorización de estilos o pautas de crianza de padres, formuladas en el ámbito de la Psicología:



Figura 5: Estilos de crianza de crianza de padres para educar y corregir formulados por Baunrimd. Tomado de: Santrook, John; “Psicología del desarrollo de la infancia...”, ya citado., 258-259¹⁹⁹.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, si tomamos en cuenta lo antes expresado, todo parecería indicar que de los diversos estilos o pautas de crianza, seguramente, aquellos padres que se identifican dentro de la categoría de “padres autoritarios”, serían los que estarían más cerca del uso del “castigo físico o psicológico”, y quizá también quienes podrían en algún momento pasar esa frontera gris –si es que existe- que puede llevarnos de la disciplina y orientación del niño al maltrato corporal.

Y es que al interior del espacio familiar, cada uno de sus miembros delimita a su vez, una zona íntima que protege o resguarda y que espera sea respetada²⁰⁰.

El rol autoritario es menos flexible ante las transgresiones a dichas reglas, por lo que puede acudir a la agresión con mayor facilidad, sobre todo, si ello

199. En este mismo sentido Véase: Salazar Medina, Soledad; “Estilos de crianza y cuidado infantil en Santiago de Chile. Algunas reflexiones para comprender la violencia educativa en la familia”, ACHNU, Santiago, 2006., p. 9 y 10.

200. En un sentido similar nos indica Álvarez para quien, la familia es una institución donde existe omnipresencia de conflictos de intereses, como en toda institución social. Pero si la resolución violenta de conflictos interpersonales es una de las varias formas de resolución de conflicto ¿por qué es tan común en la familia? Se tiende a pensar que por su conformación

se a una esa etapa que pueden vivir algunos adultos, donde el niño, pone a prueba la autoridad paterna, o como indica Zaczyk: “los psiquiatras infantiles dirían que el niño tantea los límites”²⁰¹ y es indudable la sensación de frustración o de desencadenamiento de la agresividad en estos contextos. Pero la violencia no es sinónimo de disciplina ni orientación del niño.

Como ha destacado Bettelheim, cuando hablamos de la disciplina bajo la que educamos a nuestros hijos, deberíamos considerar que su etimología está ligada a la raíz latina “*discipulus*”-es decir, persona que aprende- y esto suele estar ligado en el caso de las relaciones familiares por el contacto personal en el que una personalidad se forma bajo la influencia de la otra ²⁰². De hecho, como indica el mismo autor: “Ninguna disciplina que valga la pena adquirir puede imponerse a fuerza de golpes (...). De hecho la mejor forma que probablemente es también la única, de convertirse en una persona disciplinada, consiste en seguir el ejemplo de alguien a quien se admire, en lugar de ser instruido verbalmente, lo cual en el mejor de los casos, solo puede ser parte del proceso, y ciertamente no se adquiere disciplina por medio de amenazas” ²⁰³, golpes o humillaciones. La disciplina diría Bettelheim puede ser positiva ²⁰⁴.

De hecho en esa búsqueda ideal de patrones y categorías que nos alejen de la violencia injustificada contra la niñez, Save the Children ha identificado una serie de diferencias entre lo que podría constituirse como un patrón de disciplina positiva versus el castigo físico y humillante, brindándonos elementos que nos permitirían diferenciar entre la forma de actuación de padres autoritarios versus padres asertivos o autoritativos, a saber:

particular –la familia es la única institución social donde se asignan roles y responsabilidades basadas en el sexo y la edad de sus miembros más que en sus competencias e intereses- en ella se opera basándose en reglas distintas a las del resto de la sociedad (no debemos golpear a nadie). Tomado de: Salazar Medina, Soledad; “*Estilos de crianza y cuidado infantil en Santiago de Chile*”, ya citado., p. 14.

201. Zaczyk, Christian; “La agresividad. Comprenderla y evitarla”, 1º edición en castellano, Paidós Ibérica, Barcelona 2002., p. 93-94

202. Bettelheim, Bruno; “*No hay padres perfectos*”, Crítica, Barcelona, 1988., p. 115.

203. *Ibidem.*, p. 116.

204. Término acuñado para diferenciarse justamente la disciplina basada en el castigo corporal o en la violencia psicológica.

CASTIGO FÍSICO Y HUMILLANTE	DISCIPLINA POSITIVA
1. Es una forma de violencia física y/o psicológica.	forma de violencia ni física ni psicológica.
2. Cuestiona la dignidad de la persona, no su conducta.	Cuestiona la conducta, nunca la dignidad de la persona.
3. No ofrece el aprendizaje de una conducta alternativa.	Ofrece siempre el aprendizaje de una conducta alternativa.
4. No es proporcional ni relacionado con la conducta equivocada que se pretende corregir, y produce miedo y su misión, no aprendizaje.	Siempre es una sanción proporcional y relacionada con la conducta a corregir, produciendo un aprendizaje en el niño
5. Está basado en un abuso de poder. Se impone desde la autoridad.	Se impone desde la autoridad
6. Es más rápido y más fácil, no requiere tiempo para planificarlo.	Requiere tiempo para planificarlo e imponerlo.
7. Nunca contempla la participación infantil en la sanción y los padres no se comunican con el niño o niña.	El niño o niña participan tanto como es posible, y los padres se comunican con los niños y niñas dando a conocer la norma previamente, explicándoles por qué la acción está mal y cuáles son las consecuencias y por qué no deberían repetirlo.
8. Enseña al niño que las personas que han de quererle y protegerle le hieren y que las personas que tienen autoridad pueden abusar de ella.	Puede incluir alguna forma de castigo no violenta.

Figura 6: Disciplina positiva versus castigo físico y humillante. Tomado de: Pepa Horno Goicoechea/Save the Children; “Amor, poder y violencia. Un análisis comparativo de los patrones de castigo físico y humillante”, Save the Children España, Madrid, Septiembre 2005., p. 21.

Las interpretaciones y aclaraciones que se han venido efectuando sobre el contenido de la CDN son coincidentes con la posición antes expresada: “Por consiguiente, vinculando el art. 5 con el art. 19, el Comité expresa que la “orientación” de los padres no debe ser violenta ni humillante, ya que el niño debe ser protegido contra “toda forma de perjuicio físico o mental”, mientras esté al cuidado de sus padres u otras personas. El Comité defiende constantemente la idea de que el castigo corporal no es compatible con la Convención y ha recomendado su prohibición, incluso en el seno de la familia”²⁰⁵.

En otro apartado se enfatiza también de manera ejemplificativa: “El Comité reconoce la existencia de actitudes y prácticas tradicionales pero cree firmemente que aquellas que van en contra el interés superior del niño deben ser eliminadas. La creencia de que “la letra con sangre entra” era una de esas actitudes; es preferible proporcionar orientación que castigos corporales”²⁰⁶.

Pero las recomendaciones e interpretaciones de la CDN no han tenido un profundo calado en algunos países. Diversos estudios comprueban nuestro cotidiano uso de ese “derecho de corrección que permite una violencia razonada y moderada” vigente y aplicable. Así, la *Organización Mundial de la Salud: en su Informe mundial sobre la violencia y la salud*. 2002 afirma que estudios recientes realizados en países latinoamericanos señalan la existencia de una práctica generalizada de castigo físico contra los niños en zonas tanto urbanas como rurales. Esta tendencia tiene algunas características importantes que destacar:

1. Los métodos y prácticas de crianza aplicados señalan diferencias en cuanto a la frecuencia, severidad, formas y ocasiones en que se aplica el castigo físico que fue recibido por los padres y las madres, y los que estos aplican a sus hijos e hijas.
2. El castigo físico está relacionado con la idea de que, al producir sufrimiento, los niños y las niñas aprenderán la lección que se quiere ofrecer. Así el castigo físico está legitimado como una forma de aprendizaje.

205. Unicef; “Manual de aplicación de la Convención...”, ya citado., p. 205.

206. Ídem.

3. Los límites entre el castigo físico y el maltrato, no son del todo claros y dependerá en mucho de "la conciencia" que tengan los padres, las madres o las personas encargadas de velar por el cuidado de la población menor de 18 años" ²⁰⁷.

Esta violencia al niño, debemos también destacar, no discrimina en razón de edad: es decir, en ese amplio grupo etario definido por la Convención sobre los Derechos del Niño y que en nuestro país, incluye a la persona definida desde el momento establecido en el art. 1 de la Constitución de la República hasta los 18 años, este maltrato puede desarrollarse en todos y cada uno de esos momentos o etapas del desarrollo del niño.

V.- Pero... ¿Por qué entonces no cambiamos nuestro estilo o pauta de crianza en la educación y corrección de nuestros hijos?

Nuevamente, téngase en cuenta que el ámbito de la familia, durante mucho tiempo se asociaba con el espacio más íntimo de la vida e incluir dentro de este espacio procesos que tendentes a compartir prácticas que mejorasen nuestras habilidades relacionadas con la crianza de los hijos no ha sido una labor fácil ²⁰⁸. Las dificultades para incluir en la normativa vigente en El Salvador, una prohibición expresa del castigo corporal o humillante por muy razonable que sea, solo es un mero reflejo de un elemento o pauta de vida que es socialmente compartida.

Y es que en la historia de la niñez pareciera que las relaciones paterno-filiales en la antigüedad estuvieron orientadas a desarrollar una disciplina estricta que obligaba al sometimiento y la total dependencia –similar que en el caso de la mujer-. Hunt, citado por Pollock, indicaba que pegar a los niños “debió ser cosa común” entre los siglos XV al XVIII “(...) dado que el menor asomo de autonomía en el niño era visto como hostilidad, se buscaba quebrantar su voluntad. Además, los adultos se sentían amenazados por cualquier señal

207. Pinheiro, Sergio; Informe de América Latina en el marco del estudio Mundial..., ya citado., p. 40

208. Pollock, Linda; “Los niños olvidados. Relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900”, Fondo de Cultura Económica, México, 1° reimpresión en castellano, 1993., p.58

de independencia, y creían que sino la asfixiaban a tiempo, el niño acabaría controlando a sus mayores”²⁰⁹. No cabe duda que este castigo físico contra la niñez se ha justificado bajo el argumento de la necesaria preparación de los niños frente al mundo de los adultos.

Esta “preparación”, antiguamente se desarrollaba como hemos mencionado, en dos amplios espacios: el hogar y la escuela²¹⁰. Ello dio lugar a finales del siglo XIX a la aparición de normas que prohibían la crueldad ejercida contra los niños, incluso aunque fuesen sus perpetradores sus propios progenitores²¹¹.

Con lo antes expuesto lo que deseamos enfatizar es que la protección de la niñez frente al maltrato en general ha sido una larga, continua y amarga pelea en el tiempo, quizá solo comparable con esa también larga lucha que ha tenido la mujer en la reivindicación de sus derechos. Pero la historia no es determinante en el caso de las pautas de crianza. También pueden rastrearse desde hace siglos pautas educativas que preferían el convencimiento y el diálogo frente a la aplicación de la disciplina física y la humillación. Lamentablemente, también pueden rastrearse pautas vinculadas con la total libertad, indulgencia o plena permisividad que hoy identificamos como prácticas de maltrato, pero que ya aparecen registradas en la historiografía de las relaciones padres-hijos²¹².

En Centroamérica, nuestras visiones de ser padre o madre están afectadas por esta larga historia y nuestra percepción sobre cómo se vive la paternidad y la maternidad reflejan nuestro debate en la región a este respecto: “Con relación a la proposición *un padre no debe ser muy cariñoso y comprensivo porque puede perder autoridad y ser irrespetado por sus hijos e hijas*, el 34.9% se mostró de acuerdo y el 60.2% en desacuerdo. El porcentaje mayor en desacuerdo denota la existencia también de masculinidades de bienestar. Sin embargo, y como señalábamos, son aún más sorprendentes los resultados de la proposición *buen padre es aquel que castiga y le pega a sus hijos cuando se*

209. Pollock, Linda, “Los niños olvidados...”, ya citado, p. 31.

210. Sin perjuicio que también dentro de las instituciones estatales u otras privadas, se siguiera el mismo esquema.

211. Pollock, Linda, “Los niños olvidados...”, ya citado., p. 36

212. *Ibidem*. p. 201

portan mal. Las diferencias entre los de acuerdo y los no de acuerdo no son tan significativas, (45.2%) y (50.4%) respectivamente. Ello da cuenta de un debate entre los encuestados sobre las formas de educación y corrección.”²¹³.

Y es que, en todo caso, lo que consideramos como maltrato, castigo y protección de nuestros hijos es también reflejo de la adaptación de nuestras pautas de crianza al contexto social y económico: siguiendo nuevamente Pollock: los padres que viven en culturas donde es posible que los niños enfrenten graves peligros, usualmente no buscan su muerte sino todo lo contrario, buscan protegerlos, adaptando sus métodos de crianza de tal modo que se maximicen las posibilidades de supervivencia de sus hijos.

Así, por ejemplo, podrían explicarse –pero no justificarse– dos situaciones límite que podrían ser consideradas en El Salvador como situaciones de maltrato: esos casos que periódicamente observamos en los medios de comunicación en los que los padres dejan encerrados a sus hijos bajo llave sin posibilidad de salir de dicho espacio, incluso hasta atados o encadenados a sus camas; o los casos de bebés que han sido llevados ante “sobadores” para que recobren la salud, son lamentablemente ejemplos de pautas de crianza que como un espejo nos muestran el poco saludable entorno en que viven la mayoría de las familias salvadoreñas que ante la inexistencia de “guarderías públicas” o el poco o nulo acceso a centros de salud y la ausencia clara de una formación en el cuidado de sus hijos, han recurrido a prácticas que a los ojos de una inmensa mayoría de nosotros, no son más que un hecho aberrante de maltrato al niño.

213. Lamentablemente, también se identifica el alto grado de interiorización de la violencia, sobre todo desde aquel sujeto, que históricamente también era sujeto pasivo del derecho de corrección del hombre: “Así también mujeres nicaragüenses de un grupo focal informan que las demandas hacia los hombres no se restringen a lo económico, sino también al ejercicio de la autoridad mediante la agresión y la violencia, concebida como método de educación para los hijos, principalmente para los varones: *Los hijos necesitan educación de sus padres, porque el padre regaña más duro a sus hijos que nosotras las mamás, porque nosotros no lo vamos a agarrar y fajear duro, el papa sí (...)* Porque el varón es más terco, entonces el padre tiene que ponerle mano dura, porque las hijas mujeres son más calmas, el hijo varón no. (Mujer urbana, sector popular, participante de un grupo focal, Nicaragua). Ortega Hegg, Manuel; Castillo Venerio, Marcelina, Centeno Orozco, Rebeca; “Masculinidad y factores socioculturales asociados a la paternidad. Estudio en cuatro países de Centroamérica”, UNPFA-CEPAL, Managua, 2005., p. 160-161. Diversos estudios coinciden en América Latina, además que la figura parental que agrede más al niño es la madre, lo cual deriva naturalmente, de ser esta la persona que ha asumido históricamente las funciones relacionadas directamente con el cuidado de los hijos. Al respecto, véase Santana Tavira, Rosalinda; Sánchez Ahedo, Roberto; Herrera-Basto, Emilio; “El maltrato infantil: un problema mundial”, en: Salud Pública de México, vol. 40, n° 1, México, enero-Febrero, 1998., p. 3.

Entra en juego aquí ese principio también defendido en la garantía de los derechos del niño como lo es el principio de corresponsabilidad y donde la familia, el Estado y la sociedad asumen un plano horizontal de responsabilidad sobre la garantía de los derechos del niño. Podríamos considerar acaso que ese maltrato de encerrar bajo llave a un niño en su casa o encadenarlo a una cama, podría disminuirse o erradicarse como pauta de crianza, si el Estado o las municipalidades indicaran y facilitaran medios para la creación de guarderías públicas gratuitas en los que los niños pudiesen estar durante el periodo de trabajo de los adultos, bajo el cuidado de profesionales, especialmente en aquellos barrios o comunidades donde la calle es el máximo peligro. ¿Podríamos llevar al estrado al Estado por su falta de sensibilidad o por la ausencia de políticas públicas para prevenir estas prácticas a través de la tarea de brindar servicios que incentivaran positivamente a los padres a utilizarlos? O ¿Debería el Estado o las municipalidades acercar sus servicios de salud a las comunidades más remotas de tal manera que las personas no tengan la “tentación” de buscar la cura a la enfermedad de sus hijos en charlatanes sin escrúpulos?

¿Será que el principio de corresponsabilidad –que ya es norma vigente en el país- tiene algún sentido o es simplemente que de nuevo esas normas aprobadas no cuentan con un apoyo social e institucional suficiente para buscar de manera innovadora y reflexiva su implementación?

Como sociedad también tenemos nuestra parte: la sociedad sería corresponsable si por ejemplo en el caso de profesionales, siguiéramos los protocolos para identificar aquellas lesiones que pudieran provenir de la violencia intrafamiliar o abuso sobre el niño o como miembros de un barrio o una comunidad, hacemos uso de ese deber de toda persona de denunciar aquellos hechos que consideramos como abuso de la niñez. Cada uno de nosotros, tiene pues un rol importante en la defensa de los derechos de la niñez.

Estamos por consiguiente ante un problema que no posee una sola causa, sino un alto grado de complejidad: nuestras propias características personales y cómo fueron educados nuestros padres seguramente ha influido en cómo nos formaron dentro de nuestras familias, pero también elementos contextuales o estructurales de nuestras sociedades influyen en la proliferación del maltrato: la disminución del tiempo disponible de ambos padres para dedicarse al cuidado y crianza de los hijos es un aspecto que cada vez

con más frecuencia puede ser asociado a la búsqueda de pautas de crianza fáciles y de efecto inmediato, como el caso del castigo corporal ²¹⁴, y sin duda, situaciones como el estrés en la familia, la precariedad laboral o la existencia de “pluriempleados” dentro del seno de una familia, puede influir directamente en la transmisión al interior de la familia de métodos para la solución de conflictos o controversias que sean eficaces a corto plazo, pero con consecuencias o secuelas a mediano y largo plazo, con independencia al estrato económico o profesional. En fin, como indica Herrera-Basto, el maltrato aparece cuando los integrantes de una familia “se ven rebasados por situaciones especialmente estresantes –crisis-“ ²¹⁵.

De hecho, como afirma una buena parte de las investigaciones sobre este tema, en muchos casos el maltrato pudieran estar vinculado con la precariedad social de las familias a las que pertenecen los niños: inestabilidad de las relaciones entre la familia, abandono, precariedad económica, son elementos que combinados pueden ser condiciones familiares y sociales que fomenten el maltrato en el niño ²¹⁶, sobre todo, si no existen políticas y procesos que desde el Estado y la sociedad civil se pongan en marcha de manera preventiva y reactiva para evitarlo.

A ello añadimos que todo pareciera indicar que la violencia no es una estrategia eficaz para el buen desarrollo de nuestros hijos. Por una parte, parece que puede tener un efecto inmediato para “controlar” o “frenar” la acción del niño, pero su capacidad de ser una estrategia de aprendizaje para la vida, es puesta en duda, sobre todo, como hemos mencionado, porque aprendemos que la violencia y la agresión física o verbal es un medio de resolver los problemas. Por otra parte, parece haber un acuerdo sólido en el ámbito de la Ciencias Sociales y humanas sobre la existencia de consecuencias o secuelas negativas en la niñez, por su uso: a) La repetición del patrón de la violencia y su diseminación como forma de solución de conflictos; b) el desarrollo

214. The primary goal most parents have in administering corporal punishment is to stop children from misbehaving immediately. Laboratory research on learning has confirmed that corporal punishment is indeed effective in securing short-term compliance. Thompson Gershtoff, Elizabeth; “Corporal Punishment by Parents ...”, ya citado., p. 541.

215. Herrera-Basto, Emilio, “Indicadores para la detección de maltrato”, ya citado., p. 423.

216. Levovichi, Serge; Diatkine, René; Soulé, Michel; “Tratado de psiquiatría del niño y del adolescente”, tomo VII, Biblioteca Nueva, Madrid, 1995. 77.

emocional disfuncional y deficitario en estrategias y competencias emocionales para la adaptación en distintos contextos a lo largo de la vida ²¹⁷; c) efectos negativos en el rendimiento escolar ²¹⁸, d) baja autoestima y aparición de conductas transgresoras, d) retraso, entre otras ²¹⁹.

VI.- Reflexiones finales

- a) El cambio de paradigma promovido por la CDN es complejo: por un lado supone la “revisión de todas las normas que afectan a la infancia siendo prácticamente la totalidad del acervo jurídico de un país”, a la par de una transformación en nuestra visión sobre nuestras familias y, específicamente, sobre cómo orientar y educar a nuestros hijos. Los esfuerzos parecen incipientes, a partir del marco normativo antes comentado, pero eso es una excusa que hemos utilizado para adentrarnos en este tema. Ese no es principal problema: en buena medida la “legalidad” del castigo corporal y humillante en nuestras sociedades posee diversas causas y orígenes y un “marco cultural permisivo” que facilita el mantenimiento de estas prácticas. Para Straus, el decrecimiento de la aplicación del castigo corporal y humillante en sociedades, está relacionado con: cambios demográficos, la expansión de los derechos humanos, la transición a economías post-industriales y la legitimidad o aceptación de estudios o investigaciones que desde las ciencias sociales han sido reiterativos en las consecuencias negativas del castigo corporal y humillante .
- b) Creemos que los aplicadores de la ley tendrán una labor de impacto cuando se tenga que precisar las consecuencias de la CDN en nuestro

217. Cuervo Martínez, Ángela; “Pautas de crianza y desarrollo socio-afectivo...” ya citado., p. 115.

218. Una investigación reciente efectuada a la vuelta de la esquina, es decir en Guatemala corrobora los efectos negativos del maltrato sobre el rendimiento académico o escolar del niño. Véase al respecto: Espinoza, Evelyn; “Impacto del maltrato en el rendimiento académico”, Departamento de Sociología, Universidad del Valle de Guatemala en: Revista Electrónica de Investigación Psicoeducativa n° 9, Vol. 4, 2006, p.221-238.

219. Sobre este tema puede verse: Save the Children; “Educa no pegues. Campaña para la sensibilización contra el castigo físico en la familia”, Madrid, 200?, disponible en: <http://www.Savethechildren.es/castigo>. Igualmente: Gershoff, Elizabeth; “More harm than Good: A summary of Scientific Research on intended or Unintended effects of corporal punishment on children” en: Law and Contemporary Problems, Volume 73, N° 2, Duke University, spring, 2010., p- 31-56.

ordenamiento jurídico, por ejemplo, cuando se utilice el derecho de corrección como elemento y argumento para la toma de decisiones que hubiesen implicado alguna agresión física contra los hijos moderada o no –es que eso de la moderación es como hemos visto, un tanto “artificial”, -al menos, para nosotros-. Hemos sugerido que quizá dicho derecho sea incompatible con las normas internacionales que como país hemos ratificado, y que pareciera que la normativa salvadoreña deja “la puerta entre-abierta al castigo corporal y humillante”. Pero no tenemos duda que, por su parte el castigo corporal y humillante es incompatible con la CDN y la legislación debería ser expresa en prohibirlo en El Salvador. Para Ud., ¿lo es?

- c) La respuesta normativa siempre es deficitaria o mejor aún, incompleta. Evidentemente, no consideramos que la aplicación de la normativa penal, sea la vía para erradicar o disminuir el castigo corporal y humillante en El Salvador. Seguramente, un más profundo abordaje, estaría relacionado con la sensibilización y formación que recibimos como niños o adultos sobre el tema; con las políticas de apoyo que las familias poseen para el cuidado y orientación de sus hijos; y con el presupuesto público que dedicamos a políticas sociales orientadas a las familias y a prevenir y controlar el maltrato.

El Estado y la sociedad deben de aplicarse a la construcción de un red de servicios de apoyo para padres y niños: todas las familias deberían poder requerir servicios de apoyo económico –siempre y cuando fuese justificado- económico, de cuidado, salud, educación, recreación u ocio para sus hijos. Y la articulación de la respuesta no nos cabe duda que sería una política pública de familia e infancia. Pero además, hay familias que requieren de “apoyos extras”, o de asistencia especializada, y hay niños en nuestro país cuyas familias están en crisis o que lamentablemente no tienen una de aquellas. Para esta niñez en situación de extrema vulnerabilidad también deberían existir políticas públicas presupuestadas, con objetivos y metas.

- d) Como familias y sociedad una contribución muy específica es preguntarnos cotidianamente sobre la efectividad de nuestras estrategias y acciones para educar y orientar a nuestros hijos, quizá de esa manera investiguemos más sobre las prácticas que utilizamos y busquemos otras alternativas que no sean el castigo corporal y la humillación. Es en ese

ámbito al que esperamos haber contribuido con esta reflexión.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE FEDERAL

Mariel F. Molina de Juan

Sumario:

Introducción. 1. El niño como sujeto de derechos. 2. Los padres como primeros responsables de la protección de sus hijos. 3. Los padres como primeros responsables de la protección de sus hijos. 4. La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos. 5. De la “patria potestad” a la “responsabilidad parental”. 6. ¿Por qué se debe responder? 7. El correcto ámbito de aplicación del artículo 1114 del CC. 8. Consecuencias de la inaplicabilidad del artículo 1114 CC a los daños sufridos por los hijos. 9. La protección de la niñez frente al derecho de daños. 10. Daños sufridos en una escalera mecánica. 11. Daños sufridos en un accidente de tránsito. 12. Daños sufridos por violación del deber de seguridad. 13. Relación de causalidad y eximentes. 14. La operatividad de la causa ajena frente al nexo causal. 15. Los padres como terceros por los cuales no se debe responder. 16. El hecho de la víctima. 17. El daño sufrido por las personas menores de edad y los problemas de la eximente. 18. Daños sufridos por niños menores de 10 años. 19. La asunción del riesgo. 20. La causa concurrente. 21. Conclusiones.

Introducción

Este trabajo pretende abordar el tratamiento que la Corte Federal argentina ha brindado a la problemática de la responsabilidad civil de los padres.

El tema se vincula concretamente con dos aspectos que deben diferenciarse con claridad. El primero de ellos refiere al deber de responder de quienes detentan la patria potestad o más precisamente “*responsabilidad parental*,” por los daños causados por sus hijos a terceras personas. El segundo, al impacto que produce el incumplimiento de los deberes derivados de la *responsabilidad parental* cuando quienes sufren los daños son los propios hijos.

El Máximo Tribunal nacional no ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre el primer aspecto, aunque tangencialmente se ha referido a él por medio de una interpretación extensiva o analógica del sistema creado por el plexo normativo que se ocupa de la responsabilidad extracontractual

por el hecho del otro (en el caso, el hijo), para limitar o eximir de responsabilidad al presunto causante de un daño sufrido por el niño o adolescente, con fundamento en la “culpa in vigilando” de los padres.

El segundo problema sí fue motivo de análisis de la Corte Suprema, que se ha detenido puntualmente en la valoración de la culpa de los padres, en el hecho de la víctima, en el supuesto de asunción del riesgo, etc.

En este derrotero, se observa alguna evolución de ciertos conceptos centrales en relación con los presupuestos de la responsabilidad aplicables cuando los niños son víctimas del daño, así como un paso firme hacia la transformación y fortalecimiento de principios rectores como la protección de la infancia y adolescencia, y la consideración del rol de la familia en la sociedad argentina.

1. El niño como sujeto de derechos

La niñez y la adolescencia fueron históricamente y al igual que la familia, objetos construidos política, social, cultural y educativamente. La evolución de la concepción de la infancia es testimonio de la transformación operada en la estructura y funcionamiento de la familia y la sociedad ²²¹.

Este desarrollo progresivo, fue recogido por el ordenamiento jurídico internacional a través de un hito fundamental que cambió definitivamente la consideración de la infancia: la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño (ONU), que implicó el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez e inauguró una nueva relación entre el derecho y los niños, que se conoce como modelo o paradigma de la protección integral del niño ²²². Debe destacarse que la Convención resalta tres actores que tienen verdadera responsabilidad sobre la infancia: los padres, el Estado y la comunidad.

Pero éste no es el único instrumento internacional que se ocupa de la protección de los niños; la Convención Americana sobre Derechos Humanos

221. GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA, Marisa, Derecho constitucional de familia T I, Ediar, Buenos Aires, 2006 p. 529.

222. Ampliar en GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA, Marisa, Derecho constitucional de familia T I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 536.

(art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII); c), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) recogen idéntica preocupación.

En Argentina, su impacto es definitivo y vinculante a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, que les confiere jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Por otra parte, el artículo 75 inc. 23 de la Carta Magna impone al Congreso de la Nación, la obligación de adoptar *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, entre otros sujetos vulnerables. A su vez, la ley 26.061 establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, que debe ser interpretado no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos²²³. Todo esto demuestra que, en este tiempo, las constituciones, leyes, tratados, convenciones, declaraciones y todo tipo de instrumentos internacionales enumeran una serie de derechos titularizados por los niños, que comparados con los derechos humanos de todas las personas, se encuentra ampliada o potenciada.

La regla troncal que atraviesa toda la estructura jurídica constitucional e interna, es la protección del interés superior del niño, que debe vincularse con los mecanismos necesarios para asegurar su crecimiento y desarrollo íntegro y pleno.

Cada vez con mayor fuerza, el principio del interés superior se hace presente en las decisiones judiciales de los máximos tribunales²²⁴, no solo en aquellas

223. CSJN 27/11/2012 "P., G. M. y P., C. I." APJD 06/12/2012, ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3498/2012.

224. Ver entre otros, CSJN, 21/02/2013, H. C., A. v. M. A., J. A., ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/42/2013, APJD 14/03/2013, CSJN, 12/06/2012, "N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas", LL 2012-D, 182, CSJN, 10/08/2010, "P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia", JA 2010-IV, 42, CSJN, 23/11/2004, "Maldonado, Sergio A.", La Ley online AR/JUR/7217/2004, CSJN, 16/08/2011, "V., D. L. s/ restitución de menores/ ejecución de sentencia", Fallos: 334:913, JA 2011-12-14, 40; , CSJN 27/11/2012 "P., G. M. y P., C. I." APJD 06/12/2012 ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3498/2012, Ampliar en Sec. Juris. CSJN, Interés superior del niño, -la ed., 2013. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>; SCBA, 6/10/2010, C. 111.870, "N.N. o U., V. Protección y guarda de personas; Ver también SCBA, 9/12/2009, C. 106.966, "J., F.F. ;J., M.A. . Art. 10, ley 10.067", www.abeledoperrot.com.ar.

materias propias del derecho de familia y la tutela de la infancia, sino, progresivamente en otras cuestiones.

Se registra un caso reciente en relación con la operatividad del instituto de la perención de instancia, cuando los perjudicados son niños o adolescentes:

Un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (con voto en disidencia) rechazó la caducidad de instancia dispuesta en un juicio de daños y perjuicios sufridos por niños, con fundamento en que los menores no tuvieron una adecuada representación por parte de sus representantes legales, sus patrocinantes, ni el Ministerio Público Pupilar. Cuestionó que no se les haya garantizado el derecho a un abogado que represente sus intereses y recordó que “conforme al art. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. En consonancia con esto, el art. 27 de la Ley 26.061 establece que los niños tienen derecho a: (a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; (b) que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; (c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deba asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; (d) a participar activamente en todo el procedimiento; y, (e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

En opinión del Magistrado mendocino, “la circunstancia de que el niño sea mayor o menor de catorce años no debería influir a los fines de la designación de su abogado, pues bien podría sostenerse que en el último supuesto la designación podría hacerla su representante legal. De lo contrario se le estarían conculcando al niño garantías procedimentales vinculadas con el debido proceso contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional”. En definitiva lo determinante es que se le asegure al niño la asistencia letrada. Por eso entendió que la negligencia de la Asesora de Menores y de los abogados designados por la madre “de manera alguna puede serle trasladada –a

los niños - sancionándose la falta de impulso del proceso de aquéllos con la caducidad, dejándolos sin la eventual reparación que le pudiera corresponder.”

También argumentó que si la caducidad de instancia no se configura en el ordenamiento procesal laboral, precisamente para proteger a personas en situación de vulnerabilidad (vgr. el trabajador), tampoco debería aplicarse cuando se trata de niños que, sin lugar a dudas, integran también la categoría de personas vulnerables²²⁵.

En un reclamo por daños y perjuicios interpuesto por un menor de edad, la Corte Federal destacó la garantía de protección integral. El fallo dictado el 20 de noviembre de 2012, en la causa “B S. J G c/ *Unión Cordobesa de Rugby y ot. s/ daños y perjuicios. Recurso de Hecho*”, revocó la sentencia del Tribunal Superior de la provincia de Córdoba que rechazó el reclamo de un joven de diecisiete años quien, en un partido de rugby quedó cuadripléjico debido a que – por pedido de sus entrenadores – ingresó a jugar en un puesto en el que nunca había jugado (Hooker, conocido como pilar centro). El Máximo Tribunal nacional entendió que la condena debía hacerse extensiva a la Unión Argentina de Rugby y a la Unión Cordobesa de Rugby por responsabilidad del referí que no hizo cumplir el reglamento que imponía disputar el partido con una “simulación” de *scrum* (la sentencia revocada había rechazado la demanda sobre la base de la aceptación del riesgo por parte del joven actor, excluyendo la responsabilidad de las uniones demandadas). La Corte sostuvo que “el hecho de tratarse de un partido disputado por menores de edad imponía tanto a los entrenadores como al árbitro la obligación de obrar con la debida diligencia para preservar la salud y la integridad física de aquellos, máxime cuando nos encontramos con un deporte de riesgo. Ello así, ya que, como lo ha señalado este tribunal en reiterada jurisprudencia, los menores, además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de toda la sociedad; y la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro

225. Del voto del Dr. Omar Palermo, SCMZA 01.07.2013, expte n° 102.093 “Hidalgo Vda. de Moyano Ramona Buenaventura P.S. Y P.S.H.M. EN J° 109.005/33.280 Hidalgo Vda de Moyano, Ramona Buenaventura P.S. Y P.S.H.M. C/ Ciancio Hugo Abel Y Ots. P/ D. Y P. S/ CAS.” www.jus.mendoza.gov.ar

objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte mayor beneficio.”²²⁶

2. Los padres como primeros responsables de la protección de sus hijos

Los niños y adolescentes, dada su especial situación de vulnerabilidad, se encuentran sujetos a un complejo sistema de protección elaborado por el ordenamiento jurídico. En la mayoría de los casos, sus padres son los primeros responsables de concretarlo y garantizarlo.

En el plano normativo interno, el Código Civil argentino diseña un conjunto de normas relativas a los deberes y derechos de los padres organizado bajo el título “De la patria potestad”. El artículo 264 explicita que *“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los 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”*.

Debe aclararse que a partir del año 2009, la ley 26.579 modificó la mayoría de edad que hasta entonces se alcanzaba a los 21 años y la ubicó en los 18 años, razón por la cual el manto de protección generado por la “patria potestad” concluye cuando los hijos alcanzan esa edad, salvo el caso de emancipación por matrimonio. Esta reforma es un hecho histórico que vino a subsanar el atraso que Argentina tenía en materia legislativa de infancia,²²⁷ que ya clamaba por la adecuación de la norma a la realidad. Es que la “mayoría de edad surge como una construcción jurídica cuyos fundamentos no son universales e inmutables sino que varían con el correr del tiempo, con las estructuras de las familias y con el desarrollo de las sociedades” y en este sentido, la reforma “proporciona un marco legal a hechos, situaciones, vínculos, que no lo tenían”²²⁸ y quedaban desfasados. Piénsese por ejemplo en la cantidad y complejidad de conflictos que generaba la posibilidad de ob-

226. CONF. CSJN DOCTRINA DE FALLOS 318:1269; 322:2701; 323:2388 Y 324:122.

227. BIRGIN ; Haydée y HARARI Sofía, Lo que la ley no dice... independencia/dependencia, RDF 2010 – 47 p 9

228. BIKEL, Rosalía, Mayoría de edad: las leyes y los cambios sociales; RDF 2010 – 47 p 1

tener licencia de conducir a los 18 años de edad, frente a una capacidad civil que se alcanzaba recién a los 21, en relación con la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos en accidentes de tránsito (conf. art. 1114 CC).²²⁹

3. De la “patria potestad” a la “responsabilidad parental”

Para comenzar, corresponde poner de relieve que la moderna doctrina viene utilizando la expresión *responsabilidad parental* en lugar de la tradicional “patria potestad,” aunque el cambio terminológico no aún no se observe concretamente en la jurisprudencia de la Corte relativa a la responsabilidad civil de los padres.

Para ilustrar esta cosmovisión, es útil recurrir a los fundamentos del Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial 2012.²³⁰ En tanto el Proyecto propone una “reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”(…) “la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al *hijo la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención* (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño) para que pueda *estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad* (Preámbulo de la Convención citada)” (…) “Como se dijo antes, el lenguaje tiene un fuerte

229. Ver por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, R. c/ C. P. D. | daños y perjuicios, 28/04/2011, MJ-JU-M-66526-AR | MJJ66526, STCorrientes, Bomben, Darío Fernando c/ P.S.A. de lesiones culposas -Recurso de Casación, 01/09/ 2000, MJ-JU-M-49420-AR | MJJ49420; Trib. Sup. Córdoba, Seydell Carlos Augusto c/ Cresta Tomás Augusto y otros | ordinario - accidente de tránsito - daños y perjuicios - recurso de casación, 22/04/2010, MJ-JU-M-59399-AR | MJJ59399 COR, MJ. De ahí que junto con la corriente jurisprudencial que propiciaba una responsabilidad prácticamente objetiva de los padres, apreciando con extremo rigor la prueba del deber de cuidado y vigilancia, desde hace tiempo se venía propiciando la reducción de la mayoría de edad a los 18 años. Compulsar LLOVERAS, NORA, La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores, Responsabilidad por daños, Homenaje a Bustamante Alsina, Bueres (dir) Vol II p., Buenos Aires, p. 111.

230. Fundamentos elaborados por la Comisión creada por decreto 191/2011(integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highon de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci). El Proyecto cuenta con media sanción del Senado de la Nación (28/11/2013).

valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión *patria potestad* por la de *responsabilidad parental*, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra potestad, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la potestas del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo responsabilidad implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo; algunos ordenamientos han cambiado la denominación de *patria potestad* por la de autoridad parental; otros por *responsabilidad parental* como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 -también denominado *Nuevo Bruselas II*- se refiere a la “Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”. La Ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “responsabilidad familiar” al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil.”²³¹

El artículo 7 de la ley 26.061 sintoniza con la propuesta, en tanto dice: *“Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos.”*

La virtualidad de esta fórmula es que sustituye una expresión que remite a un modelo de sociedad que hoy prácticamente no existe por otra que subraya el ejercicio de una función de los padres en beneficio de sus hijos y refleja una estructura familiar asociativa de corte igualitario, en la cual los sujetos de la relación paterno-filial se encuentran en un plano horizontal, donde

231. Aunque las voces críticas no se han hecho esperar. Se ha dicho por ejemplo: “no creemos tampoco que la necesaria protección de los menores deba tener como correlato la supresión de la natural autoridad de los padres sobre sus hijos con sustento en la ideología de la igualdad de las relaciones familiares (BORDA, Guillermo La responsabilidad parental en el Proyecto de unificación, Proyecto de -código Civil y Comercial T I Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012 p 388.)

impera la democracia y a la hora de decidir todas las opiniones deben ser escuchadas y tomadas en cuenta.²³²

La nueva concepción del instituto refleja hasta qué punto los cambios sociales se trasladan al derecho con normas de contenido humanista, que responden al movimiento que nace de los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Se expande el respeto hacia cada persona como integrante de las relaciones jurídicas familiares, por sobre la protección del “grupo”. Los niños y adolescentes son protagonistas de esta transformación.²³³

De lo dicho surge la importancia de destacar la idea de “responsabilidad” de los adultos, en vista a la protección de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes; su interés superior, su dignidad e integridad personal, su seguridad, la igualdad y no discriminación, su capacidad progresiva, etc. Por eso, el reemplazo terminológico no es ingenuo²³⁴ ni inocuo y produce un impacto en relación con la responsabilidad civil de los padres al resaltar esa idea de deber y de compromiso en orientar al hijo hacia su autonomía²³⁵. La consagración de la preeminencia del interés del hijo y sus derechos se convierte en la guía absoluta de los deberes de crianza y cuidados que debe otorgársele²³⁶.

4. Algunas aproximaciones al deber de cuidado (o “vigilancia”) de los hijos

Una de las principales funciones derivadas de la “patria potestad,” recaen en

232. ILUNDAIN, Mirta, Responsabilidad parental, RDF 2012, 57, p. 305.

233. KRASNOW, Adriana; La responsabilidad parental en el Anteproyecto de Código Civil, JA Número especial 2012 II, El derecho de familia en el anteproyecto de Código Civil, Abeledo Perrot, 20/06/2012 p. 99.

234. PLOVANICH, María Cristina, La responsabilidad Civil de los Padres, Academia Nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, Córdoba, 2011, p. 144.

235. Para ampliar, MIZRAHI, Mauricio, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 185.

236. En esta sintonía, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 define la “responsabilidad parental como *“el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (art. 638) y a continuación enumera los principios generales que rigen esta institución: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”(art. 639)*

el deber de los padres de cuidar a sus hijos para que no se dañen ni a sí mismos, ni a terceros. Este “deber de vigilancia” encuentra su fundamento en los artículos 264 y 265 del Código Civil, que obliga a una vigilancia activa, deber de custodia, resguardo,²³⁷ educación,²³⁸ etc. El Proyecto de Código Civil y Comercial enumera entre los deberes de los progenitores concretamente: “*cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo*” (art. 646 inc. a).

El deber de cuidado o vigilancia que corresponde a los padres tiene por finalidad canalizar el accionar inmaduro de sus hijos, evitando toda conducta que los pueda poner en riesgo por resultar nociva para sus propios intereses o para terceras personas. En otras palabras, el cuidado de la prole comprende todo lo necesario para que la persona del hijo se forme en plenitud, sin riesgos, para sí, ni para los demás.²³⁹

Las medidas de vigilancia que deben adoptar los progenitores, dependen de una serie de datos que varían de un supuesto a otro y que tienen que ver con las peculiaridades del niño de que se trata y su etapa evolutiva, así como con las circunstancias en que se hallen las personas responsables y las posibilidades de previsión de que tuviera lugar efectivamente el evento dañoso.²⁴⁰

En el año 1996 la Corte Federal resolvió el caso *Ozuna, Héctor Martín y ot c/ Propietario Circo Dallas y ot s/ Recurso de Hecho*. Los aspectos más importantes de la causa pueden sintetizarse del siguiente modo:

237. ROBINSON RODRÍGUEZ “*El deber de vigilancia de los padres. Responsabilidad concurrente. Culpa in vigilando*” DJ año XXVII Número 8, 23/02/ 2011 p. 8

238. CNCiv Sala J 23/06/2011, cita on line AR/JUR/33692/2011, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros Año XIII N 10/10/2011, p.173.

239. D’ANTONIO, Daniel, *Las distintas etapas de la minoridad: menores impúberes; con discernimiento y adultos*, Rev. Derecho de Daños 2002 2, Rubinzal Culzoni, p. 57, y Nuevo régimen legal de la patria potestad, Rubinzal Culzoni Santa Fe ,1985 p. 173 y ss.

240. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, p 96. En jurisprudencia, C Civ y Com 6 Nom, Córdoba, 26/03/2002, LL C 2002 889. En el caso, la mayoría determinó responsabilidad indirecta de los abuelos de un niño de cuatro años fallecido, declarando culpa concurrente por mitades entre el dueño de un terreno donde se encontraba el árbol cuya caída produjo su muerte, pues el niño padecía un retraso mental, la abuela se encontraba durmiendo cuando se produjo el accidente, y al momento del hecho el abuelo se encontraba ausente, lo que indica que el menor se hallaba solo y sin asistencia de los mayores. Ver también C.N.Civ., sala K, “González Carman c/ Cabello, del 30/12/08, La Ley 2009 C, p. 316, CNCiv sala G, 06/05/2013, “G. S. c/ G. U. M. y otro | daños y perjuicios”, MJ-JU-M-79427-AR | MJJ79427.

- Los padres de un niño demandaron al propietario de un circo y a la Municipalidad del partido de La Matanza persiguiendo el resarcimiento de los daños sufridos por su hijo a causa del ataque de un cachorro de tigre siberiano. El suceso se produjo cuando el menor y su madre aguardaban el colectivo para regresar del colegio, y el pequeño se alejó del lugar, acercándose al sitio donde se estaba instalando el circo (el animal que le causó las lesiones se encontraba atado a un poste).

- El juez de grado, luego de valorar la causa penal, condenó al dueño del circo como único responsable de los hechos; en cambio, liberó de toda responsabilidad a la Municipalidad, pues el siniestro no aconteció dentro de su jurisdicción, sino en la Capital Federal (conforme la prueba rendida); resolvió de este modo, no obstante que el Municipio omitió plantear como defensa que el episodio no se produjo en su territorio.

- La Alzada revocó parcialmente el pronunciamiento e incluyó al Municipio en la condena, con argumento en que la omisión de interponer esa defensa en forma oportuna, acarrea la nulidad del fallo. Además responsabilizó a la Municipalidad por el incumplimiento del poder de policía, al haber permitido que una empresa que entraña riesgo no sea controlada, ni se le haya exigido su retiro ante el incumplimiento de los trámites de habilitación correspondientes.

- Si bien la queja interpuesta por el Municipio fue desestimada por mayoría (pues la cuestión federal no fue oportunamente introducida en el proceso) en disidencia, el Ministro Adolfo Vázquez decidió que la cuestión era atendible y rechazó la responsabilidad de la Municipalidad de la Matanza con fundamento en la “culpa de la víctima y de su progenitora” que había incurrido en omisión de los deberes derivados de la patria potestad. “Tanto la conducta del propietario del circo, como así también de la propia víctima y su progenitora, quien tiene el deber de vigilancia sobre el menor, han cortado el nexo causal entre el órgano estatal demandado y el daño sufrido”. Agregó que la obligación del Estado de velar por la seguridad de los ciudadanos, cede cuando las personas se exponen voluntariamente a situaciones de riesgo que suponen un peligro para su integridad física. La madre de cuyo lado se apartó el niño para acercarse al cachorro de tigre, estaba en condiciones de advertir el riesgo que ello entrañaba, pero omitió su deber de custodia. En consecuencia, como el

niño estaba con su madre, no puede responsabilizarse el Estado por los daños sufridos por el hijo.

Otro de los deberes fundamentales derivados de la “patria potestad” es el de educar a los hijos. La falta de educación también ha sido invocada por algunos tribunales para fundar la culpa de los padres en los daños causados o sufridos por sus hijos. Educación y cuidado son deberes inmanentes de los padres, y entre ellos existe una relación inversamente proporcional. A medida que la educación se va concretando, puede disminuir la vigilancia porque ésta es un complemento de la primera. “El niño viene a este mundo en una situación tal, que no puede valerse por sí mismo, pero a medida que se desarrolla física y moralmente, va siendo dueño de sus actos y adquiriendo una responsabilidad que reduce a su vez la de los padres”. Es indudable, que la vigilancia que se ejerce sobre un niño pequeño no es la misma que la que se realiza sobre quien se encuentra próximo a alcanzar la mayoría de edad. “La atención de los padres debe ser proporcional a la edad de los incapaces, a su discernimiento, a su desarrollo intelectual. Por eso, cuando se trata de menores de escasa edad, cabe presumir fundamentalmente una falta de vigilancia, en tanto que en los menores adultos, la falla estará probablemente en la educación”. Por eso, la Cámara Nacional Civil sala K valoró como negligente la conducta de los padres al permitir que un niño de tres años cruce una arteria de doble mano de circulación en la mitad de la calle.²⁴¹

En esta línea, la jurisprudencia cuestionó la falta de “vigilancia” de la madre de una niña de dos años que se lesionó con la puerta tijera de un ascensor, por eso le atribuyó un porcentaje de responsabilidad en el resultado dañoso. Explicó que esa puerta era “una trampa fatal para una niña”, que la madre no supo sortear para que su hija no se lastimara; en otras palabras, la progenitora no arbitró los medios que se encontraban a su alcance, como ubicarse lejos de la puerta, o alzarla, y hasta inmovilizarla cuidadosamente, para evitar que pudiera entrometer alguna de sus extremidades dentro de la reja de la puerta del ascensor. La vigilancia e intervención diligente de su madre hubiera modificado en alguna medida la producción del evento dañoso.²⁴²

241. CNCiv Sala K, “F.G. S. A. y otros c/ Achenbach Adrián Ignacio y otro | daños y perjuicios” 29.02.2003, MJ-JU-M-18050-AR | MJJ18050. Ver también Cam. Civ y Com de Morón Sala II 11.5.1999 La Ley Buenos Aires 1999 – 1043 .

242. CNCiv. Sala H, “S., C. A. y otro c/ Consorcio de Prop. Álvarez Thomas 1256/58 | ordi-

El deber de cuidado de los hijos no cesa aunque los padres se encuentren más o menos alejados de ellos. Distinto es el caso en que los padres dejan a sus hijos bajo el cuidado de otra persona o en algún establecimiento.²⁴³ La responsabilidad paterna no puede extenderse por analogía a otras personas que tienen a su cargo el cuidado y vigilancia de los menores, excepto que se haya discernido la tutela; las responsabilidades reflejas son de interpretación restrictiva y ni siquiera de la guarda otorgada judicialmente puede apartarse esta regla.²⁴⁴

Tampoco cesa para el progenitor que no detenta la guarda del hijo, si el hecho se produjo en ocasión de que cumplir el régimen de comunicación entre ambos. En un fallo del año 2005, la Suprema Corte de la provincia de Mendoza resolvió que si el niño tenía por costumbre seguir a su padre cuando lo iba a visitar, bien podía exigírsele al progenitor que extremara los recaudos para que su hijo no lo siguiera, máxime si sabía que para ir al lugar donde se dirigía, tenía que cruzar una arteria muy peligrosa, no siendo suficiente la sola circunstancia de que la guarda la tuviera la madre.²⁴⁵

Es cierto que una mirada realista del tema demuestra que muchas veces el cuidado y control de los niños no es fácil, pues los hijos están dotados de inteligencia y de iniciativa y disponen de una libertad que va acrecentándose progresivamente hasta la mayoría de edad. Junto a la reformulación de las relaciones familiares y la democratización de la familia, se observa una expansión de su esfera de obrar, y consecuentemente, el colosal aumento de la dificultad de los padres para su control o vigilancia, acentuada a medida que crecen en razón de la mayor libertad otorgada por las costumbres.²⁴⁶ Los progenitores se encuentran hoy cada vez más condicionados por la in-

nario,” 19.03.2009 MJ-JU-M-52691-AR | MJJ5269.

243. Cuarta Cám. De Apel en lo Civil de Mendoza, Autos 30853 “Morales, Juan Carlos y Ots.

244. GESUALDI, Dora Mariana, Responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 139

245. SCMza. Autos N° 81.457, caratulada: “Mosca, Gustavo y ot. en j° 143.529/28.502 Mosca G. c/ Durelli Verdini, Emilio E. y ots. p/ Ds. y Ps. s/ Inc., 11.10.2005”, LS357-215 y La Ley Gran Cuyo 2006, p. 197, con nota de ALFERILLO, Pascual, El hecho del menor como eximente de responsabilidad.

246. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores, ¿Hacia una responsabilidad doblemente objetiva? RDF 2002 – 20 – 11 y Summa de Familia, T III Abeledo Perrot, 2012, p. 2665.

cidencia de la posmodernidad y el desarrollo del proceso autonómico de la personalidad de sus hijos que ha tornado difusos aquellos deberes que tradicionalmente conformaban el plexo de la *patria potestad*.

En tiempos actuales, el ejercicio de la responsabilidad de los padres se ve impactado por la autonomía progresiva del niño en su condición de sujeto de derecho y la concepción de competencia, en reemplazo del concepto de capacidad, que determina que en cada caso concreto deba medirse la aptitud de comprensión del acto, para apreciar si de ello puede derivar su responsabilidad por las consecuencias.²⁴⁷

5. La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos

En el caso “Ozuna” (1996) antes comentado, el voto en disidencia fundó la exoneración de responsabilidad del Municipio en la culpa de la madre, e invocó el artículo 1114 CC. Los fallos dictados con posterioridad por la Corte, con mejor criterio, no recurren a esa norma para valorar la eventual “culpa in vigilando” de los padres.

La referencia al precepto implica una interpretación extensiva del sistema normativo que diseña la responsabilidad de los padres como una hipótesis especial de responsabilidad extracontractual por el hecho de otro. En el régimen vigente, se encuentra prevista en el artículo 1114 del Código Civil: *“El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.”*²⁴⁸ *Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo.*²⁴⁹

247. Conf. D'ANTONIO, Daniel, Responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos menores Rev. Derecho de Daños 2009 II La culpa -2, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 199.

248. Texto conf. reforma ley 23.264.

249. Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.830 B.O. 7/7/1997.

Este modelo se complementa con las eximentes de responsabilidad, consagradas por los arts. 1.115 y 1.116 del C.C. El primero indica: *La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.* El Art. 1.116 opera como una disposición de cierre, en tanto expresa: *“Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos.”*

Para que se configure responsabilidad de los padres en los términos del artículo 1114 CC se requiere:

- (i) Daño a un tercero. Este requisito resulta de fundamental importancia para definir el ámbito de aplicación de la norma, que solo se ocupa de los supuestos de daños realizados por los hijos a terceras personas. No comprende los casos en que los perjuicios han sido sufridos por los padres o el propio hijo.
- (ii) Minoridad del hijo. A partir del día en que el hijo alcanza la mayoría de edad – 18 años desde la reforma de la Ley 26.579- cesa la “patria potestad” y con ella, se extinguen los deberes y facultades de los progenitores y todo fundamento que pueda justificar la atribución legal de responsabilidad, sin perjuicio del deber del curador para el hijo incapaz, que surge del último párrafo del art. 1114 CC.

En el régimen argentino, si el acto es realizado por un menor de diez años (sin discernimiento en razón de lo dispuesto por el art. 921 CC), sólo nace responsabilidad de los padres quedando excluida la responsabilidad personal del menor. Algunos han sostenido que los padres no responderían por el hecho ajeno, sino que su responsabilidad sería directa; pero lo cierto es que la inimputabilidad del hijo no excluye la autoría y por lo tanto, la responsabilidad no deja de ser refleja, por el hecho del otro.²⁵⁰

250. Ampliar en REYNA, Carlos, Comentario artículo 1114 Cod. Civ. en BUERES (Dir) HIGHTON (Coord), Código Civil y normas complementarias 3 A, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 648.

Si el autor del daño tiene más de diez años, se configura responsabilidad personal; la víctima puede reclamar a cualquiera de los dos obligados para la reparación. Podrá elegir demandar a uno solo o a ambos.

El Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial elimina toda distinción expresa en razón de la edad, aunque reconoce la responsabilidad personal que puede caberle al hijo, que deberá ser evaluada en cada caso concreto. El artículo 1754 propuesto dice: *“Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos.”*

- (iii) Convivencia con los padres. Este requisito fue tomado del Código Francés.²⁵¹ Vincula la responsabilidad directamente a la efectividad del ejercicio de los poderes derivados de la patria potestad, que solo es razonablemente posible si el niño o adolescente se encuentra en contacto permanente con el progenitor, lo que implica vida en común.²⁵² Sin embargo, la opinión dominante es que la interpretación de la norma no puede ser puramente gramatical ni estricta, porque sería contradictoria con su función de garantía y de prevención.²⁵³
- (iv) Antijuridicidad (objetiva) del acto del menor. En general, doctrina y jurisprudencia prescinden del elemento subjetivo de la culpabilidad del niño para atribuir responsabilidad a los padres.

6. ¿Por qué se debe responder?

En doctrina y jurisprudencia, existen importantes discrepancias en torno al factor de atribución de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad. Para algunos se trata de una responsa-

251. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Responsabilidad de los padres en BELLUSCIO, ZANNONI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Responsabilidad Civil en el derecho de familia, HAMMURABI, Buenos Aires, 1983, p. 164.

252. REYNA, Carlos Comentario artículo 1114 Cód. Civ. en BUERES (Dir) HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3 A, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 648

253. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Responsabilidad de los padres en BELLUSCIO, ZANNONI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Responsabilidad Civil en el derecho de familia, HAMMURABI, Buenos Aires, 1983, p. 164.

bilidad subjetiva mientras que otros postulan un fundamento objetivo. Esta discusión puede sintetizarse del siguiente modo ²⁵⁴:

- i. Entre las tesis subjetivas ²⁵⁵, se ha sostenido que el fundamento es la “culpa in vigilando” por el incumplimiento de los deberes derivados de la *patria potestad*. La no adopción de las diligencias necesarias en el control de las actividades del hijo, justificaría el juicio de reproche que se realiza a la conducta de los padres y la atribución de responsabilidad con base en la culpa. Una variante sostiene que se trata de un defecto en la educación brindada a los hijos (una de las principales responsabilidades de los padres en orden a proveerles de herramientas adecuadas para desenvolverse en su vida). El daño que provoca el menor, sería demostrativo de la mala educación brindada por sus progenitores. En este caso, el reproche no se asienta en la falta de vigilancia y control, sino en la mala educación. Para una tercera vertiente, se conjugan ambas culpas acumuladas, sin que ninguna de ellas excluya a la otra: la responsabilidad se funda en una infracción a los deberes de buena educación y de vigilancia. ²⁵⁶
- ii. Las tesis objetivas ²⁵⁷ postulan la necesidad de encontrar un responsable con solvencia patrimonial para asegurar que la víctima obtenga el resarcimiento del daño injusto sufrido. Se asientan en la garantía y la segu-

254. REYNA, Carlos Comentario artículo 1114 Cód. Civ. en BUERES (Dir) HIGHTON (Coord), Código Civil y normas complementarias 3 A, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p.

636. Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Responsabilidad de los padres en BELLUSCIO, ZANNONI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Responsabilidad Civil en el derecho de familia, HAMMURABI, Buenos Aires, 1983, p. 132 y ss.

255. TRIGO REPRESAS, F, en CASEAUX y TRIGO REPRESAS, Derecho de las obligaciones t 1, La ley Buenos Aires, 2010, p. 91 n 2616, ALTERINI, A, AMEAL, O, LOPEZ CABANA R. Derecho de las obligaciones civiles y comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, BUSTAMANTE ALSINA, J. Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 310.

256. Ver entre otros, ORGAZ, Alfredo, La culpa, ed. Marcos Lerner, Buenos Aires, 1992, n 63 p. 170, ACUÑA ANZORENA, Responsabilidad de los padres por los hijos menores en Estudios sobre la responsabilidad civil, La Plata, 1968, p. 295. En jurisprudencia, ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02.03.2007, “F. M. A. y otro c/ D. C. A. y otros | ordinario” MJ-JU-M-11083-AR | MJJ11083, Del mismo tribunal, P. L. A. c/ S. A. O. y otros | Ordinario-Daños y perj.-Otras Formas de Respons. Extracontractual-Recurso de Apelación” 04/07/2006, MJ-JU-M-9098-AR | MJJ9098.

257. Compulsar LLOVERAS, Nora, La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores, en Responsabilidad por daños, homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Bueres (dir) Vol II p. 111 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge; Responsabilidad por daños t II B Ediar, Buenos Aires, p. 61, GESUALDI, Dora, Responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 139.

ridad que los padres deben brindar a los terceros de que los daños que causen sus hijos serán reparados. Dentro de la posición objetiva, un importante sector considera que la responsabilidad surge de la institución de la *patria potestad* en sí misma²⁵⁸; que obliga al padre frente al propio hijo y a los terceros, a impedir que cause perjuicios. Enseña Kemelmajer de Carlucci que esta tesis es la única que explica satisfactoriamente: (a) por qué solo se responde durante la minoridad, (b) por qué el padre se libera cuando ha perdido la patria potestad o su ejercicio por hechos que no le son imputables, (c) por qué el progenitor no responde cuando acredita haber cumplido con todas y cada una de las obligaciones emanadas del ejercicio de la patria potestad, y (d) por qué la jurisprudencia es tan restrictiva en la admisión de las causales de eximición previstas en el art. 1115 y 1116 CC. Por eso sostuvo: “No negamos que el Código Civil argentino reconoce una sólida base subjetiva, pero estimamos que el complejo mundo en que vivimos y las profundas transformaciones operadas en él vinculadas al ingreso de los menores en las actividades productivas y al manejo de cosas riesgosas, imponen una modificación en el sistema legal imperante.”²⁵⁹

Aunque la responsabilidad objetiva de los padres por los daños causados por sus hijos “no surge en mera apariencia de la letra del Código Civil, surge de la música de él. Los casos en que los padres delegaron legítimamente las funciones de contralor en otras personas (art. 1113 parr. 1, 1115, 1117, etc.) son supuestos de causas ajenas, y por lo que respecta al contenido del art. 1116, en la primera parte se habla de imposibilidad de impedir los hechos nocivos, expresión ésta (imposibilidad) que está emparentada con el *casus*. Y en lo que hace al in fine del susodicho precepto, allí se habla de vigilancia activa de los padres sobre sus hijos”... en consecuencia, “el hecho del menor respecto del padre es un caso fortuito.”²⁶⁰

258. CNCiv Sala C, 12/12/2006, “M. R. A. y otro c/ P. S. A. | daños y perjuicios”, MJ-JU-M-18146-AR | MJJ18146.

259. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Responsabilidad de los padres en BELLUSCIO, ZANNONI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Responsabilidad Civil en el derecho de familia, HAMMURABI, Buenos Aires, 1983, p. 132 y ss.

260. BUERES – MAYO, La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos Aspectos esenciales)” Rev. Derecho privado y comunitario N 12 Derecho de Familia patrimonial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 285 y ss. MAYO, Jorge, La responsabilidad objetiva de los padres en la “nouvelle” Jurisprudencia de la corte de casación francesa. Aco-taciones sobre nuestro derecho, Rev. Responsabilidad civil y seguros, Año V N 5 setiembre – octubre 2003, p. 171.

El sistema diseñado a partir de la reforma del año 1968 genera un ámbito más acorde al principio objetivo de responsabilidad por el hecho del hijo menor que al de la liberación de su responsabilidad a partir de la prueba de la falta de culpa.²⁶¹ El avance de la tendencia objetiva se hace también patente en el derecho comparado.²⁶²

La visión objetiva fue recogida por el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 que en su artículo 1755 dispuso expresamente: *“La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.”*

7. El correcto ámbito de aplicación del artículo 1114 del CC.

La norma no debe ser invocada para atenuar o excluir la responsabilidad de quien responde sobre la base de un factor de atribución objetivo. No es ésta su función en tanto, como se explicó, solo prevé el supuesto en que el daño lo sufra un tercero por el hecho del menor. Si bien es un sistema que disciplina la responsabilidad de los representantes legales, no constituye una eximente de responsabilidad por el daño sufrido por el hijo.²⁶³

261. SCBA, 5/10/2011, “González Raúl Alberto c/ S. M. y otro | daños y perjuicios,” MJ-JU-M-69165-AR | MJJ69165.

262. Ver por ejemplo la experiencia de la Corte de Casación francesa: Las causales de exoneración que recoge la jurisprudencia de este tribunal son dos: “la fuerza mayor y la culpa de la víctima, siguiendo el derrotero que fijara un precedente fallo de la sala 2 de la Corte de Casación en la causa Bertrand (19-2-97, Dalloz, 1997, juris. P. 266) que excluyera a la falta de culpa de los padres como eximente de responsabilidad. Pero además la jurisprudencia de la Corte de Casación se muestra sumamente restrictiva respecto de la fuerza mayor que puedan alegar los padres, pues el evento debe ser exterior no ya a ellos sino al menor (sala 2, 20 de abril y 18 de mayo de 2000, Dalloz 2000, sumario p 468). E igualmente restrictiva respecto de la culpa de la víctima, al estimar que el no respeto por la víctima de los reglamentos de una escuela no es constitutivo de una culpa (sala 2, 7 de mayo de 2002, Bull Civ. II n 94). Como puede advertirse, la responsabilidad de los padres resulta así de carácter netamente objetivo, y casi de pleno derecho” (MAYO, Jorge, La responsabilidad objetiva de los padres en la “nouvelle” Jurisprudencia de la corte de casación francesa. Acotaciones sobre nuestro derecho, Rev. Responsabilidad civil y seguros, Año V N 5 setiembre – octubre 2003 p 171) Ver también ANDRADA, Alejandro, El fundamento de la responsabilidad de los padres; LL Patagonia, 2006 p.165.

263. PARELLADA, Carlos, Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad, JA 2012 I p 387; BUERES y MAYO, Menores dañantes y menores dañados, Rev. Derecho de Daños 2002- 2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 80.

La doctrina concuerda que el artículo 1.114 CC contiene una *presunción de culpa*²⁶⁴ de los padres cuando el menor ha causado un daño a un tercero, y este tercero no es ni el progenitor ni el mismo menor,²⁶⁵ pero esta presunción no puede operar en relación con los daños sufridos por el hijo.

Es un error pretender aplicar a los casos en que el menor es víctima, un sistema creado por un precepto que, “bajo el velo de presunción de culpa, consagra una responsabilidad prácticamente objetiva.”²⁶⁶ Ni el artículo 1114 CC puede ser invocado -si lo que sindicada el demandado es una culpa en el ejercicio de la patria potestad como eximente de responsabilidad- ni tampoco el art. 1116 del C. Civil aunque se refiera a la “vigilancia activa”.²⁶⁷

¿Cuál es entonces, el marco normativo correcto en el que debe encuadrarse la responsabilidad de los padres por la falta de cuidado de su hijo que causa un daño al niño?

264. Conf. CNCiv. Sala C “M. R. A. y otro c/ P. S. A. | daños y perjuicios” 12/12/2006 MJ-JU-M-18146-AR | MJJ18146. El tribunal resolvió que, ocasionado un hecho ilícito dañoso por un hijo menor de edad, su sola comisión hace presumir una desatención o falta de cuidado por el padre en el cumplimiento de sus deberes de educación y vigilancia con respecto a aquel; sin perjuicio de ello puede probar que de su parte no existió la referida culpa o negligencia. Es que la ley obliga a los padres a prevenir cualquier posible ilícito que pudieran cometer sus hijos, adoptando las medidas proporcionadas a los acontecimientos que se quiere evitar, además de obrar con la prudencia y el pleno conocimiento de las cosas -art. 902 C.C.- que resultare necesarios para la corrección y consejo de sus hijos. La causación de un daño por los menores revela el incumplimiento de este deber (...) si bien los padres codemandados no se encontraban presentes en el lugar, el error en la elección o falta de información sobre quien quedaría a cuidado del niño mientras compartía momentos de esparcimiento en casa de una compañera de colegio -quedando finalmente al cuidado de una empleada doméstica que se encontraba en otro dependencia del amplio departamento (circunstancias en que arrojaron los papeles encendidos por la ventana ocasionando el incendio que provocó los daños por los que los actores reclaman)” hacen recaer la responsabilidad sobre los padres del menor.

265. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Responsabilidad de los padres en BELLUSCIO, ZANNONI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Responsabilidad Civil en el derecho de familia, HAMMURABI, Buenos Aires, 1983, p. 169; Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores ¿Hacia una responsabilidad doblemente objetiva? RDF 2002 – 20 – 11 y Summa de Familia, T III Abeledo Perrot, 2012, p. 2665. Ver también SAMBRIZZI, Eduardo, Responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 203; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02.03.2007 “F. M. A. y otro c/ D. C. A. y otros | ordinario” MJ-JU-M-11083-AR | MJJ11083.

266. TOBIAS, Accidentes de tránsito y peatones inimputables (responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de 10 años), LL 1994 C 470.

267. Ampliar en COMPAGNUCCI de CASO, R. Responsabilidad por el hecho ajeno, Platense, La Plata, p. 74. Ver también Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “L. A. c/ S. A. O. y otros | Ordinario-Daños y perj.-Otras Formas de Respons. Extracontractual-Recurso de Apelación” 04/07/2006, MJ-JU-M-9098-AR | MJJ9098.

Debe buscarse en las disposiciones que regulan los deberes emanados de la “patria potestad” (art 264, 265 y ss. del Código Civil)²⁶⁸. Nótese que en tanto el artículo 1114 C. C. reconoce como fundamento el *alterum nom laedere* y el interés de los terceros (no el del propio menor), las prescripciones relativas a la “patria potestad” se orientan a la satisfacción de los intereses de los hijos.²⁶⁹

Este régimen se conjuga con el juego de los arts. 901 y ss. del Código Civil, que formula un régimen imputativo que se estructura a partir de una teoría de previsiones a fin de determinar si la consecuencia dañosa cuya reparación se pretende, debe ser atribuida a la acción u omisión de una persona, que incluso, podría no tener participación material alguna en el evento dañoso.²⁷⁰

Como se ha visto y no obstante las enseñanzas de la doctrina, un sector de la jurisprudencia, entre el cual se enroló el voto de Vázquez en el caso de la Corte Federal “Ozuna” (1996), hace una interpretación extensiva del art. 1114 CC²⁷¹ y funda en él la atribución de culpa a los padres del menor que ha resultado víctima de un daño, sea para disminuir los montos indemnizatorios,²⁷² sea para excluir la responsabilidad del presunto autor del perjuicio.

En una suerte de “aplicación analógica de sus preceptos,”²⁷³ se ha considerado que si el artículo 1114 CC contiene un supuesto de responsabilidad directa de los padres por los hechos de sus hijos menores de 10 años, también lo sería cuando el hecho del hijo conduzca a la producción de un daño a sí mismo.²⁷⁴

268. Conf. PARELLADA, Carlos, Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad, JA 2012 I p. 390

269. PARELLADA, Carlos, Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad, JA 2012 I p. 387

270. RODRÍGUEZ OCAMPO, Mariel Responsabilidad de los padres, JA 2013 II 307

271. Ver entre otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba 8va. Nom. 03.04.01, RCyS 2001 – 875, como nota aprobatoria de ANDRADA Alejandro, Muerte del hijo ¿responsabilidad de los padres?

272. Entre otras: CNCiv Sala A 19.3.93, LL 1994 C 473, sala D 27/5/1997 LL 1997 E 64; sala L 10/9/1999 Rev. RCyS 2000 -119, Sala H, “S., C. A. y otro c/ Consorcio de Prop. Alvarez Thomas 1256/58 | ordinario”19/10/2009 MJ-JU-M-52691-AR | MJJ52691, CNCom Sala E 30/8/1996, JA 1997 I 645; Cámara Civil y Comercial Morón, sala II 11.5.1999, LLBA 1999 1043.

273. GALDÓS, Mario, Riesgo creado y culpa de la víctima. Menor inimputable y falta de vigilancia de los padres, LL 1996 1044.

274. Conf. MEDINA, Graciela, Daños en el derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 213.

En esta línea, puede citarse un fallo en el que se dijo que: “Los elementos de prueba obrantes permiten determinar, que la conducta de la víctima ha sido por demás imprudente, y ha tenido, una incidencia trascendente en la ocurrencia del lamentable accidente. Intentar cruzar una arteria de doble mano de circulación un menor de tres años, a mitad de cuadra, entre dos autos estacionados, y corriendo, es decir, con manifiesto descuido, culpa o imprudencia (art. 512 del CC) importa por cierto responsabilidad, que en el caso, debe recaer sobre sus progenitores. Y en esa actitud negligente permitida por sus padres, radica esencialmente la culpa de éstos, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1114 del Código Civil. El ejercicio de la patria potestad pone en cabeza de aquellos, el deber de vigilancia y cuidado de los hijos menores (art. 265, Código Civil, T.O. ley 23.264)”.²⁷⁵

En otro fallo, que fue revisado por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, el tribunal de grado había dispuesto: “Los padres de Agustín no tuvieron en la eventualidad una conducta diligente y eficaz en la vigilancia, tal como lo preceptúa el art. 1116 del Código Civil, pues lo dejaron solo jugando y provisto de una bicicleta, a un menor de tan solo cuatro años.”²⁷⁶

Algunas sentencias sostienen que aunque la norma aludida no sea de estricta aplicación, “pues ella se refiere a hechos de los menores que causan un perjuicio a tercero, y en el sub iudice se causa a sí mismo, sirven de referencia los conceptos de deber de vigilancia que derivan de los deberes y derechos emergentes de la patria potestad, que son los que colocan al progenitor en la posibilidad jurídica de dirigir con eficacia actos de sus hijos y orientar su educación”.²⁷⁷

La Cámara Nacional Civil sala B, sin desconocer el ámbito de aplicación del precepto resolvió: “El art. 1114 del Cód. Civil, establece la responsabilidad de los padres por los daños causados a terceros por hijos que no han cumplido veintiún años de edad. Diversas teorías se han planteado para entender

²⁷⁵. CNCiv Sala K, “F.G. S. A. y otros c/ Achenbach Adrián Ignacio y otro | daños y perjuicios” 29/03/2003, MJ-JU-M-18050-AR | MJJ18050.

²⁷⁶. 2da Cámara de Apelaciones de San Rafael, conf. SCMZA, autos 71.709, “Rodríguez, Héctor Hugo y ot en j 97776 Rodríguez Héctor Hugo y ot c/ Gustavo José Valencia y ots. p/ D y P” L.S. 307 -204 www.jus.mendoza.gov.ar

²⁷⁷. CNCiv Sala D 27/5/1997, DJ 1997 3 1139,

de qué manera y en qué circunstancias ha de interpretarse y aplicarse la norma en cuestión, su verdadero alcance en lo que atañe al compromiso de los padres sobre sus hijos menores de edad. En esa tesitura, se ha explicado que entre las obligaciones de los padres se encuentra la de impedir, a través de una razonable vigilancia, que los niños generen a través de sus acciones peligros no sólo a otros *sino a ellos también*".²⁷⁸

Con mayor acierto, otros tribunales afirman que estas normas resultan inaplicables a los casos de daños sufridos por los hijos. En este entendimiento se sostuvo que para tener por configurada la falta de vigilancia activa de los padres que exima de responsabilidad al Estado por las lesiones sufridas por dos menores al explotarles una granada que hallaron en un volquete situado en las inmediaciones de un cuartel, faltan dos requisitos esenciales para la aplicación del artículo 1114 CC: la antijuridicidad de los actos de los menores y el daño de un tercero.²⁷⁹

8. Consecuencias de la inaplicabilidad del artículo 1114 CC a los daños sufridos por los hijos

La consecuencia más relevante de la inaplicabilidad del artículo 1114 CC a los daños sufridos por los hijos, es que no opera la presunción de culpa de los padres contenida en ella. Por tanto, cuando el dañado es el menor, no puede invocarse presunción alguna en contra de sus padres²⁸⁰. Las circunstancias que permitan considerar su conducta como eximente de responsabilidad, deben ser probadas concreta y acabadamente.²⁸¹

Como se vio más arriba, existen argumentos suficientes para sostener que la responsabilidad de los padres por los daños de sus hijos no es subjetiva, más allá de lo que conforme a su época, pensara el codificador. Esta circunstan-

278. CNCIV Sala B, "A. C. E. y otro c/ Club de Campo La Martona SA y otro | daños y perjuicios", 21/06/2006, MJ-JU-M-8464-AR | MJJ8464

279. Cám. Nac Civ y Com Fed Sala I, 15.4.1999, ED 186 441, Cám. De Apel. En lo Civil y Comercial de Córdoba, 02.03.2007. "F. M. A. y otro c/ D. C. A. y otros | ordinario" MJ-JU-M-11083-AR | MJJ11083.

280. Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02.03.2007. "F. M. A. y otro c/ D. C. A. y otros | ordinario" MJ-JU-M-11083-AR | MJJ11083.

281. PARELLADA, Carlos, Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad, JA 2012 I p 387.

cia impide señalar con certeza que el artículo 1114 CC y las disposiciones que se refieren a los deberes derivados de la “patria potestad” (conf. art. 265 y ss) tengan en común la *culpa in vigilando*; el primero para imputar la responsabilidad, y las segundas, prescribiendo la vigilancia sobre el menor, cuya falta de cumplimiento generaría esa responsabilidad.

No obstante ello, en jurisprudencia, la inaplicabilidad de la presunción de culpa de los padres no es una opinión unánime.

Apoyado en el sistema normativo derivado del artículo 1114 CC, un fallo resolvió que “la patria potestad impone a los padres impedir que sus hijos causen *o se causen* perjuicios, de manera tal que cuando éstos se producen, *cabe la presunción de que no han cumplido con el deber de vigilancia*, es decir, que la falta no radica en el hijo menor sino en la del propio progenitor por su imprevisión o falta de cuidados.”²⁸²

La solución aparece más clara en el régimen diseñado por el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial 2012, que al establecer expresamente la responsabilidad objetiva, impide que la norma pueda ser invocada para fundar la culpa de los padres en la omisión del deber de cuidado de sus hijos, y mucho menos, sostener la existencia de una presunción legal. Si bien subsisten los actuales presupuestos de la responsabilidad de los padres (minoridad, convivencia, daño a un tercero y antijuridicidad),²⁸³ la naturaleza objetiva del deber parental de responder establecida en forma expresa, impide su invocación para limitar o excluir la responsabilidad del tercero agente del daño con fundamento en la “culpa in vigilando de los padres.”

9. La protección de la niñez frente al derecho de daños

Se ha dicho que los niños son uno de los sectores de la población que más ha preocupado al sistema internacional de los derechos humanos, recibiendo una protección muy intensa que se manifiesta también en el ordenamiento

282. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, 12.03.2012, “M. S. J. y otro c/ Municipalidad de Villa San José y otros | sumario” MJ-JU-M-75246-AR | MJJ75246. Ver también SCMza sala I- “Mosca, Gustavo y otro c. Durelli Verdini, Emilio E. y otros”, 11/10/2005, LLGran Cuyo 2006 (marzo) p. 197, con nota de ALFERILLO, Pascual; AR/JUR/5879/2005

283. RODRÍGUEZ OCAMPO, Mariel, JA 2013 II p 307, “Responsabilidad de los padres” nota al fallo CNCiv Sala A, 14.11.2012, “J., W. R. v. D., J. C. y O”.

jurídico interno. Se ha visto cómo la doctrina de la protección integral y la regla del interés superior del niño operan como premisas indiscutibles de la jurisprudencia de los superiores tribunales.

Sin embargo, estos importantes avances ponen en evidencia una de las tantas paradojas propias de los tiempos modernos: “esos derechos declarados se violan todos los días bajo la pasividad o indiferencia de los adultos. El aumento geométrico de situaciones que empujan a los niños a ser un nuevo y potencial instrumento de daños a terceros y a sí mismos es fácilmente verificable: productos dañosos para los niños (incluso los mismos juguetes), los espectáculos deportivos se han convertido en verdaderos campos de batalla, el trabajo creciente de los niños de cierta edad, etc.”²⁸⁴

Por otra parte, el impacto que el bloque de constitucionalidad federal tiene sobre el derecho privado argentino, no solo irrumpe en la protección de la infancia, sino también en el ámbito del derecho de daños, ofreciendo la posibilidad de nuevos y más valiosos enfoques. Esta rama ha evolucionado considerablemente; se han expandido sus funciones, que van más allá de la reparación y se proyectan ahora a la prevención del perjuicio. La Corte Federal destacó el carácter constitucional del derecho a la reparación en el año 1986 en el caso Santa Coloma c/ Ferrocarriles,²⁸⁵ posición que consolidó más tarde en Aquino.²⁸⁶

Se ha dicho que la responsabilidad civil resulta comprensiva de “toda repercusión obligacional de la actividad humana, subsumiendo dentro de ese género las hipótesis de daños producidos a terceros, ya provengan de actos propios del sujeto (responsabilidad directa) o de actos de otras personas que le son personalmente imputados por el ordenamiento (responsabilidad indi-

283. Para ampliar, ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Daños sufridos y causados por niños, Rev. Derecho de Daño 2002 –II Menor dañino y menor dañado, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 8

284. CSJN, 5/8/86, Santa Coloma Luis Federico y otros c/ E.F.A LL 1986 A 179, JA 1986 IV 625, MJ-JU-M-46286-AR | MJJ46286.

285. CSJN, 21/09/2004 Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A., ED 25/10/04, LL 2005 A 230 con nota de DESCALZI, José; DJ 2004 3, 1094, con nota de GHERSI, José, ABELEDO PERROT N°: 20043223.

286. GOLDENBERG, Isidoro “La responsabilidad civil. Ensayo de sistematización. Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales T I p. 35, RCyS 2005 I p. 125.

recta) o bien emanados de las cosas (responsabilidad objetiva).²⁸⁷

Para que se configure el deber de reparar, no basta una conducta antijurídica en relación causal con el daño causado. Debe existir además un factor de atribución, que constituye el elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la atribución de las consecuencias dañosas a una persona. Los factores de atribución se clasifican en subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (en principio, riesgo creado, garantía y equidad).²⁸⁸

En el caso del riesgo, quien es dueño o guardián de cosas riesgosas (como una escalera mecánica, un vehículo, etc.) o quien realiza actividades que, por su naturaleza o modo de empleo, generan riesgos potenciales a terceros (vgr. organizar un campeonato de rugby), debe responder por los daños que aquellas originan, sean las víctimas mayores o menores de edad; la responsabilidad objetiva que de ella dimana constituye una contrapartida del riesgo creado.²⁸⁹ Esta presunción cede ante prueba en contrario: si quien aparece primigeniamente como responsable, la desvirtúa acreditando que el daño no se deriva del riesgo de la cosa, sino de una causa ajena a ese riesgo.²⁹⁰ El sistema de la responsabilidad objetiva funciona prescindiendo de la valoración de la culpa del presunto responsable; aunque se advierta la existencia de culpas, no necesitan ser alegadas ni probadas.

Con gran frecuencia los niños sufren perjuicios a causa de estos riesgos, y entonces adquiere especial trascendencia la visión del derecho de daños, que mira a las víctimas –más a la víctima que al victimario- y pretende que la indemnización sea pagada.²⁹¹ Quien sufre un daño injusto tiene derecho que éste le sea resarcido y esta directiva básica incide no solo en el factor

287. PIZARRO, Ramón, en su comentario al artículo 1113 Cód. Civil en BUERES, Alberto (Dir.), HIGTHON, Elena (Coord), Código Civil, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 496.

288. PIZARRO, Ramón, en su comentario al artículo 1113 Cód. Civil en BUERES, Alberto (Dir.), HIGTHON, Elena (Coord), Código Civil, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 499

289. PARELLADA, Carlos, Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad, JA 2012 I p 387.

290. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, p. 117.

291. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Daños sufridos y causados por niños, Rev. Derecho de Daños 2002 –II Menor dañino y menor dañado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 8

de atribución de la responsabilidad y en la legitimación activa y pasiva de la acción resarcitoria, sino también en la valoración de las eximentes de responsabilidad, como se verá más adelante.

La praxis judicial muestra una rica casuística de supuestos en los cuales se producen daños a niños con fundamento en la responsabilidad objetiva. La Corte Federal se ha ocupado de algunos de ellos.

10. Daños sufridos en una escalera mecánica

Un caso en el que un niño de tres años de edad sufrió la amputación de un dedo de su mano derecha al quedarle atrapada en la escalera mecánica de un Subterráneo de Buenos Aires, llegó a la Corte Federal en el año 1989 (*Prieto c/ Subterráneos de Buenos Aires, 22 de agosto de 1989*).

El siniestro se produjo cuando la madre, sus dos hijos menores y su hermana se encontraban en una estación de subterráneo, y ante la necesidad de adquirir cospeles para realizar el viaje, la actora soltó la mano del niño, quien inesperadamente se dirigió hacia la escalera que se encontraba próxima al lugar donde se realizaba la venta de cospeles. Como se verá más adelante, el reclamo fue desestimado por imputación de “culpa in vigilando a la madre”.

11. Daños sufridos en un accidente de tránsito

Los daños sufridos por los niños en los accidentes de tránsito merecen una especial consideración por la asiduidad con que suceden y la entidad de los perjuicios que ocasionan. El impulso propio de la inmadurez, la espontaneidad de las actitudes de los niños, sus juegos en la vía pública y tantas otras causas, hacen que sean víctimas frecuentes de accidentes de tránsito.²⁹²

Para Kemelmajer, “la tremenda cantidad de accidentes en los cuales los niños resultan afectados por grandes incapacidades exige una legislación más protectora de su salud, de su cuerpo, de sus posibilidades de desarrollo”. La notable jurista reflexiona sobre la creación de un régimen especial a la mane-

²⁹². Ver CHABAS, François, *Les droit des accidents de la circulation* 2 ed. Litec, Paris, 1988 N° 190.

ra de la ley francesa del 5 de julio de 108 (ley Badinter)²⁹³ que dispone que si la víctima tiene menos de 16 años es indemnizada en todos los casos de los daños sufridos en su persona. La única causal que libera al sindicado como responsable, es la prueba de que la víctima busco intencionalmente el daño. En consecuencia, en la práctica, los niños son siempre indemnizados por las lesiones sufridas en su cuerpo.²⁹⁴

Ante la ausencia de una ley semejante en Argentina, la conducta del automovilista debe ser juzgada con mayor rigidez cuando la víctima del accidente es un niño; estando el conductor obligado a mantener todo el control del vehículo, debe imponérsele la obligación de prever hasta casi lo imprevisible. Esta interpretación pone al ordenamiento civil en concordancia con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que obliga a todos los órganos del Estado a garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (conf. art. 6.2)²⁹⁵

La Corte Federal se ocupó del caso de un niño de nueve años que fue víctima de un accidente de tránsito (*Malvino, María de las Glorias c/ Pereyra Collazo, Oscar Hugo s/ Rec. De Hecho, 1996*). En el evento, el niño transitaba por una arteria céntrica de la ciudad y fue embestido por un vehículo de transporte colectivo que viajaba a excesiva velocidad en su misma dirección. La Cámara Nacional Civil Sala J había atribuido a la madre un 30% de responsabilidad por su culpa in vigilando al permitir que el niño circulara por la calle, y redujo los montos indemnizatorios. La Corte, por mayoría, acogió el recurso²⁹⁶, criticó la imputación abstracta de culpabilidad realizada a la madre, dejó sin efecto la sentencia, y remitió al tribunal de origen a fin de que proceda a dictar nuevo fallo.

293. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Daños sufridos y causados por niños, Rev. Derecho de Daño 2002 –II Menor dañino y menor dañado, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 30.

294. Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Daños sufridos y causados por niños, Rev. Derecho de Daño 2002 –II Menor dañino y menor dañado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 31

295. Con la disidencia del Dr. Boggiano, que desestimó la queja en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

296. La Cámara de Apelaciones de Azul dijo que la existencia de un cartel con la inscripción “prohibido arrojar basura” y la colocación de un contenedor a ese fin en sus inmediaciones no exime de responsabilidad a la municipalidad por la muerte de un menor en una cava, pues aun cuando la víctima haya violado aquella prohibición, ello no impide que se hubiese quebrantado el deber de seguridad. (Cámara Civil y Comercial de Azul, sala I 20.11.99 LL Buenos Aires 2000 – 460)

12. Daños sufridos por violación del deber de seguridad

Con más frecuencia de la deseable, los niños son víctimas de daños como consecuencia de infracciones a la obligación de seguridad.²⁹⁷

A modo de repaso, puede recordarse que “el obligado del llamado "deber de seguridad" u "obligación de seguridad", habiéndose asignado a la misma -en la gran mayoría de los casos- un carácter netamente objetivo, sólo puede eximirse de responsabilidad acreditando la causa ajena, esto es: el "casus" de los arts. 513 y 514 CC (caso fortuito y fuerza mayor), el hecho de un tercero por quien no se deba responder, o la culpa de la víctima. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria tiende a apreciar el caso fortuito y el hecho de un tercero con criterios muy restrictivos, que tornan casi inaplicables en la práctica a los mismos como defensa por parte del demandado, provocando que solamente éste pueda lograr la ruptura del nexo causal ante la acreditación de la culpa de la víctima. Los lugares de diversión se convierten, en algunas oportunidades, en hogares de muerte, o de lesiones. Los juegos de los llamados “parques” de atracciones o de diversiones no siempre están montados de modo de ofrecer plena seguridad a los infantes. Son numerosos los casos en que los jueces han condenado a los titulares de esos parques a pagar los daños – a veces graves – sin perjuicio de que pueda jugar como concausa la culpa del menor o la de los padres. Los lugares donde los adolescentes se reúnen a bailar no escapan tampoco a esta regla. A veces son los mismos jóvenes los que desencadenan los disturbios, pero aparece como concausa del daño producido la inexistencia de suficientes medidas de seguridad y la falta de instalación para la atención sanitaria urgente”.²⁹⁸

En el año 2010, la Corte Federal dictó sentencia en el caso “Bea Héctor y ot. c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios” B 1564 XLI RO. Los aspectos relevantes del caso pueden sintetizarse del siguiente modo:

297. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Daños sufridos y causados por niños, Rev. Derecho de Daño 2002 –II Menor dañino y menor dañado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 29. Ver también TSJ de España 13-3-96 Rev. General de Derecho año L II N 624, setiembre 1996 p. 10.014; Audiencia Provincial de Cadiz, 21-12-96 Rev. General de Derecho año L III N 634/635, julio – agosto 1997 p 10.206.

298. Conf. doctrina Fallos: 330: 563; 321:1124.

- Se resolvió un reclamo contra el Estado Nacional (Secretaría de Turismo) interpuesto por los padres de un menor fallecido en un lago artificial ubicado en el Complejo Turístico de Chapadmalal, en ocasión de realizar un viaje de fin de curso escolar de séptimo grado (el contingente estaba integrado por 28 alumnos y cuatro padres).

- La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal había rechazado la demanda con los siguientes fundamentos: (i) El lugar del fallecimiento pertenecía al dominio público de la provincia de Buenos Aires y el Estado nacional no tenía responsabilidad por la seguridad de los menores en sus movimientos dentro del predio, pues el accidente no se produjo en un inmueble, dependencia o construcción principal o accesoria de la unidad turística Chapadmalal respecto del cual el Estado Nacional debiera responder en su condición de propietario, (2) El Estado Nacional solo se había obligado a proveer alojamiento y comida, (3) La actividad fue organizada por los propios padres de los alumnos, (4) El hecho tuvo por causa inmediata la falta de prudencia de los niños, y por consiguiente, la diligencia en el juicio y vigilancia sobre las actividades que éstos realizaba reposaba en las personas que ejercían su guarda, autorizadas por los padres para proveerles seguridad y cuidado, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en los términos de los arts. 265, 275, 512, 902 y 912 del Código Civil.

- La Corte Federal revocó la sentencia. El voto del Dr. Lorenzetti reiteró la doctrina que la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquel responde directamente por la falta de una regular prestación. Aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación principal y directa al titular del servicio.²⁹⁹

Su fundamento surge del artículo 1112 del CC y no requiere recurrir al artículo 1113 del Código Civil. La actividad desarrollada por el niño estaba regulada por la legislación nacional y quedaba comprendida den-

299. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños. Las eximentes, T IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 9.

tro de los denominados turismo social y turismo escolar; esa regulación establecía “un listado de responsabilidades que quedaban a cargo de los coordinadores de los grupos, dentro de las cuales se encontraba el cuidado y control del grupo durante la noche, al igual que en las habitaciones, comedor y especialmente en las playas por el peligro de internarse en las aguas.”

- El voto cuestionó la omisión del Estado de adoptar las medidas de seguridad adecuadas para que no se produzcan daños. El Estado tenía la obligación de informar los riesgos existentes en el lugar para los niños (no había advertencias sobre la profundidad del lago ni los riesgos derivados de su uso). En el caso se configuró responsabilidad extracontractual en los términos del artículo 1112 CC, pues el Estado Nacional: a) incurrió en una falta de servicio, en tanto no cumplió con el deber de información acerca de los riesgos existentes en el lugar de los hechos ni con el deber de seguridad, b) se produjo un daño cierto en los actores a raíz del fallecimiento de su hijo, c) se configuró relación de causalidad adecuada entre la conducta estatal adecuada y el daño. Agregó que: “El deber de seguridad tiene fundamento constitucional (art. 42 CN) y es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderoso o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos” (considerando 17); “la colocación de un cartel de advertencia o la disposición de un guía, asistente o cuidador del lugar hubiera evitado el enorme daño causado con la pérdida de la vida de un menor de edad” (considerando 18).

13. Relación de causalidad y eximentes

La relación de causalidad es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. Refleja la conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el hecho dañoso; pretende resolver, si un determinado resultado perjudicial puede ser materialmente atribuido a una persona. Es decir que cumple la función de determinar la autoría del daño, y con ello, individualizar al sujeto que debe responder materialmente por haberlo provocado.

La relación de causalidad se fractura o interrumpe, cuando aparecen factores extraños que la suprimen, y es aquí donde entran a jugar las eximentes de responsabilidad.

Interrogar acerca de cómo es posible “eximirse del deber de indemnizar”, o liberarse de la responsabilidad, equivale a indagar cómo escapar de una autoría aparente, de una antijuridicidad que parece desprenderse de los hechos, de una imputabilidad que las circunstancias muestran.³⁰⁰

14. La operatividad de la causa ajena frente al nexo causal

El segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil argentino dice: “En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero *si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (...)*”

Esto demuestra que la relación causal que debe existir entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, puede verse alcanzada por la presencia de factores extraños con idoneidad suficiente para suprimir o aminorar sus efectos. En el primer caso se configura *la interrupción* del nexo causal, en el segundo, *una concausa*.³⁰¹ De este modo, hay un desplazamiento de la causa del menoscabo hacia otro centro de imputación material, exclusivo o concurrente: el hecho de la propia víctima o el de un tercero por el cual no se debe responder.

Tanto la culpa de la víctima, como la del tercero extraño, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Cuando ellas se configuran, no se puede mantener la presunción de responsabilidad por cuanto el daño no ha sido causado por el

300. PIZARRO, Ramón, en su comentario al artículo 1113 Cód. Civil en BUERES, Alberto, Highton, Elena, Código Civil, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 561. Ver también MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños. Las eximentes, T IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 11.

301. SCMZa, autos N° 81.457, “Mosca, Gustavo y ot. en j° 143.529/28.502 Mosca G. c/ Durelli Verdini, Emilio E. y ots. p/ Ds. y Ps. s/ Inc”. 11.10.2005, LS 357-215 La Ley Gran Cuyo 2006 p 197, con nota de ALFERILLO, Pascual, El hecho del menor como eximente de responsabilidad.

riesgo o vicio de la cosa, sino por una causa ajena. La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia total o parcial, de responsabilidad.³⁰²

Estas eximentes, así como el caso fortuito, se erigen en las circunstancias que pueden ser válidamente invocadas por el presunto autor del daño para enervar una responsabilidad que deviene de la ley y ante la cual no puede alegar su actuar diligente o su eventual falta de culpa.³⁰³

La carga de la prueba de la inadecuación de la causa, pesa sobre el presunto responsable, quien debe probar su ajenidad y de este modo dejar sin apoyo la presunción legal que estableció el legislador sobre la base de una simple apariencia o experiencia de lo que sucede normalmente.³⁰⁴

Si el daño ha sido sufrido por el hijo que se encuentra bajo la órbita de la responsabilidad parental, el examen de la causa ajena como factor que interfiere en la relación causal presenta aspectos particulares, algunos de los cuales fueron abordados por la jurisprudencia de la Corte Federal.

15. Los padres como terceros por los cuales no se debe responder

Como se ha anticipado, en ocasiones el elemento que afecta el nexo causal surge de la propia conducta o actitud de los progenitores del niño que ha sido víctima del daño, por la omisión del cumplimiento de los deberes derivados de la *responsabilidad parental*.

Se ha discutido si la conducta de los padres opera como responsabilidad refleja o como desplazamiento de la autoría del daño, o si debe entenderse

302. PITA, Enrique, El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad, Rev. Derecho de Daños 2009 II La Culpa - 2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 249.

303. PARELLADA, Carlos, Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad, JA 2012 I p 387.

304. Compulsar SCMza. Expediente: 81457 - Mosca Gustavo Y Otro En J 143.529/28.502, Durelli Verdini Emilio Y Otrs.- Ds Y Perj.- Inconstitucionalidad, 11-10-2005. La Ley Gran Cuyo, 2006, p. 197 con nota de ALFERILLO, Pascual, El hecho del menor como eximente de responsabilidad. Es la posición del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones confirmado por la Suprema Corte.

que los padres son terceros culpables por quienes el sindicado como responsable no debe responder. La jurisprudencia mendocina se alineó en esta última posición; sostuvo que: “Existe culpa de los padres, cuando la víctima es un menor inimputable, no como responsabilidad refleja o como desplazamiento de la autoría del daño, sino considerándolos como *terceros culpables* por quien el primigeniamente responsable no debe responder.”³⁰⁵

La Corte Federal estableció que la culpa de los padres debe valorarse en concreto y debe tener relación con las circunstancias del caso.

En la causa Malvino (1996), el Máximo Tribunal de la Nación rechazó el dogmatismo en la imputación de culpa a los progenitores y dejó en claro que el reproche de culpabilidad no puede formularse en abstracto ni estar desprovisto de toda relación con las circunstancias del caso. Rechazó la afirmación de la Cámara de Apelaciones que invocó la culpa de la madre al permitir que el niño circulara por la calle en lugar de la vereda; sostuvo que se trataba de una afirmación dogmática totalmente desvinculada de la real incidencia causal de la conducta del niño en la producción del accidente; el solo hecho de que el menor circulara por la calzada no configuró la concausa adecuada del resultado dañoso, y no justificó la imputación formulada a su representante legal. Agregó que no se invocó ni demostró que el hijo hubiera incurrido en ninguna irregularidad ni tampoco negligencia o infracción a las normas de tránsito. “Por el contrario, la alzada tuvo por acreditado que fue atropellado por un vehículo de transporte colectivo que circulaba a excesiva velocidad en la misma dirección que el menor, circunstancia demostrativa de que –en función de las condiciones de tiempo y lugar– dicha colisión habría tenido lugar con independencia de la edad de la víctima”.

La jurisprudencia posterior registra esta doctrina y rechaza la imputación abstracta de la culpa de los padres. Así un fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Martín resolvió que es necesaria la prueba de que la torpeza potencial de un anciano conduciendo un triciclo en el que la menor era transportada, cobró actualidad en el caso concreto, erigiéndose en concausa

305. CCiv y Com de San Martín, Sala II 22.06.1999, LLBA, 2000 539, con nota de Martín Alejandro CRISTELLO, Acerca de la culpa de los padres y la relación de causalidad. Ver también de la misma Cámara, 28.03.1996, LLBA 1996 751; CNCiv Sala C 14.12.1993 LL 1994 C 169.

de los daños sufridos por la niña para poder trasladar a los padres esa responsabilidad. “De lo contrario, ésta se les atribuiría en abstracto, al faltar el nexo entre lo actuado por el anciano y la responsabilidad atribuida.”³⁰⁶ En otro caso, la Cámara Nacional Civil sala J (2011) morigeró la responsabilidad del conductor de un vehículo que atropelló a una niña de cinco años (le otorgó el 30% de responsabilidad en el evento dañoso), en razón de que los padres, *terceros por los cuales no debe responder*, habían obrado con falta de atención y previsión³⁰⁷. También lo hace la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la causa Rodríguez (2002) conforme se explica más adelante.³⁰⁸

En el caso *Bea* (2010) antes descripto, el fallo revocado por la Corte Suprema de la Nación se sostenía en la “culpa” de los guardadores del niño fallecido en las aguas del lago del complejo de Chapalmalal, quienes “debieron advertir los riesgos que implicaba la inmersión de niños de doce años en un espacio acuático que no se hallaba autorizado para esa actividad”. El Máximo Tribunal rechazó el argumento pues los hechos demostraban lo contrario: el día del siniestro, “los niños fueron llevados al lago, pues los encargados del grupo habían advertido que el mar estaba picado” (...) “esta medida adoptada para la seguridad de los niños hace poco probable que los padres que los acompañaban evaluaran también los peligros que escondía un lago, que seguramente creyeron “inofensivo” por estar en el ámbito de una zona hotelera, y cuya profundidad no estaba indicada en ningún aviso de advertencia”. La responsabilidad de los padres cuidadores “hubiera sido diferente si la administración les hubiera indicado de alguna manera los

peligros que entrañaba el lago, contrariamente a ello la zona era de muy fácil acceso desde donde se alojaban los menores, no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia, no se hallaba cercado y los carteles se colocaron horas después del accidente”. Por eso en el fallo se responsabiliza al Estado por omitir la adopción de toda medida concreta de seguridad, como por ejemplo, la disposición de un guía, asistente o cuidador.

306. CCiv y Com de San Martín, Sala II 22.06.1999, LLBA, 2000 539, con nota de Martín Alejandro CHRISTELLO, Acerca de la culpa de los padres y la relación de causalidad. Ver también de la misma Cámara, 28.03.1996, LLBA 1996 751; CNCiv Sala C 14.12.1993 LL 1994 C 169.

307. CNCiv Sala J 23.06.2011, AR/JUR/33692/2011, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros Año XIII N 10/10/ 2011, p.173.

308. SCMZA, autos 71.709, “Rodríguez, Héctor Hugo y ot en j 97776 Rodríguez Héctor Hugo y ot c/ Gustavo José Valencia y ots. p/ D y P,” 29/04/2002, LS. 307 -204 www.jus.mendoza.gov.ar

En el caso *Dupuy, Daniel Oscar y otros c/ Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/ daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux* (2011), también se observa la valoración concreta de la (no) culpa de la progenitora de una niña recién nacida que quedó ciega por un tratamiento de crioterapia sin controles oftalmológicos. La Corte Federal rechazó la imputación de negligencia a la madre por la falta de control del embarazo o la eventual prematurez de su hija para liberar de responsabilidad a los médicos demandados. Estimó que esa conducta no tenía entidad para cortar el nexo causal: “al margen de los reparos que pudiera merecer la conducta de la progenitora con anterioridad al parto –controles esporádicos del embarazo y falta de tratamiento de una infección urinaria – no puede constituir argumento suficiente para atenuar la responsabilidad de los médicos demandados”.

En otros casos, la valoración concreta de la culpa de los padres ha incidido definitivamente para romper el nexo causal y rechazar la demanda. La Cámara Nacional Civil sala G dijo que la negligencia de los progenitores que no cuidaron debidamente a sus hijas en un supermercado, fue suficiente para aniquilar la relación causal y rechazar la demanda, “ya que se encuentra reconocida la circunstancia de que las dos mellizas hijas de los reclamantes, de apenas dos años de edad, con todas las limitaciones que ello implica, dada su edad y condición circulaban alegre y despreocupadamente por el supermercado sin la vigilancia de sus padres. El accidente que sufrieron no parece haberse originado en un incumplimiento del deber de seguridad por parte del supermercado, sino en la desaprensiva actitud de los progenitores, que no las controlaron debidamente, evitando que se desprendieran de la mano de alguno de ellos o de ambos”.³⁰⁹

16. El hecho de la víctima

Normalmente el “hecho de la víctima” es una condición del perjuicio, ya que sin su presencia, el daño no habría tenido lugar. En ocasiones, la participación de la persona que sufre un daño puede convertirse en *causa adecuada* o *concausa del perjuicio*, y entonces la incidencia de su conducta adquiere trascendencia para la reparación,³¹⁰ pues el presunto agente o causante del

309. CNCiv sala G, “L.H. y otro c/ COTO C.I.C.S.A. y otro | daños y perjuicios,” 13/06/2006, MJ-JU-M-19541-AR | MJJ19541.

310. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en Código Civil y leyes complementarias, T V, artículo 1111, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 389.

daño podrá eximirse de responsabilidad aportando la prueba de que el origen verdadero del perjuicio se encuentra en el comportamiento de la misma persona que lo sufre.

El artículo 1077 del Código Civil contiene la regla general que impone la obligación de resarcir el daño: “Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona.” A su vez, el art. 1111 CC establece: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”. Es una vieja regla romana *qui ex culpa sua damnum sentit nom intelligitur damnum, sentiré* (quien sufre un daño por su culpa no se puede considerar afligido por ese daño).³¹¹

Si bien el artículo 1113 del Código Civil habla de “culpa de la víctima”³¹², resulta un error invocar la “culpa consigo mismo”. La falta a la que alude el artículo 1111 C.C. no es sinónimo de culpa: “no se puede hablar de culpa porque los deberes jurídicos existen únicamente frente a otras personas, y no frente a sí mismas;” se trata del obrar del agente juzgado en sí mismo y con relación a la integridad de su persona y de sus bienes, con prescindencia de la posesión de discernimiento, de la negligencia o de la intención de dañarse a sí mismo.³¹³ La culpa, en cambio, es una infracción a un deber jurídico respecto de un tercero, que se corresponde con el deber de no dañar a otro. Por eso no puede hablarse de culpa cuando el perjudicado contribuya a la causación de su propio daño, en tanto estamos ante una carga que tiene el sujeto en interés propio. Desde este ámbito, tanto el hecho de la víctima culpable como el *no culpable* pueden ser causa adecuada - exclusiva o concurrente - del daño.³¹⁴

311. BUERES y MAYO, Menores dañantes y menores dañados, Rev. Derecho de Daños, 2002 2 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 78.

312. La Cuestión de la llamada “culpa de la víctima” ha desatado un amplio debate. (Ver por ejemplo la evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Daños sufridos y causados por niños, Rev. Derecho de Daño 2002 –II Menor dañino y menor dañado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 32.)

313. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, T IV, Las eximentes, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 74.

314. PITA, Enrique, El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad, Rev. Derecho de Daños 2009 II La Culpa – 2 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 254.

Lo que en realidad sucede es que hay *un hecho de la víctima* que determina la *autorresponsabilidad* del dañado, quien debe soportar el perjuicio sufrido, total o parcialmente. En otras palabras, hay una mera falta de diligencia abstracta, un simple defecto de conducta que no perjudica a otro, sino que afecta a la propia víctima del daño. Hablar de culpa supone alteridad: la existencia de un victimario y de una víctima, y aquí no los hay.³¹⁵

En consecuencia, más allá del tenor literal del artículo 1113 Código Civil y del artículo 184 Código de Comercio que aluden a la "culpa" del dañado como eximente, corresponde hablar de "hecho de la víctima." Lo importante en este supuesto es meritar la concurrencia de causas y no de culpas y ponderar las autorías materiales que repercuten sobre el nexos causal.³¹⁶ Correctamente, el problema se ubica en el plano causal, en la autoría, y no en el de la culpabilidad³¹⁷.

Los requisitos para que el *hecho de la víctima* se configure y opere como eximente son: (i) incidencia causal adecuada en la producción del resultado, sea como causa exclusiva del daño, sea como concausa del mismo, en concurrencia con otros hechos relevantes, (ii) no imputable subjetiva u objetivamente al demandado -la culpa debe ser autónoma y no derivada de la conducta del otro,³¹⁸ (iii) que el hecho haya sido causa de la producción del daño. Como se ha visto, la exoneración del presunto autor no debe buscarse en la culpa del dañado, sino en la relación causal, si se demuestra que el obrar del agente no es la causa del daño, porque esa causa preexistía, independientemente de la conducta del propio perjudicado no se da, con relación al demandado, un supuesto de responsabilidad civil.³¹⁹

315. BUERES y MAYO, Menores dañantes y menores dañados, Rev. Derecho de Daños 2002 2 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 78.

316. PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., Obligaciones, T. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 113 y ss., ap. 2.2; LOPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 226 y ss. Ver también CNCiv Sala A, 14.11.2012, "J. W. R. v. D., J. C. y O", ABELEDO PÉROT N°: AP/JUR/4252/ APJD 13/03/2013 (voto del Dr. Picasso)

317. Conf. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, T IV, Las eximentes, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 72.

318. ORGAZ, Alfredo, La culpa (Actos ilícitos), Marcos Lerner, Córdoba, 1992, p. 226. KEMELMAJER, Aída, en Código Civil y leyes complementarias, T V, comentario al artículo 1111 CC, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 392.

319. CNCiv Sala A, 14.11.2012, "J. W. R. v. D., J. C. y O", ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/4252/ APJD 13/03/2013.

17. El daño sufrido por las personas menores de edad y los problemas de la eximente

Cuando la víctima es menor de edad, la consideración de la eximente del “hecho” de la víctima exige realizar precisiones.

A continuación se analizan sintéticamente dos cuestiones: (a) el problema de la eximente del “hecho de la víctima” cuando los daños han sido sufridos por niños menores de diez años (sin discernimiento para los actos ilícitos), y (b) el supuesto de asunción de riesgo, caso que fue tratado por la Corte Federal en relación con los daños sufridos por un joven que practicaba rugby.

18. Daños sufridos por niños menores de 10 años

El menor impúber, incapaz de hecho absoluto, sin discernimiento para los actos ilícitos, por aplicación del artículo 921 del Código Civil, es un niño que carece de capacidad para distinguir entre lo bueno y lo malo y, por ende, apreciar lo que es o no prudente para su integridad física.³²⁰

Una de las cuestiones más complejas del derecho de daños gira en torno a dilucidar qué requisitos deben darse para que opere la eximente de responsabilidad del agente causante del daño en estos casos.

El tema ha generado una amplia disputa doctrinaria³²¹ y jurisprudencial que fue cuidadosamente abordada por sendos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, cuya relectura resulta de utilidad, pues sintetizan las diferentes posiciones existentes, no solo en el derecho nacional, sino también comparado.³²²

320. CNCiv Sala A, 14.11.2012, “J., W. R. v. D., J. C. y O”, ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/4252/ APJD 13/03/2013.

321. A mayor abundamiento compulsar GALDOS, J. Riesgo creado y culpa de la víctima -menor inimputable y falta de vigilancia de los padres-, LLBA, 1.996-1044; PIZARRO, Daniel, Causalidad adecuada y factores extraños. Derecho de Daños, Buenos Aires, La Roca, 1989, p. 259 y ss.

322. Conf. SCMza., autos N° 69271 – “Álvarez, Pedro y ot. En J: 791/33.114 Álvarez P y otros c. Municipalidad de Godoy Cruz y ot. p/ Daños y Perjuicios en J 470 Infra Construcciones SRL p/ Conc. Prev. s/ D y P s./Inc. Cas.” 21/03/2001, LS300-222. Del mismo tribunal, “Rodríguez, Héctor H. y otra en j 97.776 ‘Rodríguez, Héctor H. y otra v. Gustavo J. Valencia y otros p/ sumario - daños y perjuicios. s/ inc.’”, 29/04/2002; LS 307 224. Los fallos se pueden compulsar en www.jus.mendoza.gov.ar

- (i) Para una posición, la conducta del menor de diez años es intrascendente, pues en tanto inimputable -art. 921 CCiv.-, de él no pueden predicarse conductas culposas y por ello no opera como eximente, en tanto el artículo 1113 CC enuncia como causal liberatoria *la culpa*, no *el hecho* de la víctima³²³. Esta norma habla de culpa de la víctima, mientras que el art. 1111 refiere a *la falta* de quien sufre el daño. Se preocupa especialmente por el interés de la víctima tenido en miras en la responsabilidad objetiva, razón por la cual el legislador solo habría considerado relevante la conducta *culpable* de la víctima para provocar la ruptura del nexo causal y desplazar hacia ella el presupuesto de la autoría.
- (ii) Para otros, la conducta del niño menor de 10 años es consecuencia de la imprudencia de sus padres o guardadores. Es decir que debe serle imputada a su representante,³²⁴ sea en forma directa por el hecho del menor; sea por atribución de responsabilidad propia de los padres -omissiva del deber de vigilancia o comisiva por permitirles una determinada actividad³²⁵. En estos casos, el daño reconoce como causa o concausa el hecho culposo del progenitor.
- (iii) En otra línea se sostiene que el dueño o guardián de la cosa riesgosa solo se libera si la conducta del menor presenta los rasgos de imprevisibilidad e inevitabilidad, en cuyo caso, la causal de liberación no sería la culpa de la víctima, sino el caso fortuito. Es la tesis de Orgaz, quien sostiene que “si la víctima es un inimputable (menor de diez años, insano, ebrio, etc.) y su hecho objetivamente imprudente, la única causa del daño, en principio subsiste la responsabilidad del lesionante, tanto si ella se funda en una presunción de culpa como si se deriva del riesgo (...) Pero ello no significa necesariamente que el demandado tenga que responder en todo

323. Ampliar en GHERSI, Carlos, Accidentes de tránsito: el automovilista y los derechos de los menores, JA, 1999-I-217. Los fallos de la Suprema Corte mendocina enseñan que esta es la tesis defendida en el Derecho Civil Francés por M. Jacques, según referencias de Chabás, F., La responsabilidad del menor frente a terceros y frente a sí mismo, en El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, T. I, Rubinzal-Culzoni, 1.999, p. 252.

324. CNCiv., Sala A, "Vega v. Messina", L. L. 1.994-C-473; CCCom. Posadas, sala II, LL Litoral 1997-979, CNCiv sala G, "L.H. y otro c/ COTO C.I.C.S.A. y otro | daños y perjuicios" 13-jun-2006, MJ-JU-M-19541-AR | MJJ19541.

325. Cámara de Apelaciones de Córdoba 8va., 26/11/2009 –“J. K. R. y otro v. Juan Minetti S.A y otro” ABELEDO PERROT N°: 70059989.

supuesto, pues, si el hecho del inimputable fue imprevisible e inevitable, se trataría de un caso fortuito, también excluyente de responsabilidad (art. 514 CC).³²⁶

Esta fue la posición de la Cámara Nacional Civil sala M en el caso de un accidente de tránsito: “en supuestos como el de autos, debe probarse que ese accionar resultó imprevisible e inevitable para el conductor demandado erigiéndose para él en un caso fortuito, pues sólo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento (art. 1113, párr. 2 in fine, CCiv.) (esta sala, en autos "Guerra, Raúl A. y otro v. Costilla, Francisco E. y otro", del 13/11/2007: DJ 14/05/2008, 114, DJ 2008-II , 114, Cita online: AR/JUR/10169/2007).³²⁷

- (iv) Una cuarta posición entiende que cuando la víctima es inimputable, para que el hecho permita la disminución o eliminación de la responsabilidad, debe analizarse también la culpa del autor del daño.³²⁸
- (v) En la doctrina francesa se ha sostenido que puede atribuirse culpa a los niños y a los dementes, pues la culpa debe apreciarse in abstracto.³²⁹
- (vi) Por último, la postura que valora la incidencia causal del hecho del niño en la producción del daño:

326. ORGAZ, Alfredo, *La culpa (Actos ilícitos)* Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992, p. 227. Explica: “si el menor, el insano, etc., se lanzó a la calle sorpresivamente al paso del vehículo, sin dar tiempo al conductor para evitar el accidente, no habría responsabilidad en caso de muerte o lesión del incapaz”. Ver también LLAMBIAS, *La culpa de la víctima como causa eximente de responsabilidad civil* JA Doctrina 1974-6, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge., “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 307; BREBBIA, R., *El hecho de la víctima como factor exoneratorio de responsabilidad en los accidentes de tránsito*, en LL, 1.985-D-1120, PIZARRO, Daniel, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*; Buenos Aires, Universidad p 1983 p. 469, (este autor cambió de posición luego, sosteniendo que en tal supuesto, es el casus y no el hecho de la víctima la eximente aplicable, *Causalidad adecuada y factores extraños en Derecho de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 263).

327. CNCiv. sala M 14/12/2012, R., M. R. v. A., J. G. y O., ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/4579/2012.

328. Conf. CONDE, H SUAREZ R, *Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito*, Hammurabi, Buenos Aires, t I p 230 y ss.

329. MAZEAUD –TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Trad. De Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. Ejea 1961 T 2 II 1468 1526 1527. (Conf. jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza que se viene glosando).

En esta línea no se exige imputabilidad del menor para que opere la reducción o eliminación de la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa; es suficiente que el hecho del inimputable o de sus representantes, haya sido causa o concausa de la producción del daño, para que el perjuicio no sea atribuido al demandado. Por tal ausencia de causalidad -sea total, sea parcial- la pretensión indemnizatoria debe rechazarse -total o parcialmente.³³⁰

De este modo, la distribución del daño se sujeta al grado de causalidad del hecho de cada agente en el evento dañoso.³³¹ El acierto de esta tesis resulta de la disciplina legal vigente (conf. arg. art. 1113 CCiv): la responsabilidad por riesgo de la cosa es una responsabilidad causal, con el diseño de un sistema de eximentes limitados, de interpretación finalista y con plena abstracción de la idea de culpabilidad en orden a la imputación del deber de responder.³³² En consecuencia, el centro de la cuestión es emplazado en el lugar que corresponde: la relación de causalidad, por lo que no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales.³³³

330. Ver entre otros, MAYO, J. A. Las eximentes en relación con los presupuestos, eximente y autoría, eximente y antijuricidad, eximente y relación de causalidad. La no culpa como eximente. *Rev. Derecho de Daños* 2006, I, Rubinzal Culzoni, 2006, P. 127; CNCiv sala H 26.08.2012 DJ año XXVII Número 8 23/02/2011, p. 8 con nota de ROBINSON RODRÍGUEZ "El deber de vigilancia de los padres. Responsabilidad concurrente. Culpa in vigilando", AR/JUR/51637/2010.

A. 331. MOSSET ITURRASPE, J. Responsabilidad por daños, T III, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 63; TRIGO REPRESAS, F., Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima, LL 1993 B, 306; GALDOS, J. Riesgo creado y culpa de la víctima -menor inimputable y falta de vigilancia de los padres-, LLBA, 1.996, 1044; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Código Civil y leyes complementarias, T. V, Astrea, Buenos Aires, p. 392; BUERES, A. - MAYO, J. Menores dañantes y menores dañados. *Revista de Derecho de Daños*, 2002 - 2, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 80; PIZARRO, Daniel, Causalidad adecuada y factores extraños. *Derecho de daños*. Buenos Aires, La Rocca, 1989 p. 259 y ss; SAGARNA, Fernando, La culpa de la víctima peatón como factor eximente de la responsabilidad civil por riesgo creado, LL 1994 E 376; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, Responsabilidad civil y relación de causalidad, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 170. En el Derecho Comparado, es la tesis sostenida por un sector de la jurisprudencia española (Trib. Supremo 01/02/1989, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil N 19, 1989, p 149 N 499, con nota de Díaz Alabart, Silvia, Concurrencia de Culpas, víctima menor de edad cocausante del daño; Audiencia Provincial de Teruel, 25/3/1996, *Rev. General del Derecho* t. 628 - 629, p. 1226; es también la de la ley española sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aunque ha sido criticada por la doctrina, por tratarse de daños producidos en accidentes de tránsito). Ver asimismo SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 102; LACRUZ BERDEJO, J. *Elementos de Derecho Civil*, T. II, V. II, Dykinson, Madrid, 2.006, p. 500, la doctrina francesa y clásica (PLANIOL, M. *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, LGDJ, Paris, 1915, P 294; RIPERT, G. - BOULANGER, J. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, T. V, La Ley, Buenos Aires, 1956 P 106).

332. Cámara de Apelaciones de Córdoba 8va., 26/11/2009 -"J., K. R. y otro v. Juan Minetti S.A y otro" , ABELEDO PERROT N°: 70059989

333. Conf. SCMza. N° 69271 - Álvarez, Pedro y ot. En J: 791/33.114 Álvarez P y otros c. Municipalidad de Godoy Cruz y ot. p/ Daños y Perjuicios en J 470 Infra Construcciones SRL

Sostiene que el argumento de la mayor protección a la víctima esgrimido por otras posiciones no debe ser llevado al extremo, debiendo ponderarse en su justa medida. El ordenamiento protege los intereses de los damnificados y establece responsables en forma concurrente, admite un sistema de eximentes limitados y hace abstracción de la idea de culpabilidad a la hora de efectuar la imputación; pero no puede descargar las consecuencias de un hecho dañoso en quien no fue su autor. Cuando no hay causalidad, no se debe mantener la presunción de responsabilidad: el daño no fue causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la conducta (culpable o no) de la víctima³³⁴. Por eso, "será suficiente (...) que el hecho de la víctima inimputable haya sido concausa en la producción del daño, pues entonces el perjuicio no se le podría adjudicar íntegramente al demandado."³³⁵ En jurisprudencia se dijo: "Tratándose de menores —en el caso un niño de nueve años— no es posible aludir a la culpa de la víctima, sino a la incidencia de su conducta como factor exonerativo de la responsabilidad civil (C. Nac. Civ., sala F, "Morales, Carlos A. y otros v. Horrach, Carlos A.", del 26/3/2004, cita LL Online AR/JUR/474/2004)."³³⁶

Esta última tesis fundamentó la decisión de la Suprema Corte de Mendoza en los pronunciamientos que se han venido glosando:

- (a) en Álvarez (2001) entendió que cuando la víctima del hecho dañoso es un menor inimputable de 6 años de edad que contribuyó con su accionar a la producción del evento, el análisis, en función del carácter resarcitorio de nuestro sistema de responsabilidad civil, debe centrarse en la relación de causalidad, razón por la que no corresponde analizar la

p/ Conc. Prev. s/ D y P s./Inc. Cas."del 21/03/2001, LS300-222. Del mismo tribunal, Rodríguez, Héctor H. y otra en j 97.776 'Rodríguez, Héctor H. y otra v. Gustavo J. Valencia y otros p/ sumario - daños y perjuicios. s/ inc.", 29.04.2002; LS 307 224

334. Ampliar en SCMza, Autos N 69271 - Álvarez, Pedro y ot. En J: 791/33.114 Álvarez P y otros c. Municipalidad de Godoy Cruz y ot. p/ Daños y Perjuicios en J 470 Infra Construcciones SRL p/ Conc. Prev. s/ D y P s./Inc. Cas." del 21/03/2001, LS300-222 y Rodríguez, Héctor H. y otra en j 97.776 'Rodríguez, Héctor H. y otra v. Gustavo J. Valencia y otros p/ sumario - daños y perjuicios. s/ inc.", 29.04.2002; LS 307 224.

335. TOBIAS, José W., "Accidentes de tránsito y peatones inimputables", LL 1994-C-470. Ver también CCCom Azul, 26.06.01, Rev. Derecho de Daños. 2002 II Rubinzal Culzoni, p. 338.

336. CNCiv. sala M 14/12/2012, "R., M. R. v. A., J. G. y O", ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/4579/2012.

culpabilidad o no de la víctima, sino su accionar en el resultado dañoso (en el supuesto, la Corte le asignó el 20% de incidencia causal).³³⁷

- (b) en Rodríguez (2002), resolvió que correspondía atribuir el 70% de responsabilidad al conductor del camión que atropelló a un niño de cuatro años en bicicleta, pues el modo de circulación del vehículo mayor (marcha atrás) fue el principal elemento desencadenante, es decir, la causa más adecuada. Ello no obstante que el niño haya cruzado por detrás del vehículo.³³⁸ En su fallo, la Corte cuestionó que el tribunal de grado no se limitara a adherir a una de las posiciones de doctrina en relación a la incidencia del hecho del menor inimputable (explicitadas más arriba) y que en cambio agregara un “plus” que implicó la violación del derecho de defensa de los actores, al imputarle hechos concretos – si no lo hacía incurría en arbitrariedad señalada por la causa Malvino de la Corte Suprema (1996) – pero constitutivos de circunstancias que las partes nunca le sometieron a decisión (como entregarle a un niño de cuatro años una bicicleta en la que era difícil accionar los frenos). Con razón dijo que, *aunque más no sea por razones de piedad frente a padres* que han pasado por una experiencia tan traumática, el tribunal de grado hubiera podido elegir la doctrina de la incidencia causal de la conducta de la víctima, que era en definitiva, la invocada por los demandados.

En el año 2012, la Cámara Nacional Civil sala A resolvió que: “Si bien la víctima era un menor impúber y, como tal, incapaz de hecho absoluto, sin discernimiento para los actos ilícitos (arts. 54, inc. 2, 127 y 921, CCiv.), ello en nada enerva la posibilidad de valorar la influencia causal de su accionar en la producción del daño. En efecto, la causalidad, como elemento de la responsabilidad civil, nada tiene que ver con la indagación de la subjetividad del agente, sino que importa la determinación de relaciones puramente materiales entre un hecho y un resultado, desde el prisma de lo que resultaba previsible de acuerdo con la experiencia de vida.” (...)

337. SCMza. Sala 1, 21/03/2001, Expte.: 69271 – Álvarez Pedro y ot. En J Álvarez Municipalidad de Godoy Cruz, Ingra Construcciones s/ Daños y Perjuicios, Inconstitucionalidad; LS 300-222.

338. Conf. SCMza. Sala 1, 29/04/2002 Rodríguez, Héctor H. y otra en j 97.776 ‘Rodríguez, Héctor H. y otra v. Gustavo J. Valencia y otros p/ sumario - daños y perjuicios. s/ inc.’; LS 307 224.

El voto del Dr. Picasso, reforzando la importancia de las ideas antes expuestas dijo: “Si se habla de hecho de la víctima, no debe recurrirse a la ficción de la culpa in vigilando de los padres por el cuidado que deben ejercer sobre sus hijos como consecuencia de la patria potestad. Por el contrario, la eximición de responsabilidad de los emplazados obedece a la proporción de incidencia causal de la conducta del niño en el evento dañoso y no a la culpa de los progenitores (esta sala, 8/8/2012, "Pillado, Mirta N. v. Vera, J. Artemio y otros s/daños y perjuicios", L. n. 591.463; íd., esta cámara, sala M, 24/5/1995, "Pocoví, C. A. v. Mattiuzzi, Ricardo L.", JA 1999-I-212)”. Por eso “es innecesario recurrir a la culpa de los padres en el presente caso, pues lo que hay que evaluar es la incidencia que tuvo la conducta del menor en la producción del hecho y es eso lo que libera parcialmente de responsabilidad a los demandados.”³³⁹

Mientras un sector niega la influencia de otros factores más que la incidencia causal pura de la conducta material del niño, para otros “la fuerza de la realidad demuestra que la calificación de los hechos siempre se hace con ojos humanos” y en ese entendimiento, incorporan otros elementos de valoración. Algunos exigen una suerte de “culpa objetiva del menor”, para escapar a los cuestionamientos relacionados con la falta de imputabilidad, y por eso valoran la conducta del niño desde la óptica de la culpa pero con la finalidad implícita de endilgarles el reproche a los padres. Si la víctima hubiera sido mayor de edad, con toda probabilidad se le hubiera atribuido obrar imprudente en los términos del art. 1111 CC, para fracturar el nexo causal. Otros estiman que para que el hecho del menor se transforme en eximente, se exige que sea objetivamente antijurídico. Su evaluador debe observar los hechos en su exterioridad, sin ingresar al examen subjetivo; la correspondencia o no con la norma es un parámetro muy valioso para categorizar la conducta del inimputable como eximente. También están los que exigen que la conducta del niño reúna los requisitos de caso o hecho fortuito. Para Bueres y Mayo, es suficiente el *hecho fortuito* de la víctima, sin que interese calificarlo de desaprensivo o antijurídico.³⁴⁰ La experiencia judicial demues-

339. CNCiv. Sala A, 14.11.2012, “J., W. R. v. D., J. C. y O”, ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/4252/ APJD 13/03/2013; JA 2013 II p 307 con nota de RODRIGUEZ OCAMPO, Mariel, “Responsabilidad de los padres”

340. BUERES y MAYO, Menores dañantes y menores dañados, Rev. Derecho de Daños 2002-2 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 80.

tra que en muchos casos, se juzga aplicando más de una de estas pautas valorativas.³⁴¹

19. La asunción del riesgo

El tema de la aceptación de riesgos y su influencia sobre la responsabilidad civil, suele presentar poca claridad. “A veces se utiliza el término en sentido impropio, para aludir a casos que no se relacionan con el problema; otras veces, su naturaleza jurídica está controvertida al sostener, algunos, que se trata de cláusulas de exclusión de responsabilidad, en otros casos, porque las soluciones dependen enteramente de las circunstancias, lo que dificulta mucho la enunciación de reglas generales”.³⁴²

Conforme lo expuesto al analizar el impacto de la doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia, en el año 2012, la Corte Federal resolvió un caso en el cual se analizó someramente el problema de la asunción del riesgo por parte de un menor (“B. S, J. G c/ Unión Cordobesa de Rugby y ots. s/ Daños y perjuicios”)

- El Máximo tribunal revocó el pronunciamiento que rechazó la responsabilidad de los organizadores de un torneo de Rugby en el que un menor de diecisiete años quedó cuadripléjico, invocando la supuesta asunción de riesgo propio de esa práctica, pues el actor aceptó voluntariamente jugar en un puesto para el que no estaba preparado.

- El fallo cuestionado sostuvo que “no encontrándose controvertido que se trataba de un deporte riesgoso para la integridad física de los participantes, por implicar contacto físico permanente, la conducta del agente no podía ser apreciada desde el mismo parámetro con el que se medía la actividad en otro ámbito en el que los riesgos no existían”. Por eso, el consentimiento del joven, si era capaz y libre, obstruía cualquier posterior reclamo, salvo que el daño fuese doloso o se causase violando las reglas del juego. Entendió que no existió responsabilidad del árbitro porque no se había probado que al comienzo del juego el joven presentase alguna

341. ALFERILLO, Pascual, El hecho del menor como eximente de responsabilidad, La Ley Gran Cuyo 2006, p. 197.

342. ORGAZ, Alfredo, La culpa (actos ilícitos), Lerner Editora Córdoba, 1992, p. 241.

notoria deficiencia física que lo inhabilitara para la práctica del deporte.

- La Corte Federal revocó la sentencia. Sostuvo que el fallo ignoró que el actor era menor, dato que debía evaluarse porque por tal condición, debía recibir una adecuada protección de los adultos encargados de su cuidado. No se trata de un “adulto que decide voluntariamente asumir el riesgo de jugar en una posición para la que no se encontraba debidamente entrenado a sabiendas de los riesgos que eso implicaba”. En estos casos, quien acepta los riesgos inherentes a la práctica deportiva no es el menor, sino sus padres, pero los riesgos aceptados por estos se limitan a los que conocían o debían conocer conforme lo previsto por el reglamento de actividad deportiva. Solo siendo conscientes de las probabilidades del daño y su entidad, podría hablarse de verdadera asunción del riesgo, lo que no sucedió en el caso resuelto porque el referí no aplicó el reglamento que preveía la realización de “scrum” simulados. “No es posible sostener que los padres asumieran el riesgo de que no se aplicara la previsión reglamentaria para la protección de los menores que no se encontraban debidamente preparados”³⁴³.

20. La causa concurrente

A veces la causa ajena tiene tal entidad o eficiencia que directamente desplaza la relación causal presumida, pues es demostrable que el riesgo que motivó la presunción legal careció de toda influencia y resultó irrelevante, en cuyo caso habrá que desestimar la pretensión indemnizatoria. Otras veces no produce un desplazamiento total de la causa presumida por la ley, sino que concurre con ella a determinar el resultado dañoso y tiene incidencia solo en parte, supuesto en que el agente queda parcialmente exonerado de la obligación de reparar, indemnizando únicamente la porción del daño que causó, según el grado de aportación causal que corresponde.³⁴⁴ La concu-

343. El fallo cita un caso que guarda sustancial analogía con el tratado, en el que un tribunal inglés condenó al árbitro de la unión de Rugby porque no cumplió con la regla que le imponía ordenar la realización de scrums simulados (Richard John Vowles v. Evans (2002) EWHC 2612 y (2003) EWCA Civ 318). Consideró que el referí había incurrido en una conducta negligente por debajo del estándar requerido, al no realizar los scrums simulados, cuando pesaba sobre él dicha decisión y la obligación de mantener la seguridad de los jugadores. En cambio, en *Smoldon v. Whitword* (1996) EWCA Civ 1225 (1997) ELR 249, aunque el jugador se desempeñaba normalmente en el puesto de Hooker, el referí fue condenado por los perjuicios sufridos por no cumplir su obligación de salvaguardar la seguridad de los jugadores, al no aplicar de modo adecuado las reglas previstas para evitar la caída del scrum.

344. PITA, Enrique, El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad, *Rev. Derecho de Daños* 2009 II La Culpa – 2 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 263.

rrencia del actuar de un niño o de la “culpa in vigilando” de sus padres en la producción del resultado dañoso, puede producirse en forma conjunta o en forma autónoma.

La culpa *o causa* concurrente se produce cuando el daño deriva de dos o más causas identificables: la actividad de la víctima y/o de un tercero por el que no se debe responder y la del autor; se trata de culpas *o causas* distintas que han concurrido a la realización del perjuicio. La culpa o *el hecho* de uno no extingue la conducta del otro, sino que es valorada al solo efecto de determinar la proporción del daño que debe ser indemnizada.³⁴⁵ A diferencia de la co-causación (varias personas con sus hechos han concurrido a la producción de un resultado dañoso), la concausalidad es una causa independiente que se acopla al hecho primitivo. La responsabilidad del agente subsiste, sin perjuicio de que pueda invocarse morigeración o atenuación en la medida de la colaboración de causas.³⁴⁶

El daño debe ser soportado por cada sujeto en la medida de su contribución a la causación³⁴⁷. En otras palabras, el monto de la indemnización se divide en razón de la incidencia causal de cada uno en el daño sufrido.

Aunque ninguna norma del Código Civil consagra expresamente esta solución, ella deriva de una aplicación razonable e integral de los principios que emanan de los artículos 1109 y 1111; el primero obliga a reparar todo el daño causado por la culpa o negligencia, el segundo, libera absolutamente si la falta ha sido exclusiva de la víctima. Con mejor criterio, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación consagra expresamente la regla en el art. 1729, que dispone que la responsabilidad “puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño”.

345. KEMELMAJER, Aída, en Código Civil y leyes complementarias, T V, artículo 1111, Astrea, Buenos Aires, 1984, p 397.

346. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños T IV, Las eximentes, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999 p 180, ver también PITA, Enrique, El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad, Rev. Derecho de Daños 2009 II La Culpa – 2, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 263

347. Ampliar en SAGARNA, Comentario al artículo 1111 Cód. Civil, en “Código Civil y normas complementarias en Bueres (dir) Highton (coord.) t. 3-A, Hammurabi, 2007, p. 431.

En el caso *Prieto c/ Subterráneos de Buenos Aires, 22 de agosto de 1989*, el voto en disidencia de Fayt valora la concausalidad en el evento dañoso:

- La empresa de subterráneo alegó como eximente la culpa in vigilando de la madre, por no haber cuidado que su hijo no se acercara a la escalera mecánica que le causó la amputación del dedo.

- El juez de primera instancia rechazó la imputación de culpa de la madre, quien no había abandonado la órbita de vigilancia del menor, pues la distancia entre la boletería y la escalera mecánica era de unos cinco metros; lo contrario sería pedir a la progenitora conductas heroicas o extraordinarias, como que no viaje en subte con sus hijos o que centre su atención exclusivamente en ellos la totalidad del tiempo, lo que no resulta posible ni siquiera en la mente más privilegiada. Destacó la dificultad para lograr que un menor de tres años de edad permanezca quieto más de un instante: pocos segundos bastan aun frente al guardador más atento para que se halle frente a una cosa potencialmente dañosa.

- La Cámara de apelaciones revocó la sentencia, confirió entidad liberatoria a la actitud negligente de la madre y a la travesura del niño y rechazó toda relación causal entre el accidente y el riesgo de la cosa.

- Aunque la queja fue desestimada por la Corte Federal -al no advertir arbitrariedad que justifique su intervención en cuestiones propias del derecho común- el voto en disidencia del Ministro Fayt, sostuvo que tanto la travesura del niño (hecho de la víctima) como la conducta de la madre (culpa in vigilando del tercero) y la propia empresa de subterráneo (agente primigenio) coadyuvaron para la producción del daño, con los siguientes argumentos:

- i) El reproche de culpabilidad a la madre radica en que debió extremar sus cuidados respecto de su hijo para evitar que se le soltara de la mano y esa actitud negligente permitió que el niño se dirigiera hacia la cosa peligrosa donde resultó dañado, pero no tuvo una incidencia suficiente para romper en forma absoluta el nexo causal.
- ii) La empresa prestataria del servicio no ejerció el pleno control sobre la escalera mecánica, toda vez que “ante cualquier accidente en ella se veía imposibilitada de detener su funcionamiento en forma instantánea,

puesto que después de accionado el interruptor de corte de corriente, la parte mecánica sigue actuando y continua el desplazamiento de los escalones en número de cuatro a seis hasta la detención total”.

- iii) El papel de la madre en la lesión que sufrió su hijo no fue suficiente como para fracturar en forma absoluta el nexo causal de modo de excluir definitivamente la responsabilidad del dueño o guardián de la “cosa riesgosa.”

La determinación de los porcentajes, es en general una cuestión de hecho, privativa de los jueces de grado, por ello no es posible revisarlos en las instancias extraordinarias, salvo absurdidad o arbitrariedad.³⁴⁸ Para determinar el grado de participación de cada uno en el suceso dañoso, se ha propuesto la distribución “en segmentos o cuotas externas de causación mediante la inspección de la vinculación de causa a efecto entre la introducción por el demandado del riesgo de la cosa por un lado, y de otro, el hecho de la víctima y de su representante. Y ello mediante un juicio retrospectivo de probabilidad o idoneidad.³⁴⁹

La valoración de la incidencia causal de la violación al deber de cuidado de su hijo, se observa concretamente en el caso “Mosca” (2005) resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza del año 2005 en el que otorgó el 80% de responsabilidad a ambos padres de un niño fallecido en un accidente de tránsito –aunque la guarda la tenía solo la madre – pues el progenitor no adoptó las precauciones necesarias para que el niño de tres años de edad no lo siguiera luego de haberlo visitado, conducta que desplegaba con frecuencia, máxime cuando para llegar al lugar al que se dirigía debía atravesar una arteria de acceso rápido a la capital mendocina.³⁵⁰

Cuando no existen datos suficientes para diferenciar con claridad el aporte causal de cada uno, la jurisprudencia ha optado por el reparto del peso del

348. KEMELMAJER, Aída, en Código Civil y leyes complementarias, T V, artículo 1111, Astrea, Buenos Aires, 1984, p 402.

349. Cámara de Apelaciones de Córdoba, 26/11/2009 “J., K. R. y otro v. Juan Minetti S.A y otro” ABELEDO PERROT N°: 70059989.

350. SCMza. autos N° 81.457, “Mosca, Gustavo y ot. en j° 143.529/28.502 Mosca G. c/ Durelli Verdini, Emilio E. y ots. p/ Ds. y Ps. s/ Inc”. 11.10.2005, LS 357-215, La Ley Gran Cuyo 2006 p 197, con nota de ALFERILLO, Pascual, El hecho del menor como eximente de responsabilidad.

daño por mitades. Así lo hijo en el caso de un menor de dos años de edad que cruzó solo la calle, y fue embestido por un ómnibus. Mientras que el conductor omitió adoptar en la emergencia las medidas de cuidado exigidas no solo por su condición de profesional del manejo sino por las características peligrosas de la zona, la madre obró con culpa in vigilando al permitir que su hijo jugara solo en la vereda.³⁵¹ El voto del Dr. Kipper valoró que la conducta desplegada por la progenitora, colocó a su hijo menor en situación riesgosa y contribuyó de manera eficiente para que el hecho aconteciera.³⁵²

En otro caso en que una niña de un año y siete meses que estaba jugando en la vereda cuando fue atropellada por un vehículo de transporte escolar que le causó la muerte, por tratarse de un accidente en el cual el rol protagónico lo tuvo un vehículo de gran peligrosidad dado su porte, dimensiones y campo visual reducido como es el micro escolar, con evidente desproporción de masas, la sentencia atribuyó a la “culpa in vigilando” de los actores, el 50% en la causación del daño.³⁵³

La Cámara Nacional Civil sala H (2009) estimó que la culpa de la madre había operado como “culpa de un tercero” y de este modo limitó al 50% la responsabilidad del consorcio en su carácter de guardián de la cosa -ascensor con puertas en tijera- que produjo una lesión a la hija de dos años de edad.³⁵⁴

En otro caso, la Suprema Corte de Mendoza (2006) confirmó la sentencia que atribuyó responsabilidad concurrente a los padres y el conductor de un vehículo pues “conforme las circunstancias que rodearon al accidente de

351. CNCiv sala H 26.08.2012, DJ año XXVII Número 8, 23/02/ 2011, p. 8 con nota de ROBINSON RODRÍGUEZ “El deber de vigilancia de los padres. Responsabilidad concurrente. Culpa in vigilando” Cita On line AR/JUR/51637/2010.

352. ROBINSON RODRÍGUEZ “El deber de vigilancia de los padres. Responsabilidad concurrente. Culpa in vigilando” DJ año XXVII Número 8 23/02/2011, p. 8.

353. CNCiv. sala E03/09/2012P., J. M. y O. v. A., R. A. y O.APJ 01/11/2012.

354. CNCiv. Sala H, “S., C. A. y otro c/ Consorcio de Prop. Álvarez Thomas 1256/58 | ordinario” 19/10/2009 MJ-JU-M-52691-AR | MJJ52691. Este fallo, no obstante determinar la culpa concurrente de la madre en un 50%, impuso las costas al Consorcio demandado y a la citada en garantía, pues de otro modo se violentaría el principio de la reparación integral que el damnificado se merece. Explica que en “los litigios como el sub-júdice, en el cual se reclaman los daños y perjuicios derivados de un ilícito, las costas causídicas deben ser soportadas por el responsable del daño, con abstracción que los diferentes rubros indemnizatorios no hubiesen prosperado en su totalidad, e inclusive, más allá de la atribución de responsabilidad concurrente indicada en el caso, que no amerita apartarse del precepto del art.68 CPCC.C”

marras, no resulta arbitrario concluir que bien podía exigírsele a los padres que extremaran los recaudos para que el menor no estuviese jugando en las inmediaciones de la ruta, máxime teniendo en cuenta que era de noche y estaba lloviendo, lo que disminuiría notablemente la visibilidad de los conductores que atravesaran el lugar. Lo expuesto y el hecho de que no resulta acreditado en autos que el menor estaba siendo custodiado por algún otro mayor, como tampoco que el conductor del vehículo haya infringido norma de tránsito alguna en lo que respecta a velocidad de circulación, luces reglamentarias, etc., constituyen elementos suficientes en virtud de los cuales no puede tildarse de arbitrario el porcentaje de responsabilidad que la Cámara atribuyó a ambas partes.”³⁵⁵

21. Conclusiones

El análisis realizado recoge los principales lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en relación con el problema de la responsabilidad de los padres frente a sus hijos menores de edad. Sintéticamente pueden resumirse del siguiente modo:

- Toda decisión que se adopte, debe tener en cuenta la regla del interés superior del niño.
- Si bien las reglas de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos han sido invocadas en un viejo fallo, no se han reiterado, dejando en claro cuáles son los fundamentos normativos de la “culpa” o responsabilidad de los padres por los daños sufridos por sus hijos.
- La culpa de los padres no puede ser invocada en abstracto ni desentenderse de la incidencia causal del hecho del hijo en la producción del daño.
- Para que opere como eximente, la “culpa in vigilando” debe tener suficiente incidencia para producir la ruptura o alteración parcial del nexo

355. SCMZA, 10/04/2006. causa N° 82.219, caratulada: “Horlacher Susana y ot. En j 20.565/24.745 Rodríguez Héctor y ot. c/ Susana Horlacher y ot s/ sum. DyP s/ Cas. Y la causa acumulada a fs. 92, autos n° 82.241, Rodríguez Hector y ots en j 20.565/24.745 Rodríguez Héctor y ot c/ Horlacher Susana- D. Y P. S/ Inc” disponible en www.jus.mendoza.gov.ar

causal.

- Cuando se trata de menores, la “asunción del riesgo” deben efectuarla sus padres y solo procede cuando el riesgo asumido es debidamente conocido por ellos.

4. EL EMBRIÓN IN VITRO EN EL PROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA. APORTES PARA UNA REGULACIÓN PROPIA DE UN ESTADO LAICO

Eleonora Lamm

Sumario:

Introducción. 1. El art. 19 del proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina. 2. El nudo de la cuestión. 3. El término concepción. 4. El nudo de la cuestión. 5. El término concepción. 6. El derecho comparado. 7. Argumentos bioéticos que descartan la personalidad del embrión in vitro. 8. Una aclaración. 9. El art. 19 y su no repercusión en materia de aborto. 10. Palabras de cierre.

Introducción

No se puede comenzar este trabajo sin dejar de advertir que el estatus del embrión humano in vitro³⁵⁶ es una cuestión controvertida.³⁵⁷ No es una exageración decir que probablemente nunca habrá acuerdo entre las personas sobre cuando comienza la persona humana, con la gama de posibilidades que van desde la fecundación³⁵⁸ hasta el nacimiento. Estos desacuerdos van a tener importancia en relación con cuestiones morales igualmente contenciosas, como la investigación con células madre, por ejemplo. Lo cierto es que a medida que avancen las tecnologías médicas, los usos potenciales de los embriones humanos se amplíen y las formas en las que podemos

356. Cuando en este trabajo utilizo la palabra embrión, estoy refiriéndome al embrión in vitro que comprende al ovulo fertilizado aun no implantado en el útero. Descarto la utilización del término preembrión porque los propios científicos que trabajan en el campo de la reproducción asistida consideran esta terminología un eufemismo. Véase, por ejemplo, VEIGA, A. El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre. Barcelona, La Magrana, 2011. Se trata de una terminología que no es uniforme ni universalmente aceptada, aunque creo en algún punto sería necesaria su implementación.

357. Esta controversia, así como la que especialmente se suscita cuando involucra la gestación por sustitución, es tratada en mi libro recientemente publicado: "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres". Publicaciones de la Universidad de Barcelona. Barcelona, España, 2013.

358. Incluso posiciones más extremas consideran que las células madre embrionarias – por su capacidad de diferenciación - también son personas.

testear y adaptar un embrión se hagan más numerosas, las discusiones, sin duda, seguirán en aumento.³⁵⁹

No obstante, hay que resaltar que estas discusiones, en general, emanan de quienes abordan las cuestiones desde un punto de vista metafísico-teológico, en el que lo que se discute es una cuestión de absolutos.³⁶⁰

En este trabajo se procurará brindar una visión fundada en argumentos jurídicos y bioéticos, acordes y propios de una sociedad plural, democrática y liberal.

La visión del embrión que tiene cada sociedad influencia el trato que le dispensa, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRA) que ofrece y el alcance de la investigación. Ante la falta de acuerdo científico y ontológico, el análisis debe centrarse en el derecho positivo.³⁶¹

1. El art. 19 del proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina

El comienzo de la persona humana y la no personalidad del embrión in vitro es uno de los temas – si no es que es “el” tema - más candentes del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial (en adelante, proyecto de CCYC).

Tan es así, que la redacción del artículo 19 del proyecto de CCYC ha variado en casi todas las etapas por las que ha atravesado, a veces avanzando y mejorando, por último retrocediendo sobre la base de concesiones improcedentes en un estado laico. Me explico.

359. FARSIDES, B. y SCOTT, R. “No small matter for some: practitioners’ views on the moral status and treatment of human embryos.” *Medical Law Review*, 20, Winter 2012, pp. 90–107, pp. 90

360. OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida. CASADO, M. (Coord.) Signo. Barcelona. 2008. Disponible en: http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf

361. FARNÓS AMORÓS, E. Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 135 y ss

Finalizada la primera etapa de redacción por parte de la comisión creada por decreto 191/2011 e integrada por el Dr. Lorenzetti, y las doctoras Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que concluyó con la entrega del proyecto a la presidenta en marzo de 2012, el artículo 19 establecía: *“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 respondía a la tradición jurídica argentina. Los 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 se presentaba como una de las tantas novedades de la reforma para responder a la necesidad de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRA). La fórmula propuesta era consonante y coherente con la regulación de la filiación derivada de las TRA también contemplada en el proyecto.³⁶²

Esta primera etapa fue seguida de una segunda etapa de análisis por el poder ejecutivo, durante la que se introdujeron algunos cambios - aunque, esta vez, ninguno en el art. 19 - para finalmente enviarse al poder legislativo para su tratamiento.

Con este tratamiento y análisis por el poder legislativo, para lo que se formó una comisión bicameral, comenzó la tercera etapa, en la que se desarrollaron numerosas audiencias públicas en distintas provincias del país.

Esta comisión bicameral presentó un dictamen el 13 de noviembre proponiendo para el art. 19 la siguiente fórmula: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer.”

³⁶² Vease, KRASNOW, A. N. “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación.” DFyP 2013 (octubre) , 18; LAMM, E. “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil.” JA 2012-II-1340

Agregándose como disposición transitoria segunda que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Como fácilmente se puede observar, se eliminó la desafortunada frase “en el seno materno”, mejorando la formula. Además se eliminó el último apartado del artículo, transformándolo en una disposición transitoria.

Por último, el 28/11/2013, tras un largo debate, el proyecto fue aprobado contando hoy con media sanción del senado. No obstante, desafortunadamente, respondiendo a presiones de la Iglesia Católica, repito, inconcebibles en un estado laico, plural y democrático, se acuerda la siguiente redacción: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Y en la disposición transitoria segunda se establece que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Esto último importa indudablemente un retroceso, más por la concesión hecha a la Iglesia Católica, no por el contenido del artículo. Entiendo que cualquiera sea la redacción final, sea que en diputados se vuelva a la redacción original o se mantenga la redacción actual, conforme se verá al explicar el significado de la palabra concepción, una u otra fórmula dicen lo mismo: el embrión in vitro no es persona. Esto se afianza con la disposición transitoria segunda, atento a que de considerarse al embrión persona, se lo regularía en el propio CCYC y no se remitiría a una ley especial. Además, subsiste en el proyecto la regulación de la filiación derivada de las TRA, con lo que difícilmente para el proyecto de CCYC el embrión puede considerarse persona, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 26862, vigente en nuestro país y que se analizará luego, que permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. Todo esto genera un sistema cuya conclusión no puede ser otra que la no personalidad del embrión in vitro.

No obstante, para no depender de interpretaciones judiciales - atento a que alguna doctrina³⁶³ insiste (en línea con la Iglesia propulsora de la redacción

363. Ver, entre otros, ARIAS de RONCHIETTO, C. E., “El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados - Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes”, ED, 182-1645; MAZZINGHI, J. A., “Breve reflexión sobre la fecundación

final aprobada en senadores) que concepción es sinónimo de fecundación, creo conveniente que en diputados se allanen los obstáculos dejando un artículo claro del que se desprenda de manera nítida que, aunque objeto de protección, el embrión no es persona.

3. El nudo de la cuestión. El término concepción

La historia nos muestra que las cualidades o propiedades que definen a una persona o a un ser humano no son inherentes o absolutas, sino que son un producto de la motivación humana, y se relacionan con el logro de propósitos humanos o sociales. Por ejemplo, antes de 1869, la Iglesia Católica definía que la vida de una persona comenzaba con lo que en inglés se denomina "quickening" (en español: animación, cuando se sienten los movimientos del feto), pero a la luz de un mejor conocimiento de la biología reproductiva, ese año modificó ese criterio y consideró que la vida comienza con la concepción. Concepción fue una analogía del embarazo, que se entiende médicamente como la implantación embrionaria en la pared uterina.³⁶⁴ No obstante, con el desarrollo más reciente de las técnicas de reproducción humana asistida esto es aplicado por algunos defensores religiosos para referirse a la fecundación.³⁶⁵

Desde el punto de vista cotidiano o del sentido común, la frase "concebir un niño" es de uso común. Se la utiliza y entiende común mente para referirse aun embarazo actual.

La experiencia indica que cuando se habla acerca de los tratamientos de fecundación in vitro, se tiende a reservar el término "concepción" para la cir-

in vitro", La Ley-1978-C-993, BAIGORRIA, C. E.; SOLARI, N. E., "El derecho a la vida en la Constitución Nacional", La Ley-1994-E-1167, CAFFERATA, J. I., "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", ED-130-729; BASSET, U. C., "Consideraciones generales del proyecto unificador." Ponencia presentada en el ámbito del Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; HERRERA, D. A., LAFFERRIERE, J. N. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida." Sup. Const. 2013 (abril), 16. LA LEY 2013-B

364. INTERNATIONAL FEDERATION OF GYNECOLOGY AND OBSTETRICS (FIGO) Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health. Recommendations: definition of pregnancy. London: FIGO; 2003. pp. 43.

365. DICKENS, B. M., COOK, R. J. "Acquiring human embryos for stem-cell research." International Journal of Gynecology and Obstetrics (2007) 96, pp. 67-71.

cunstancia en la que un embrión llega al útero y la persona logra quedar embarazada, como diferente incluso del procedimiento de implantación. Es decir, en el lenguaje ordinario cotidiano de la comunidad, el término "concepción" significa más de lo que puede lograrse en un tubo de ensayo y se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una persona.

Esto es compatible con las ediciones actuales tanto del diccionario Oxford de Inglés como del Diccionario Macquarie y el diccionario de la Real Academia Española. Todos definen "concebir" como, entre otras cosas, "quedar embarazada". La publicación anterior del diccionario Oxford de Inglés también define "concebido", el adjetivo, como "traído a la existencia embrionaria en el útero".

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir en este caso se considera como el acto de lograr un embarazo. Por lo tanto, la concepción ocurre a partir de la transferencia de embriones.

En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal.

Aproximadamente un 20 % de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que lograron llegar a blastocisto) se pierden espontáneamente, la mayor de las veces debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, sólo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer.³⁶⁶ El resto se pierde rápidamente, ya sea antes

³⁶⁶ Entonces, por cada embrión que se desarrolla y nace vivo en los casos de reproducción sexual, al menos 3 que se crean mueren antes de nacer. Es decir, se "sacrifican" 3 embriones por 1 que nace. Quiénes defienden que el embrión es persona deberían oponerse también a la

de implantarse en el útero a los pocos días de la implantación.³⁶⁷

En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: i) El primero es la fertilización. Esto tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido...ii) La otra etapa clave es la implantación. Esto se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno. Se trata de un proceso por el que el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién en ese momento se puede hablar de embarazo, consecuentemente, recién en ese momento se produce la concepción.

De lo dicho, se desprende que en ambos supuestos, por naturaleza y por TRA, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo;³⁶⁸ y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.

La expresión “concepción” aunque no pertenece originariamente al ámbito jurídico, es utilizada en instrumentos internacionales, como se verá más adelante. Por lo demás, distintas sentencias emanadas de prestigiosos tribunales se han encargado de precisar su significado en esta área. Esto ocurre, por ejemplo, en una sentencia australiana del 2012 (LWV & another v LMH [2012] QChC 26)³⁶⁹ en el que se apela al lenguaje ordinario o cotidiano, des-

reproducción sexual debido a la pérdida de embriones que en esta también se produce. Plantear esto sería inconstitucional? Si la respuesta es positiva, entonces pretender lo otro también.

367. ZEGERS- HOCHSCHILD, F. “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica.” En *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*. CASADO, M. Y LUNA, F. (coords.), Civitas- Thomson, 2012, pp. 184 y ss.

368. En la filiación que se deriva del acto sexual, biológica, o por naturaleza, el embarazo se produce en el cuerpo de la persona y allí comienza la protección de los derechos de esa persona (sucesorios, de alimentos, a reclamar daños y perjuicios, etc.); en cambio, cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con “la implantación del embrión en la mujer”, ergo, también con el embarazo. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E. “Con el impulso de la ciencia.” *La Nación*. 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>

369. En este caso se trata de una solicitud de orden parental a favor de un matrimonio heterosexual incapaz de gestar en un caso de gestación por sustitución. El niño fue gestado de manera altruista por su tía, hermana de uno de los comitentes. Sucede que uno de los requisitos a cumplir para la aprobación del acuerdo de gestación por sustitución y que consecuentemente se confiera la orden parental, es el previsto en el s 22 (2), apartados (2) (e) (iv) de la Surrogacy Act 2010 (Qld), a saber, que el acuerdo de gestación por sustitución se haya hecho “antes de que

tacándose que el término "concepción" se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una persona.

Más concretamente, el significado jurídico de la palabra concepción fue establecido y especificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* resuelto el 28 de noviembre de 2012.³⁷⁰

Cabe destacar, que no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Además Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional.³⁷¹

En este caso³⁷² la Corte IDH ratificó que el acceso a la reproducción huma-

el niño sea concebido". En el caso, el embrión había sido creado años antes del acuerdo de gestación por sustitución, luego fue congelado y más tarde, meses después del acuerdo, implantado en el útero de la mujer. Por lo que la pregunta era: ¿la concepción se produjo cuando se creó el embrión (unión ovulo y esperma) o cuando se implantó? La respuesta que se brindó en este caso fue esta última.

370. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E., "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", *Revista La Ley*, 28/12/2012, p. 1 y ss.; La Ley 2013-A, 907

371. Es dable recordar que la Corte Federal en el caso "Mazzeo" (Fallos 330:3248) enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" lo cual importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20°). Esta pauta de interpretación no lo es sólo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del estado como lo es el Legislativo, el encargado de dictar leyes infraconstitucionales para que estén a tono con el llamado "bloque de la constitucionalidad federal".

372. El 3/2/1995, Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación in vitro (FIV); restringió su acceso a parejas, con material genético propio y prohibió la crioconservación de gametos y/o embriones. El 15/03/2000, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación in vitro trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de fecundación in vitro. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia y el 14/07/2010 presentó el informe 85/10. Sostuvo que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar (art. 11 de la Convención Americana) al derecho a conformar una familia (art. 17), y una violación al derecho de igualdad (art. 24). Recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación in vitro y asegurar que la regulación futura sea acorde con los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención. Ante el incumplimiento del estado, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica por violación a diversos artículos de la Convención americana de Derechos Humanos.

na asistida debe estar garantizado legalmente y por amplia mayoría -5 votos contra uno³⁷³ - condena a Costa Rica al encontrar conculcados los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

El conflicto a dirimir y sobre el cual profundiza la Corte gira en torno a la interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida el que se encuentra “protegido, en general, a partir del momento de la concepción” y el art. 1.2 que dispone que “persona es todo ser humano”. Es decir, si es el embrión no implantado es una persona humana.

Para ello, la Corte indaga sobre el sentido y extensión de las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones: (a) el sentido corriente de los términos; (b) sistemática e histórica; (c) evolutiva, y (d) según el objeto y fin del tratado. Veamos cada una de ellas.

(a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

La Corte afirma que la prueba obrante en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión en torno a qué debe entenderse por “concepción”. En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Consecuentemente, reconoce que la definición de “concepción” que los redactores de la Convención Americana tuvieron en miras ha cambiado, desde que antes de la FIV, científicamente, no se preveía una fertilización fuera del cuerpo de la mujer. Además, en el contexto científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término “concepción”: una corriente entiende por “concepción” el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; la otra, entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero.

Ante esta disyuntiva, la Corte considera que corresponde que se pronuncie sobre cómo debe interpretarse el término “concepción” contenido en el art. 4.1 del Pacto de San José. A ese fin, resalta que la prueba científica con-

373. Ha tenido una disidencia a cargo del magistrado Eduardo Vio Grossi.

cuerda en la pertinencia de diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Conforme esa prueba constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”, detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.

En definitiva, de manera elocuente, la Corte afirma que el término “concepción” al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que ocurre el implante.

(b) Interpretación sistemática e histórica

La Corte analiza cuidadosamente cuatro sistemas de Derechos Humanos: el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); el europeo y el africano. Concluye que ningún artículo de todos estos tratados permite deducir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención americana o en la Declaración Americana.

(c) Interpretación evolutiva

La Corte afirma que las tendencias de regulación en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida ni que titularice un derecho a la vida. En este sentido, la Corte recuerda que ha señalado en otras oportunidades que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (párrfo 245), destacándose que en el conflicto en análisis “la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (párrafo 246).

Se reconoce que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la región y que, ante la ausencia normativa, los Estados permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la mayoría de los Estados Parte, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. La Corte considera que estas prácticas en los Estados se relacionan con la manera en la que éstos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. Dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

(d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

La Corte concluye que el objeto y fin de la expresión "en general" contenida en el artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso, señala que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos, en especial los derechos de la mujer. Así, en un extenso fallo, la Corte IDH concluye que por concepción debe entenderse implantación y consecuentemente el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de “persona” al que alude el art. 4.1

de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con este punto de partida, afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas y deben permitirse y regularse atento a que permiten el cumplimiento o protección de varios derechos: la vida íntima y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

En suma, la Corte Interamericana define qué debe entenderse por concepción aclarando que es sinonimo de implante; consecuentemente la protección comienza en ese momento, de modo que el embrión in vitro no es persona y por ello, es posible la práctica del FIV.

4. El derecho comparado

La Corte IDH no es el único tribunal internacional que sostiene que el embrión in vitro no es persona. En igual sentido se pronuncian otros tribunales internacionales y algunos máximos tribunales de diferentes países.

a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH ha manifestado que el embrión in vitro no persona en varios casos, entre los que se cita, específicamente, el caso *Evans c. Reino Unido*²⁷⁴ resuel-

374. El 12 de julio de 2000, la demandante Natalie Evans y su compañero, J., iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida. El 10 de octubre de 2000, fueron informados de que las pruebas preliminares habían revelado en la joven graves tumores precancerosos en ambos ovarios y que debía someterse a una ovariectomía bilateral. Aunque, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación in vitro (FIV), pero que la obtención debía efectuarse cuanto antes. Se les explicó que debían firmar cada uno un formulario para expresar su consentimiento en el tratamiento por FIV y que, conforme a las disposiciones de la Ley de 1990 de fecundación y embriología humanas cada una de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en todo momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Durante la reunión, la sra. Evans consultó acerca de la posibilidad de congelar sus óvulos no fecundados, pero se le respondió que la clínica no practicaba esta técnica que se caracterizaba por un índice de éxito menos elevado. En ese momento, J. tranquilizó a la demandante diciéndole que no tenía necesidad de prever la congelación de sus óvulos, que quería ser el padre del niño que trajese al mundo. Posteriormente, la pareja dio los consentimientos necesarios firmando los formularios. El 12 de noviembre de 2001, la pareja acudió a la clínica y se obtuvieron y fecundaron once óvulos, y se crearon y conservaron seis embriones se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de noviembre, la demandante sufrió la ablación de sus dos ovarios, debiendo, como consecuencia, esperar dos años antes de tratar de implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002, la relación entre J. y la demandante finalizó. J. notificó a la clínica la separación y pidió la destrucción de los embriones. La clínica informó a la demandante sobre su obligación legal de destruir los embriones, ante el retiro del consentimiento de J. Ante esta situación, la demandante entabló un procedimiento ante el High Court procurando, entre otras cosas, una prescripción para requerir que J. restaurare su consentimiento. Su demanda fue

to por la Gran Sala del TEDH el 10 de abril 2007.

En este caso el Tribunal considera que los embriones creados por la demandante y “J”, no son titulares del derecho a la vida en el sentido del art. 2³⁷⁵. El TEDH, aludiendo al precedente *Vo c. Francia*, del 8 de julio de 2004,³⁷⁶ consideró que a falta de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los Estados que el Tribunal tiende a considerar se les debe reconocer en este ámbito. Tal como precisaron los tribunales internos, en ese caso,³⁷⁷ la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalerse -por persona interpuesta- del derecho a la vida garantizado por el artículo 2. Encontró, por tanto, que no había habido violación del artículo 2.

rechazada el 1 de octubre de 2003, por lo que apeló. El 1 de octubre de 2004, el tribunal de apelación mantuvo el juicio del tribunal superior. Agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante el TEDH.

375. Véase LAMM, E. “La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. A propósito del caso *Evans* contra el Reino Unido”. *Revista catalana de dret públic*. Núm. 36. 2008, pp. 195-220

376. Véase *Caso Vo. c. Francia*, del 8 de julio de 2004. La demanda es interpuesta por una mujer de origen vietnamita (*Thi- No Vo*) que acude al hospital para una consulta de su embarazo, y que por una confusión de persona (con la señora *Thi Thanh Van Vo*), por un error médico se le provoca el nacimiento prematuro del niño, que fallece a las pocas horas. La demandante alega la violación del art. 2, la cual fue rechazada por el Tribunal por entender que no se había violado este artículo que garantiza el derecho a la vida. El TEDH, se negó a afirmar categóricamente que el feto era sujeto autónomo del derecho a la vida. Así en el ap. 85 el TEDH sostiene: “la Corte está convencida que, dado como están las cosas, no resulta deseable ni posible siquiera responder de manera abstracta la pregunta de si el niño no-nato es persona para efectos del artículo 2 del Convenio (“*personne*” en el texto francés). Tras afirmar que “el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados”, puesto que “no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida” (párr. 82), señala que “todo lo más que se puede encontrar como denominador común a los Estados es la pertenencia del *nasciturus* a la especie humana”, por lo que son “la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona, las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una “persona” que tendría un “derecho a la vida” en el sentido del art. 2” (párr. 84). Vale aclarar que en este caso el tribunal sostuvo que el derecho penal no es el único modo de protección de la vida.

377. Debe estarse a las decisiones previas de los tribunales ingleses en el caso *Evans* para clarificar la remisión genérica del TEDH a la legislación inglesa y determinar a partir de cuándo se considera que existe vida humana protegible: Para la High Court, si de las sentencias de la Court of Appeal se desprende que un feto no tiene un derecho a la vida protegido por el artículo 2 [así, entre otros, *Re F* (in útero) [1988]; *Re MB* (Medical Treatment) (1997)], como un embrión se encuentra en un estadio inferior de gestación, tampoco tendrá derecho a la vida. La Court of Appeal tiene en cuenta, en primer lugar, la *Abortion Act* de 1967, según la cual el límite para la interrupción del embarazo son las 24 semanas, excepto que haya un riesgo sustancial de discapacidad para el feto o un riesgo sustancial para la vida o salud de la madre [Sección 1(1) *Abortion Act* (1967), reformada por la HFEA]. En segundo lugar, afirma que un embrión tiene el potencial de ser una persona pero no es en sí mismo una persona, por lo cual no tiene un derecho calificado a la vida. Finalmente, considera que la HFEA tampoco reconoce ningún derecho a la vida al embrión, ya que éste debe destruirse cinco años después de su creación (o antes, si cada parte revoca su consentimiento).

Más recientemente, en el caso *Costa y Pavan c. Italia*, (No. 54270/10), cuya sentencia data del 11/02/2013 se vuelve a tratar la problemática de los embriones.

Se trata de una pareja casada que padece de una enfermedad llamada mucoviscidosis (fibrosis quística) de la que ellos son portadores sanos. Tienen una hija, nacida por métodos naturales afectada con esa enfermedad. Ellos conocieron que eran portadores cuando nació esa hija. Por lo tanto, quisieron tener un segundo hijo, que no esté afectado, y recurrieron a las TRA. Sucede que la ley 40 reserva el acceso a las TRA a las parejas estériles o infértiles y contiene una prohibición generalizada del diagnóstico genético preimplantacional (en adelante, DGP).

Agotada la instancia interna, acuden al TEDH que resuelve que la prohibición de la ley italiana importa una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que si bien Italia prohíbe el DGP al mismo tiempo autoriza el aborto frente a las graves anomalías. Ante esto el tribunal afirma que “no puede dejar de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico”. En consecuencia, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad.

En definitiva, al permitir el DGP, el TEDH no considera a los embriones persona; en este punto la sentencia remite al caso *Roche c. Roche* que se analizará luego.

b. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso *Oliver Brüstle Vs.*

Greenpeace eV³⁷⁸ señaló que la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, “no tenía por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas, y que su objeto se circunscribía a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas”. Preciso que “aunque la finalidad de la investigación científica debía distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constituía el objeto de la solicitud de patente, no podía separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta”, con la consecuencia de que “la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva también se refería a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil”. Con esta decisión el Tribunal de Justicia afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio³⁷⁹, por razones éticas y morales, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales.³⁸⁰

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo declara excluido de patentabilidad el empleo de embriones humanos con fines de investigación, pues a su juicio la investigación no puede deslindarse de la posterior explotación comercial e industrial. En otras palabras, no se puede patentar porque la patente implica comercialización e industrialización.

378. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV.

379. Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV, párr. 38 (“Constituye un ‘embrión humano’ en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”. El artículo de la Directiva establece: 1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: [...] c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”).

380. Ver BERGEL, S. D., “La patentabilidad de genes humanos. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Revista La Ley, 13/08/2013, pp. 1 y ss., LL 2013-D-1188; y del mismo autor, “De embriones, patentes y dignidad humana”, Revista Derecho de Familia y Persona, abril 2012, La Ley, pp. 227 y ss.

Además, aunque adopta una definición amplia de embrión, lo hace en relación a la posibilidad de patente. Estando en juego la dignidad humana, y en base al principio de precaución, ningún organismo que pudiera ser considerado como un embrión humano debe quedar fuera del concepto de «embrión no patentable».

Ahora bien, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.

c. Sentencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil³⁸¹

La falta de personalidad del embrión in vitro también fue establecida en una importante sentencia emanada del Supremo Tribunal Federal del Brasil (en adelante, STFB), en el que se cuestionaba la constitucionalidad del art 5 de la Ley de Bioseguridad (LEI Nº 11.105, de 24 de marzo de 2005) que establece: “Se 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. § 2º 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 investigación. § 3º 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.”

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.

381. 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.

Según esta sentencia, la carta magna federal del Brasil no dispone sobre el inicio de la vida humana o sobre el momento preciso en que comienza. 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.

d. Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda. Roche -v- Roche & ors, [2009] IESC 82 (2009)

En este caso, se trata de una pareja, Mary y Thomas Roche, que se casaron en 1992 y en 1997 tuvieron su primer hijo. Poco después, a Mary le fue diagnosticado un quiste ovárico, que llevó a que ese ovario le fuera extirpado. En 2002 la pareja se sometió a FIV con gametos de ambos. Previamente, los esposos firmaron 4 formularios de consentimiento informado, uno en el que Mary autorizaba la extracción de óvulos, otro en el que el esposo consentía la FIV, un tercero en el que ella consentía la transferencia de 3 embriones, y un cuarto en el que autorizaban la crioconservación de los embriones restantes. Nada firmaron respecto a la disposición de los embriones para el caso de circunstancias sobrevenidas.

Con el tratamiento se crearon 6 embriones. 3 fueron implantados y 3 fueron crioconservados.

A finales de 2002, la pareja se separó, poco después del nacimiento de su segunda hija, producto del tratamiento de FIV.

En 2004, la mujer solicitó al centro la disposición de los 3 embriones sobrantes a lo que el centro se opuso por falta de consentimiento de Thomas. Entonces la mujer comenzó un procedimiento judicial a los efectos de que se

le autorice a disponer de los embriones y evitar su destrucción.

El 18 de julio de 2006 la High Court desestimó la pretensión de la actora y el 15 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo de Irlanda confirmó por unanimidad la sentencia de la High Court.

Sostuvo que lo embriones crioconservados no podían considerarse “no nacidos” a los efectos de ser titulares del derecho a la vida que el art. 40.3.3º de la Constitución irlandesa también reconoce a los no nacidos. En consecuencia, y en contra de lo que pretendía la actora, el estado no tenía ninguna obligación de garantizar su implantación.

Como se puede observar el Tribunal supremo de uno de los países en el que el catolicismo está muy arraigado, también descarta la personalidad del embrión in vitro.

e. Tribunal Constitucional de España

En España, el Tribunal Constitucional (TC) no se ha expedido de manera expresa sobre la naturaleza jurídica del embrión, 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.³⁸² Esta menor protección explica que la STC 116/1999 declare constitucional la crioconservación de embriones,³⁸³ tras afirmar que “los preembriones in vitro

no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno”. El TC español considera la implantación un momento de necesaria valoración biológica que justifica la menor protección del embrión in vitro.

382. 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”. La STC 212/1996, Pleno de 19 de diciembre reiteró la tesis anterior.

383. Afirmó que la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias. (FJ. 11)

f. Otra jurisprudencia relevante

Distintos fallos en el derecho comparado, con diferente alcance, también han descartado la personalidad del embrión.

Por un lado, en el caso *Davis c. Davis*³⁸⁴ el juez de primera instancia resolvió a favor de la ex esposa, sobre la base de considerar al embrión como "un ser humano existente como un embrión in vitro."³⁸⁵ Este enfoque fue modificado por la Corte Suprema de Tennessee que consideró que los embriones no pueden ser considerados personas ante la ley, pero entendió que tampoco deben ser considerados como propiedad o meros objetos. La Corte entendió que constituyen una "categoría intermedia", regida por normas propias (*sui generis*).³⁸⁶ Consecuentemente, con este punto de partida, la Corte reconoció los intereses del ex marido para evitar su utilización en contra de sus deseos.

En otros casos se consideró a los embriones como propiedad. Así se resolvió en el caso *Del Zio* del año 1978.³⁸⁷ El fallo surgió cuando un médico deliberadamente eliminó los embriones in vitro de una pareja. Un jurado de Nueva York resolvió indemnizar a la pareja con U\$D 50.000 por la imposición intencional de angustia emocional, evitando darle un valor monetario al propio embrión.

También en Uruguay se adoptó una solución similar en el fallo del Juzgado Letrado Civil nro 3° de Montevideo en los autos "L. F., M. y otros c / A. Española s/ daños y perjuicios. Responsabilidad médica" del 22/02/2012, en el que dos matrimonios demandan a un centro de fertilidad por la pérdida de un total de 7 embriones crioconservados producto de una falla mecánica en el aparato de unidad y almacenamiento criogénico. En la misma demanda, los actores reclaman incumplimiento contractual por: 1) la falta de consentimiento informado y 2) la destrucción de embriones. Con relación a

384. El caso tiene como base una demanda de divorcio. Junior Levis Davis y Mary Sue Davis habían seguido un procedimiento de fertilización in vitro, creándose 7 embriones, que en el momento del divorcio estaban crioconservados, no habiendo llegado a un acuerdo sobre la "custodia" de esos embriones. Junior Davis se oponía a la implantación de los embriones.

385. *Davis v Davis*, 15 Family Law Reports 2097 (Tennessee Circuit Court, 1989), at 2103.

386. *Davis v Davis*, 842 South Western Reports 588 (1992).

387. *Del Zio v Columbia Presbyterian Hospital*. Case No. 71-3588 (SDNY, 1978).

este segundo tópico, la sentencia afirmó: *“Esta decisora considera innecesario profundizar y/o polemizar acerca de la terminología que utilizan los actores en la demanda cuando hablan de pérdida de hijos, hermanos, de niños, niñas, etc. Con el mayor de los respetos se dirá que en el caso estamos ante la destrucción de embriones humanos como lo explicaron los peritos en sus informes, que conllevó en la especie a la pérdida de la posibilidad de tener hijos para Marisel y de tener más hijos en el caso de su hermana Mabel”*.

Los matrimonios reclamaron daño moral propio por la pérdida de sus hijos y por iure hereditatis. En el caso del matrimonio de Mabel, también reclamaron daño moral en representación de sus hijos por no poder tener hermanos.

La sentencia hace lugar al reclamo, aunque desestima todo reclamo por daño moral iure hereditatis por entender que el daño moral no se puede transmitir por ser un derecho de carácter personalísimo. Tampoco se hace lugar al daño moral solicitado en representación de los hijos del matrimonio por no haberse demostrado que hayan sido afectados por la depresión o tristeza que alega su madre, ni tampoco que sufran por no tener más hermanos, lo que era solo una posibilidad.

Por último, cabe citar el caso *York v Jones*.³⁸⁸ Se trata de una pareja que realiza un tratamiento de FIV en la clínica Norfolk, y que tenía un embrión criopreservado. Decide mudarse a California y entonces solicitaron a la clínica que les envíe el embrión a Los Ángeles para la implantación en la mujer. La clínica dio varias razones para su negativa: el riesgo de pérdida o robo durante el transporte, la falta de aprobación por el comité de ética de investigación del instituto, y el trato indigno para el embrión humano que importaba su envío. El Tribunal de Distrito de Norfolk dictaminó que la pareja había dado la posesión del embrión a la clínica, que la clínica lo tuvo en fideicomiso y, en ausencia de cualquier acuerdo en contrario, estaba obligada a seguir las instrucciones de los propietarios para su disposición. En resumen, el Tribunal aplicó los principios ordinarios en cuanto a la entrega de la posesión de mercancías.

388. *York v Jones*, 717 Federal Supplement 421 (Eastern District of Virginia, 1989).

g. Leyes ³⁸⁹

Las argumentaciones antes expuestas son la base de un conjunto de leyes del derecho comparado ³⁹⁰ que 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 segundos.

5. Argumentos bioéticos que descartan la personalidad del embrión in vitro

Conforme surge del marco jurídico anteriormente analizado, jurídicamente, el embrión in vitro no es persona y, por ello, tampoco es titular de derechos fundamentales, en concreto, del derecho a nacer. Esta conclusión, a su vez, se funda en los siguientes argumentos relacionados con los principios generales de la bioética:

I. No es persona, porque no tiene posibilidad de desarrollo

La distinción entre embrión implantado y embrión in vitro 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 embriones in vitro sin tal transferencia no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia.

En otras palabras, si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de las dos gametas, la información

389. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", Revista La Ley, 10/07/2012, p. 1 y ss., La Ley 2012-D, 925

390. Entre otras, España: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Reino Unido: Human Fertilisation and Embryology Act 2008; Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)); Canadá: Assisted Human Reproduction Act, 2004, c. 2; Bélgica: Law on embryo research (11 de mayo del 2003); Finlandia: No. 488/1999 Medical Research Act. Sección 2 (295/2004); Holanda: Act containing rules relating to the use of gametes and embryos (Embryos Act). División 1; 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; Suiza: Federal Act on Research Involving Embryonic Stem Cells (Stem Cell Research Act, StFG) del 19/12/2003, modificada el 15/02/2005, etc.

La ley de técnicas de reproducción asistida del Uruguay, Ley 19.167, sancionada el 12/11/2013, si bien no se define el concepto jurídico de persona, un análisis sistémico de su articulado permite concluir que el embrión in vitro no es considerado persona. Véase HERRERA, M. Y LAMM, E. "La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de reproducción humana asistida del Uruguay." Revista La Ley, 02/12/2013, 1

genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad persona-embrión la que posibilita el desarrollo. El embrión fertilizado in vitro necesita ser implantado en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto.

Dice González Valenzuela: “un cambio esencial es el que implica el paso del estado preimplantatorio del embrión a su implantación en el seno materno. Antes de ese momento el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al otro que es el útero materno; allí desplegará su constitutiva condición de ser-en relación, rasgo humanizante de la vida”.³⁹¹

Entonces, mientras el embrión no implantado no puede desarrollarse por sí mismo, el segundo puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano.

II. No es persona, aunque sea persona en potencia

Se podría plantear que tanto los embriones implantados como los in vitro son personas en potencia; potencialidad que por cierto se presenta más evidente en el embrión ya implantado.

Ahora bien, si se supone, como lo hago en este trabajo, que el embrión humano no es una persona, entonces tampoco es una persona posible o potencial, debido a su potencialidad. ¿Acaso el que tenga potencialidad le da derecho a nacer, o derecho a realizar ese potencial? Creo que la respuesta debe ser negativa.

Hay un número enorme de “potenciales personas”, pensemos en todos los embriones crioconservados existentes³⁹² y la cantidad de embriones que se

391. GONZÁLEZ VALENZUELA, J. Genoma humano y dignidad humana, Anthropos, Barcelona 2005, pp. 153.

392. En España, por ejemplo, hay unos 400.000 embriones crioconservados, según han asegurado el director médico y el director de Laboratorio de Unilabs Reproducción Humana, Juan Martínez de María y Luis González-Viejo, quienes han informado de que, una vez conseguida al menos una gestación, hasta el 50 por ciento de las parejas no toman una decisión sobre el destino de los embriones, declinando en ocasiones esta responsabilidad en los profesionales. Fuente: <http://www.europapress.es/salud/investigacion/noticia-espana-hay-400000-embriones-congelados-20131021174637.html>

seguirán creando como consecuencia de las TRA.³⁹³ Ninguna de esas “potenciales personas” tiene derecho a llegar a existir como persona; de hecho, desde que las “potenciales personas” no son entidades en absoluto, no está claro cómo podrían ser titulares de derechos. Entonces, si los embriones in vitro ya existentes no pueden tener interés en convertirse en una persona porque no tienen ningún interés en absoluto, entonces no pueden tener derecho a convertirse en una persona y realizar su potencial.

La pregunta relevante para evaluar el impacto que tiene la potencialidad sobre el estatus moral de un embrión es cómo el hecho de que un embrión que tiene potencial para desarrollarse en persona humana, a pesar de que al mismo tiempo es un embrión que no es una persona humana, es suficiente para conferir al embrión el estatus moral que tendrá más tarde al convertirse en persona humana.

Si Sarah, que tiene una enfermedad terminal, escribe en su testamento que le deja su casa a su hija, entonces su hija es potencialmente heredera de la casa y como heredera tendrá derecho a vender la casa a terceros. Pero hasta que sea heredera, no sólo heredera potencialmente, ella no tiene derecho a vender la casa. Si Sam tiene el potencial para correr más rápido que todos los demás competidores en la carrera, entonces él tiene el potencial para reclamar el premio, pero no tiene ningún derecho o reclamo existente para con el premio hasta que esa potencialidad se convierta en actualidad y haya corrido más rápido que todos los demás competidores.

Los derechos tienen ese carácter: se basan en las propiedades presentes, y no sólo potenciales; son derechos, si han superado la etapa de la mera potencialidad. De modo que la potencialidad del embrión para convertirse en una persona es relevante para el estatus moral que tendrá si se convierte en una persona, pero cuando todavía es un embrión no tiene el status moral que tendrá más tarde cuando se ha convertido en una persona.³⁹⁴

393. La Sociedad sobre Tecnología Reproductiva (SART)-RAND recopiló datos de 430 clínicas de TRA que tenían embriones crioconservados en los Estados Unidos y reveló que casi el 4% de los 400.000 embriones estaban crioconservados por razones que incluyen: pérdida de contacto con el paciente; abandono de pacientes, espera del plazo de 7 años para descartar, falta de decisión sobre la transferencia a otro estado, a la espera de una decisión sobre la disposición o la donación a la investigación o a otro pareja, en espera de la decisión final en caso de divorcio. HOFFMAN, D. I., ZELLMAN, G. L., FAIR, C. C., MAYER, J. F., ZEITZ, J. G., GIBBONS, W. E., et al. “Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research.” *Fertil Steril* 2003; 79, pp. 1063-9.

394. BROCK, D. W. “Creating Embryos for Use in Stem Cell Research. “Creating Embryos for Use in Stem Cell Research,” *Journal of Law, Medicine & Ethics* 38, no. 2, 2010, pp. 229 - 237

III. No es persona, aunque es miembro de la especie humana

Sin duda, es correcto afirmar que un embrión humano es un miembro de la especie humana, no es miembro de algunas otras especies como las ranas o las vacas, pero eso no es suficiente para darle el mismo estatus moral de los seres humanos que son personas indiscutiblemente. Esto se debe a que la condición moral de la persona humana no deriva simplemente de su pertenencia a la especie. Más bien, debe haber algunas otras propiedades que dotan a los seres humanos como persona. Si por ser meros miembros de la especie se dota a los embriones con esta condición moral especial, sería similar a las pretensiones racistas o sexistas que exigen un estatus moral especial o de superioridad para su propia raza o sexo sin fundamento.

La propiedad que confiere personalidad y status moral a los seres humanos es algo discutido. Sin ánimo de ser exhaustiva, se puede decir que para algunos es la capacidad de adquirir sensibilidad, para otros la conciencia, o la conciencia de uno mismo; mientras que para otros sería la capacidad para la conducta intencional. Lo cierto es que cualquiera sea la propiedad que se piensa o se usa para conferir personalidad, los organismos o seres que carecen de ella no son personas. El punto crucial respecto de los embriones es que evidentemente carecen de cualquiera de las propiedades que han sido, o que plausiblemente podrían ser reclamadas para conferir personalidad. En la etapa de blastocisto, el embrión es un organismo indiferenciado de entre 100 y 200 células, que carece de un sistema de órganos, de cerebro o de cualquiera de las otras propiedades que generalmente se usan para conferir personalidad.³⁹⁵

IV. El embrión in vitro. Ni persona ni cosa

Ya se dijo que el embrión in vitro no es persona, mas tampoco es cosa. El embrión –si atendemos a la mencionada división binaria entre persona y cosa- puede ser considerado como en su momento lo sostuvo Hermitte “como una cosa de origen humano y con destino humano”, lo que lo diferencia de las demás cosas a las que se refiere la ley.³⁹⁶

³⁹⁵. BROCK, D. W. “Is a consensus possible on stem cell research? Moral and political obstacles.” *Journal of Medical Ethics*, 32(1), 2006, pp. 36-42

³⁹⁶. HERMITTE, M. A. “Le corps hors du comerse, hors du marché.” *Arch. du Philosophie du Droit*, 1970, Tomo 33, pp. 323.

El embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa, pero tampoco es mero tejido humano sin estatus moral. Considero que el embrión humano tiene un "status moral intermedio."³⁹⁷ Consecuentemente, al embrión se le debe cierto respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana.

De conformidad con los fundamentos del proyecto³⁹⁸, negar carácter de persona a los embriones no implantados no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, tal como sucede en numerosas leyes del derecho comparado que, incluso por mandato legislativo, deben ser revisadas periódicamente.

En otras palabras, al sustentar la tesis de una personalización diferida, las etapas previas a la personalización no son carentes de valor dignidad y respeto; sin embargo, la manera de expresarle el respeto es lo que difiere. Para

ilustrar esto, vale la pena el siguiente ejemplo teórico: la bióloga jefa de un laboratorio de reproducción asistida llega, un sábado de mañana, a revisar las incubadoras que contienen 20 embriones en desarrollo de 4 y 8 células; dado que no tiene a nadie con quien dejarla, la bióloga lleva a su hija de 2 años y la deja en la sala adjunta mientras va a preparar soluciones para ese día. En ese momento, ocurre un incendio y se requiere actuar rápido; un bombero acude al incendio entra a la zona del laboratorio y se encuentra frente a la alternativa de salvar a la niñita o salvar 20 embriones que están en el interés de la incubadora; si los embriones de 8 células tiene el mismo valor que la persona, debiera primar el criterio cuantitativo y salvar 20 es siempre mejor que salvar uno, sin embargo, lo más probable es que el bombero salve

397. RAPOSO, V. L., OSUNA, E. "Embryo dignity the status and juridical protection of the in vitro embryo." *Med Law* 2007, 26, pp. 737-46. BROCK, D. W. "Is a consensus possible on stem cell research? Moral and political obstacles." *Journal of Medical Ethics*, 32(1), 2006, pp. 36-42

398. 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."

a la niña, echando mano a un juicio de valor en que prima la persona actual sobre los embriones.³⁹⁹

Labrousse Riou señala que el embrión humano es una nueva realidad para la ley que debe juzgarla, no por lo que representa ontológicamente sino por lo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad. Ahora bien, a ese fin, hay que representar la realidad, concebirla, darle una forma jurídica, preguntándose qué sentido tiene y qué consecuencias concretas están unidas a esa representación.⁴⁰⁰

Para empezar a vislumbrar qué es lícito o ilícito hacer con esta realidad, se debería comenzar por restringir su uso para fines humanos importantes. Ese respeto especial justifica la existencia de normas que limiten el uso y la destrucción de embriones en investigaciones que importen una promesa razonable de curar o aliviar una grave enfermedad o el sufrimiento humano, así como los procedimientos para asegurar que se respeten estos lineamientos. Por lo tanto, si se tomó – como en el art. 19 “original” - la decisión de política pública que importa reconocer que los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y por ende exigen un respeto especial, se debe aprobar una regulación apropiada.⁴⁰¹

En esta regulación, esta protección debería concretarse, entre otras cosas, no sólo en la prohibición de crear embriones humanos gaméticos⁴⁰² con otro fin que no sea el de la reproducción humana o el de investigación, o la prohibición de crear embriones somáticos con fines reproductivos - distinto es el caso de los embriones somáticos creados por transferencia nuclear mediante clonación terapéutica que a mi juicio sí deberían permitirse-⁴⁰³ sino también

399. ZEGERS- HOCHSCHILD, F. “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica.” En *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*. CASADO, M. Y LUNA, F. (coords.), Civitas- Thomson, 2012, pp. 184 y ss.

400. LABROUSSE RIOU, C. *Écrits de bioéthique*, PUF, Paris 2007, pp. 161.

401. BROCK, D. W. “Is a consensus possible on stem cell research? Moral and political obstacles.” *Journal of Medical Ethics*, 32(1), 2006, pp. 36-42.

402. Para la distinción entre embriones gaméticos y somáticos, véase CASADO, M. “En torno a células madre, pre-embryones y pseudo-embryones: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho de la UB.” *Revista de bioética y derecho*. Número 19 - Mayo 2010.

403. En España, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica en el punto primero de su art 33 prohíbe “constituir preembryones o embryones para la investigación”, no obstante, en el segundo punto de ese mismo artículo, abre la posibilidad de “activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”, para referirse a lo que se designa como embryones somáticos.

en la regulación taxativa de los destinos de los embriones sobrantes crioconservados que – al día de hoy, según el estado actual de la ciencia - no pueden ser otros que su utilización por los titulares, la donación con fines reproductivos,⁴⁰⁴ la donación con fines de investigación, o el cese de su conservación sin otra utilización.⁴⁰⁵ Quedando descartada siempre la comercialización de embriones.

Podemos concluir entonces que incluso si los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y exigen protección especial, esto no tiene por qué ser incompatible con el uso y la destrucción de ellos en investigaciones médicas que importen una promesa razonable de tratar o prevenir enfermedades humanas graves o sufrimiento, tal como fue decidido por la Corte brasileña en la sentencia antes reseñada.

V. La no personalidad del embrión es la solución bioéticamente compatible con otros derechos ya reconocidos legalmente

El no reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión in vitro representa una solución bioéticamente correcta, debido a que permite el acceso a la fertilización in vitro y sus posibles derivados o consecuencias, como por ejemplo, el diagnóstico genético preimplantacional y la crioconservación de embriones.

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, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implan-

404. En una postura actualmente minoritaria algunos autores nacionales y extranjeros (véase, ANDERSON, M. L. "Are you my mommy? A call for regulation of embryo donation" 35 Capital University Law Review, 589, 2006, pp. 607 y ss.; MERCER, B. S. "Embryo adoption: where are the laws?" 26, Journal of Juvenile Law 73, 2006, pp. 82-83) propician la adopción de embriones. Esta posición deriva, obviamente, de considerar al embrión persona. Aunque este tema será objeto de otro trabajo, cabe anticipar que la adopción es una figura ajena a la situación, no sólo en lo que respecta a la relación jurídica sustancial, sino también en cuanto al procedimiento judicial de la adopción, absolutamente inaplicable a los embriones

405. En una resolución interlocutoria del 16/09/2013, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 82 dispuso que un centro médico (Hospital Italiano) procediera a la destrucción de los embriones de un matrimonio que en pleno proceso de divorcio solicitan conjuntamente tal proceder.

tarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre.⁴⁰⁶ O que solo se extraigan lo óvulos a fecundar, provocando también consecuencias en la salud de la persona que acude a las TRA.⁴⁰⁷

La crioconservación se nos presenta como el remedio para mejor utilizar los embriones in vitro ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias. La crioconservación protege el derecho a la salud del niño por nacer y de la persona que acude a las TRA atento a que, por un lado, evita embarazos múltiples (y consecuentemente también las reducciones embrionarias), y por el otro, evita que no se vuelva a estimular ováricamente a la persona (con el riesgo de sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica) ni que tenga que pasar nuevamente por el proceso de extracción de óvulos, su transferencia e implantación, etc. Además, también se justifica por razones económicas, atento a que disminuye los costes porque evita repetir procesos que siempre serán más costosos que los gastos de la crioconservación.

En lo que respecta a los embarazos múltiples, éstos generan un importante problema de salud pública. Las gestaciones múltiples son seis veces más propensas a nacer prematuramente que las gestaciones singulares o únicas. Debido a la prematuridad, los embarazos múltiples tienen un mayor riesgo de tener problemas respiratorios, parálisis cerebral, sordera y ceguera.⁴⁰⁸

406. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.- HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", Revista La Ley, 10/07/2012, p. 1 y ss., La Ley 2012-D , 925

407. Aunque hoy es posible la vitrificación de ovocitos, esta técnica no reemplaza por completo la crioconservación de embriones. Existen supuestos en los que solo se pueden crioconservar embriones. Pensemos, por ejemplo, una pareja heterosexual en la que el hombre tiene una escasa reserva de esperma, de modo que al extraerlos sería su última muestra. Medicamente es aconsejable, atento a las posibilidades de alcanzar un embarazo, crioconservar embriones, y no solo el semen. Sin perjuicio de lo dicho, la creación de embriones aumenta la tasa de embarazo atento a que permite detectar errores cromosómicos y la posibilidad de evaluar los embriones antes de su transferencia.

408. HELMERHORST, F. M., PERQUIN, D. A. M., DONKER, D., KEIRSE, M. J. N. C. "Perinatal outcome of singletons and twins after assisted conception: a systematic review of controlled studies." *BMJ* 2004;328(7434), pp. 261-265; STRÖMBERG, B., DAHLQUIST, G., ERICSON, A., FINNSTRÖM, O., KÖSTER, M., STJERNQVIST, K. "Neurological sequelae in children born after in-vitro fertilisation: a population-based study." *Lancet* 2002;359(9305), pp. 461-465; VAN VOORHIS, B. J. y RYAN, G. L. "Ethical Obligation for Restricting the Number of Embryos Transferred to Women: Combating the Multiple-Birth Epidemic from In Vitro Fertilization." *Seminars In Reproductive Medicine*. VOL. 28, NUM. 4, 2010, pp. 287-294; PINBORG, A., LOFT, A., SCHMIDT, L., ANDERSEN, A. N. "Morbidity in a Danish national cohort of 472 IVF/ICSI twins, 1132 non-IVF/ICSI twins and 634 IVF/ICSI singletons: health-related and social implications for the children and their families." *Hum Reprod* 2003;18(6), pp. 1234-1243.

En lo que respecta a la salud de la persona que acude a las TRA, los estudios revelan que las madres de gemelos tienen una peor salud general que las madres de hijos únicos. Las consecuencias de las gestaciones múltiples incluyen una mayor tasa de cesárea, hipertensión en el embarazo, hemorragia posparto, prolongado reposo debido a un parto prematuro, y, aunque no frecuentes, también muertes maternas.⁴⁰⁹

Pero además, varios países, en particular aquellos con servicios nacionales de salud, han reconocido los elevados costes asociados a las gestaciones múltiples y han implementado estrategias para reducir los nacimientos múltiples. Por ejemplo, en Gran Bretaña, el Código de Prácticas de la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología exigió a las clínicas desarrollar una "estrategia de minimización del parto múltiple" con el objetivo de reducir los embarazos múltiples del 24 al 10 % en un plazo de 3 años.⁴¹⁰ Bélgica tiene una política de reembolso para los procedimientos de FIV que requieran la transferencia de un solo embrión en pacientes con buen pronóstico. Esta política, que está vinculada a los resultados previos de FIV, la edad materna y

la calidad del embrión, ha eliminado en gran medida las gestaciones múltiples y se ha traducido en una reducción del 50 % de los embarazos gemelares.⁴¹¹ Al evaluar los costos totales de atención en salud por cada niño nacido hasta la edad de 3 meses, se ha demostrado que la transferencia de un solo embrión es más rentable que la transferencia de dos embriones, principalmente debido a costos mucho más altos que generan los gemelos recién nacidos.⁴¹²

Cabe agregar, que en esta reducción del embarazo múltiple es clave la criopreservación. Solo así no se afecta la salud de la persona que se somete a las TRA; de lo contrario serían necesarios varios procesos de estimulación

409. VAN VOORHIS, B. J. y RYAN, G. L. "Ethical Obligation for Restricting the Number of Embryos Transferred to Women: Combating the Multiple-Birth Epidemic from In Vitro Fertilization." *Seminars In Reproductive Medicine*. VOL. 28, NUM. 4, 2010, pp. 287-294.

410. Para más información consulte la siguiente dirección: <http://www.oneatime.org.uk/471.htm>

411. OMBELET, W., DE SUTTER, P., VAN DER ELST, J., MARTENS, G. "Multiple gestation and infertility treatment: registration, reflection and reaction—the Belgian project." *Hum Reprod Update* 2005a;11(1), pp. 3–14 y GERRIS, J. "The near elimination of triplets in IVF." *Reprod BioMed Online* 2007;15(3), pp. 40–44

412. GERRIS, J., DE SUTTER, P., DE NEUBOURG, D., ET AL. "A real-life prospective health economic study of elective single embryo transfer versus two-embryo transfer in first IVF/ICSI cycles." *Hum Reprod* 2004;19(4), pp. 917–923.

ovárica, extracción de óvulos y su posterior implantación, con todas las consecuencias que generan en la salud física y psíquica de las personas involucradas.

Cabe tener en cuenta que casi la totalidad de las legislaciones que han regulado las TRA permiten la crioconservación de embriones. En este sentido, vale la pena destacar lo sucedido en Italia, ya que si bien su legislación prohibía la crioconservación (Art. 14 inc. 1, 2 y 3), esta situación que fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 151/2009. En nuestro país la crioconservación y la posibilidad de acceder a la fertilización in vitro con todas sus consecuencias, es decir, los derechos a los que se hizo referencia en este apartado,⁴¹³ ha sido regulada por la ley 26862 y su decreto reglamentario, que garantiza el acceso a las TRA sin distinciones fundadas en la orientación sexual o estado civil, de modo que modificar el art. 19 podría importar un retroceso que afectaría derechos adquiridos.

A. La ley 26862

Como es sabido, en Argentina no hay aún una norma general que regule las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que en Argentina es una práctica frecuente⁴¹⁴ y de avanzada. No obstante, Argentina sí cuenta recientemente con una norma expresa que regula uno de los tantos aspectos de esta práctica médica como lo es la cobertura médica. Luego de casi tres décadas sin marco legal alguno, el 5 de junio de 2013 se aprobó la ley 26862, publicada en el Boletín Oficial el 25/06/2013 y reglamentada a través del Decreto 956/2013.⁴¹⁵

A los fines de este trabajo,⁴¹⁶ cabe destacar que la ley 26.862 como su decreto

413. Aunque el DGP no se menciona expresamente en la ley 26862 ha sido autorizado en numerosas oportunidades en nuestra jurisprudencia y con posterioridad a la sanción a la ley mencionada existen ya fallos que reconocen su contemplación legal. Véase "M. G. M. y otro c/Union Personal Accord Salud s/amparo" – Causa n° 7683/2010 CNCIV Y COMFED – SALA II – 26/09/2013. Para ampliar, véase HERRERA, M., LAMM, E. "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia." La Ley 31/07/2013, 1, LA LEY 2013-D, 1037

414. Para mayor información relativa a la frecuencia e importancia de esta práctica en Argentina y en Latinoamérica puede consultarse el Registro Latinoamericano de reproducción asistida. (REDLARA): http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp.

415. Publicado en el boletín oficial el 19 de julio de 2013

416. Para un análisis de la ley 26862 véase HERRERA, M. y LAMM, E.; "Cobertura médica

reglamentario 956/2013, no solo son normas amplias, permisivas e igualitarias, sino que también dejan entrever la naturaleza jurídica del embrión.

Así, la reglamentación se dedica expresamente a la cuestión del consentimiento y su revocación, sosteniendo que “El consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia

clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, la Ley N° 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y la Ley N° 25.326 de protección de los datos personales”.

En lo que respecta a la revocación del consentimiento se afirma que “En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión”.

Tanto la ley 26.862, como su reglamentación tuvieron muy en cuenta el proyecto de CCYC. En lo que respecta al consentimiento, está en total consonancia con lo dispuesto en art. 560 referido, precisamente, al “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida” en el que se establece que “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. De esta manera, tal es la importancia del consentimiento informado en las TRA que no sólo

de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia.”; Publicado en: LA LEY 31/07/2013, 31/07/2013, 1 - LA LEY 2013-D, 1037 - Cita Online: AR/DOC/2899/2013; HERRERA, M., “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, Revista La Ley, 10/06/2013, pp. 1 y ss., cita on line: AR/DOC/2256/2013. Ver también, GARAY, O. E., “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”, en La Ley 01/07/2013, pp. 1 y ss.; CIRUZZI, M. S., “La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética”, en Microjuris 19/06/2013, cita online MJ-DOC-6326-AR | MJD6326 y MEDINA, G. Y GONZÁLEZ MAGAÑA, I., “Ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, en La Ley 17/06/2013, pp. 1 y ss. FAMÁ, M. V. “Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas.” DFyP 2013 (agosto) , 104

este elemento ocupa un lugar central en la regulación de la filiación en el proyecto de CCYC, sino también en la ley 26.862 y en su reglamentación, previéndose en este último instrumento que tal acto puede acontecer hasta antes del inicio de cada procedimiento o técnica de reproducción médicamente asistida.

Lo mismo acontece con la revocación cuando se trata de técnicas de alta complejidad, que puede acontecer hasta el momento de la implantación del embrión, en total consonancia con lo dispuesto en el art. 561 y con lo que disponía – al momento de sancionarse la ley - el art. 19 “original” del proyecto de CCYC que se refiere a la existencia de la persona humana.

Como se puede observar, y se adelantó, se trata de una ley amplia, que consagra y contempla todos los modelos de familia, recepta y permite tanto las TRA homologas como las heterólogas, intracorpóreas y extracorpóreas y expresamente habla de implantación, en total consonancia con el proyecto de CCYC y con la jurisprudencia de la Corte IDH.

En definitiva, para la ley 26862, la persona también comienza con la implantación y tampoco confiere calidad de persona al embrión in vitro.

Ahora bien, dada la amplitud de derechos que importa esta ley 26862 – votada por amplísima mayoría (solo un voto en contra) en el congreso - es absolutamente necesario que el proyecto de CCYC siga este camino y sea coherente y consonante con lo que ya es Ley en nuestro país.

Los derechos reconocidos en la Ley 26.862 podrían verse afectados de aprobarse las modificaciones al Art. 19 al permitir que entren en juego interpretaciones, importando un enorme retroceso que afectaría derechos adquiridos.

Si se cede a la presión de la Iglesia aprobando una regulación aún más restrictiva que la pensada hace 150 años por Vélez Sarsfield, que al menos asevera que la concepción debe ser en el seno materno y no la concepción a secas, prestándose a confusión y dejando entrar el juego de interpretaciones en relación a los embriones no implantados, será un gravísimo retroceso en este arduo y sostenido camino por ampliar derechos y llevar a la legislación argentina a un lugar de privilegio y un modelo a ser seguido por su pluralidad y vanguardia.

6. Una aclaración. El art. 19 y su no repercusión en materia de aborto ⁴¹⁷

En esta materia corresponde diferenciar competencias o ámbitos de discusión. En este sentido 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 extrapatrimonial 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, María Casado, que el derecho penal no es el único ámbito para regular las cuestiones bioéticas; más aún, diría no debe serlo. ⁴¹⁸

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.

El debate en el ámbito civil acerca del comienzo de la vida en nada debiera obstruir el debate legislativo pendiente sobre la legalización del aborto. El derecho al aborto no punible vigente en la actualidad en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer, o si la gestación es producto de una violación, es constitucional y convencionalmente válido tal como resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "F., A.L. s/medida autosatisfactiva" tampoco se ve alterado por la redacción del artículo 19, en cualquiera de sus posibles redacciones. ⁴¹⁹

417. Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "La bioética en el Ante proyecto de Código civil y Comercial de la nación de 2012" JA 2012-IV-1215/1244.

418. CASADO, M, "Bioética y Derecho", en GROS ESPIELL, H Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), "La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco", Granada, Comares, 2006, pp. 32; de la misma autora, ¿Por qué bioética y derecho?, Acta bioética. Año VIII, Núm. 2. 2002.

419. Véase, <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1813&plcontampl=12&aplicacion=app187&cni=71&opc=32>

7. Palabras de cierre

Vivimos en una sociedad democrática, plural y liberal y formamos un estado laico. En este contexto, las decisiones legislativas que se adopten no deberían fundarse en concepciones religiosas, ni mucho menos ser consecuencia de concesiones de esta índole.

Como lo sostuvo la Corte IDH en el caso Artavia analizado: “Hay posiciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes *confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones*. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.”

No se trata de retomar la ambición del pensamiento simple de controlar y dominar lo real. Se trata de ejercitarse en un pensamiento capaz de tratar de dialogar, de negociar con lo real ⁴²⁰.

420. MORIN, E., Introducción al pensamiento complejo, Barcelona, ed. Gedisa, 1990, pp. 22.

5. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS. ASPECTOS GENERALES Y CRITERIOS PARA SU ADOPCIÓN

Karen Lissette Echeverría Guevara

*"No basta amar a los niños,
es preciso que ellos se den cuenta que son amados".*

Don Bosco

Sumario:

Introducción. Definición de Guarda y Custodia Compartida. Fundamento Legal. Principios Rectores. Formas de Guarda y Custodia Compartida. Modalidades del Ejercicio de la Guarda y Custodia Compartida. Factores a Tomar en Cuenta para Determinar las Modalidades del Ejercicio de la Guarda y Custodia Compartida. La Edad de los Niños y el Sexo del Progenitor como Factor a Tomar en Cuenta en la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida. Ventajas de la Guarda y Custodia Compartida. Desventajas de la Guarda y Custodia Compartida. Criterios a Valorar para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida.

INTRODUCCIÓN

Cuando se rompe la normalidad familiar y sobreviene la crisis matrimonial o de pareja, toma relevancia, entre otros aspectos, la decisión sobre el cuidado de los hijos, en concreto la elección del sistema de guarda y custodia física que en adelante ejercerán los progenitores dada la nueva realidad familiar.

Este aspecto es uno de los más delicados durante la crisis matrimonial o de pareja, debido a que en la mayoría de casos son los hijos quienes sufren en gran parte las consecuencias de la separación, alterando la esfera de seguridad que hasta ese momento tenían.

En principio son los progenitores quienes deben consensuar respecto del tema del cuidado de los niños, decidiendo entre una custodia unilateral o

exclusiva, o bien, una custodia compartida ejercida de forma alternada. La elección entre dichos sistemas debe de realizarse superponiendo los intereses de los hijos, sobre los propios de los progenitores. No obstante, además de ser este el aspecto más importante a tener en cuenta, no pueden obviarse otros como los económicos, sociales, psicológicos, que con la nueva situación familiar se verán afectados.

Sino existe un acuerdo de los progenitores respecto del cuidado de sus hijos, será el Juez quien deba decidir sobre el sistema de custodia atendiendo principalmente al mejor interés del niño, lo que será valorado conforme a las pruebas que obren en el proceso.

DEFINICIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La guarda y custodia compartida puede definirse como un sistema legal acaecido tras el cese de la convivencia o por el divorcio, en el cual los progenitores se alternan y suceden en el cuidado de sus hijos ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en igualdad de condiciones como asunción del principio de corresponsabilidad parental que debe existir entre madre y padre, reflejo de un reconocimiento equilibrado de la capacidad de ambos para afrontar la maternidad y paternidad, lo que les permite la adopción de decisiones relacionadas a la crianza y educación mientras ejercen el cuidado directo de sus hijos.

FUNDAMENTO LEGAL

La guarda y custodia compartida se ampara en dos derechos fundamentales:

- El derecho del hijo a preservar su relación con ambos progenitores; y
- El derecho y deber de padre y madre a prestar asistencia a sus hijos, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos.

Legalmente encuentra su fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño, concretamente en los artículos 7 inciso 1º, 9 incisos 1º y 3º y 18; 8 y 36 de la Constitución de la República de El Salvador; 12 inciso 3º, 78 y 79 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 124 literal “b” y 130 literal “b” de la Ley Procesal de Familia.

PRINCIPIOS RECTORES

La guarda y custodia compartida tiene como fundamento los siguientes principios:

Principio del interés superior del niño

Como es sabido, todas las decisiones que deban adoptarse en relación a la situación del hijo menor de dieciocho años de edad, deberán buscar el interés superior de este, configurándose como un criterio de solución de los conflictos entre padre y madre en relación a sus responsabilidades frente a sus hijos. Así, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede.⁴²¹

En este sentido se ha pronunciado la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro de San Salvador, en su Sentencia de veintiuno de agosto de dos mil tres (Referencia 202-A-2002), que en su Considerando IV dice: “(...) tratándose de procesos que de alguna manera afecten a los menores, es esencialmente el interés de estos el que prevalecerá por encima de los intereses y conflictos personales de las partes, quienes a su vez deberán anteponer a sus propios conflictos el interés de su hija, en aras de su bienestar.”

Concretamente en el caso de la guarda compartida, cabe citar la Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil, del Tribunal Supremo Español, de fecha 27 de septiembre de 2011 (Resolución número 641/2011, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías), que en su Fundamento de Derecho 5º sostiene: “La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el Art. 39.2 CE...”

421. DÍEZ-PICAZO, Luis: “El Principio de Protección Integral de los Hijos (tout pour l'enfant)”, en VV.AA.: “La Tutela de los Derechos del Menor”, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984 p. 130 (citado por MARTÍN MELENDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC): Teoría y Práctica Jurisprudencial”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 140)

En la guarda y custodia, el interés del niño supone la satisfacción de sus necesidades económicas, espirituales, físicas, psicológicas y emocionales, considerado como el principal factor para preservar su derecho fundamental al adecuado desarrollo de su personalidad.⁴²² En ese sentido, el interés del niño constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia.⁴²³ Asimismo, dicho interés no siempre tiene que coincidir con lo que los progenitores consideren que es mejor para sus hijos, siendo el Juez quien determinará cuál es la mejor forma de satisfacer y proteger el *favor filii*, apoyándose de todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones.

Principio de corresponsabilidad parental

Consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.⁴²⁴ Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos progenitores, vivan o no bajo el mismo techo.⁴²⁵

Tiene su reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 18, que establece: “1. 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 (...)”.

422. En similar sentido, JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: “El Interés del Menor como Criterio de Atribución de la Guarda y Custodia en las Situaciones de Crisis Matrimonial”, en HERRERA CAMPOS, Ramón (Coordinador): “Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada”, Volumen II, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000, p. 877.

423. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones Sustantivas)” en “La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2007, p. 236

424. Sobre este punto, Vid., ampliamente, LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p. 1; LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 399; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 261.

425. TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o el Divorcio”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 121-122.

Este principio de corresponsabilidad parental y el derecho a relacionarse con los hijos no son absolutos, sino relativos, y deben ponerse en relación con el prevalente principio del interés superior del niño.⁴²⁶ Por tanto, el planteamiento ha de partir del niño y no de los padres, lo que implica asegurar la supervivencia de la pareja parental.⁴²⁷ En ese sentido, el desarrollo integral del niño y adolescente se debe llevar a cabo procurando mantener las relaciones con ambos progenitores de manera continuada, plena e intensa.⁴²⁸

Además, es preciso acotar que este principio está completamente vinculado a la figura de la custodia compartida en el sentido de que esta se relaciona, además del cuidado propiamente dicho, con los aspectos de educación, crianza, alimentos, etc., en los momentos en que cada progenitor tiene a los hijos en su compañía, de manera que el progenitor custodio en cada momento, no se limita a una función estrictamente de cuidador o guardador, sino que cada uno –padre y madre– asumen su responsabilidad parental para con su hijo mientras lo tienen bajo su cuidado directo.⁴²⁹ En ese sentido, la custodia compartida no se reduce a la regulación de la convivencia sino a materias en las que, en general, se expresa el principio de correspondencia parental.⁴³⁰

Principio de coparentalidad

Tal como apunta TAMAYO HAYA,⁴³¹ la coparentalidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus pro-

426. PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 59

427. TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...” Op. Cit. p. 121-122.

428. ídem, p. 127.

429. En cuanto a los aspectos que forman parte intrínseca del cuidado personal, la Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro de San Salvador, de fecha catorce de octubre de dos mil tres (Ref. 231-A-2002), en su Considerando IV, establece: “(...) Se considera que las pautas más relevantes del cuidado personal son: la crianza, la convivencia, la formación moral y religiosa, la educación, la corrección, las relaciones de trato y la asistencia”.

430. Cfr. DE PÁRAMO ARGÜELLES, Matilde: “La Guarda y Custodia Compartida: ¿Una Medida Excepcional en Nuestro Derecho Positivo?”, Revista de Derecho vLex, número 75, Diciembre de 2009, p. 10

431. Cfr. TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...”, Op. Cit., p. 112-113.

genitores, para lo cual ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura.⁴³²

Así, la coparentalidad implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto y, además, adaptación al divorcio entre los padres y sus hijos. De esta manera, la coparentalidad solo es posible cuando los progenitores se han adaptado adecuadamente al divorcio y han tomado conciencia de su identidad de co-progenitores.⁴³³

Principio de universalidad

Conforme a este principio, el régimen de guarda y custodia compartida puede ser atribuido a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva.⁴³⁴ Con lo cual, carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: el vínculo filial.⁴³⁵

FORMAS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida presenta distintas formas en función de la atribución del uso de la vivienda familiar y el tiempo que cada progenitor tendrá a su cargo el cuidado de los hijos; estas formas o fórmulas deben de ser lo más amplias posible teniendo en cuenta, tanto el interés de los hijos, como las circunstancias de los progenitores.

Para adoptar una u otra forma, será necesario valorar diversos factores, tales como: El horario laboral de padre y madre, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su edad, el horario escolar, etc.

432. Vid., MACÍAS CASTILLO, Agustín: “Guarda y Custodia Compartida: <<Deslocalización>> de los Hijos Como Efecto Legal Inherente al Divorcio. Análisis de la STS de 11 de marzo de 2010”, en Fundamentos de Casación, Revista Actualidad Civil, número 12, quincena del 16-30 de junio de 2010, Tomo I, pp. 1462-1466, La Ley (4435/2010), Madrid, p. 1464

433. YÁRNOZ YABEN, Sagrario: “Coparentalidad y Adaptación al Divorcio de los Progenitores” ponencia desarrollada en el I Congreso Internacional sobre Divorcio y Separación: ¿Custodia Compartida? Facilitar la Coparentalidad en Beneficio del Menor, celebrado el 26 y 27 de mayo de 2011 en la Universidad del País Vasco (sede San Sebastián).

434. Vid. PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 62
Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 6.

435. Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 6.

Las fórmulas más usuales que pueden presentarse son las siguientes:⁴³⁶

Custodia compartida simultánea

Para hacer efectiva esta fórmula se necesita que los progenitores, después de la separación, continúen conviviendo en el mismo domicilio en unión de los hijos. Según este supuesto, la vivienda familiar se divide en dos dependencias diferentes, permitiendo que los hijos puedan, indistintamente, estar en una u otra de ellas o, incluso, compatibilizando algunos espacios.

Este sistema requiere que tanto la madre como el padre tengan una relación amistosa y la madurez emocional y psicológica suficiente para convivir en el mismo domicilio con sus hijos, lo cual es difícil de alcanzar luego de una crisis matrimonial y cuando cada uno de los progenitores hace una vida en compañía de su nueva pareja; sin embargo si el interés de los hijos es puesto sobre el interés personal de los progenitores, les será menos difícil poder adaptarse a esta forma de custodia.

Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar

Los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes se alternan por periodos de tiempo determinado para residir con sus hijos.⁴³⁷ La ventaja para los hijos es que no cambian de entorno y mantienen su espacio vital propio; de esta forma, no enfrentan el hecho de hacer maletas y trasladarse cada cierto tiempo a la residencia de su padre y madre.

436. Cfr. PÉREZ MARTIN, Antonio Javier: "Tratado de Derecho de Familia: Procedimiento Contencioso Separación, Divorcio y Nulidad. Uniones de Hecho. Otros Procedimientos Contenciosos. Aspectos Sustantivos.", volumen I, Editorial Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, 2007, p. 262; PINTO ANDRADE, Cristóbal: "La Custodia Compartida", Op. Cit., pp. 81-87

437. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2007 (Resolución número 251/2007, ponente: Dª Juana María Gelabert Ferragut), se confirmó la sentencia apelada que atribuyó el uso de la vivienda a los hijos comunes "permaneciendo en él de forma continuada la madre durante el plazo de un año a contar desde la fecha de esta resolución y si transcurrido ese lapso de tiempo, no se hubiera extinguido en cualquier forma el condominio existente sobre el inmueble, será entonces el padre quien resida en la indicada vivienda alternativa y sucesivamente hasta que se proceda a la extinción de la copropiedad de la vivienda". (Fundamento de Derecho 3º)
Por el contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 20 de diciembre de 2006 (Resolución número 696/2006, ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), revoca la sentencia del Juez a quo que establecía la custodia compartida anual en el mismo domicilio, siendo los progenitores quienes se alternaban en el uso del mismo, por considerarlo inadecuado para los intereses de la hija (Fundamentos de Derecho 2º y 3º).

Este sistema presenta un inconveniente de tipo económico, pues obliga a cada progenitor a tener su propio lugar de residencia y, al mismo tiempo, a tener un domicilio familiar común. Ello conlleva la existencia de tres domicilios: La vivienda familiar en la que estarán los hijos con cada uno de los progenitores en los periodos en que les correspondan y consiguientemente el padre y la madre precisarán cada uno de una vivienda para los períodos en que no vayan a estar con sus hijos.

Dada la dinámica en la convivencia, suelen surgir problemas por las distintas formas de vida del padre y de la madre, como por ejemplo, el estado de la vivienda en cuanto a orden o limpieza, problemas que, en muchos casos, son solventados por los propios hijos con la finalidad de que sus padres no se enfaden, asumiendo ellos la limpieza y el orden de la casa antes de cada cambio.

Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores

En esta fórmula, el hijo permanece más tiempo con uno de sus progenitores, pero el otro no se limita a estar con él en un determinado periodo, sino que se involucra en sus tareas diarias. Por ejemplo, todos los días lo recoge y lo lleva al colegio o lo recoge del colegio y después de hacer las tareas escolares lo lleva al domicilio familiar, se encarga de llevarlo al médico, se queda con él cuando el padre custodia, por cualquier motivo, no puede estar con el hijo, etc.

Custodia compartida con traslados de los hijos a las viviendas de cada uno de sus progenitores

En principio esta fórmula supone que el Juez no hace atribución del uso de la vivienda familiar ni a los progenitores, ni a los hijos, aunque también puede suceder que atribuya el uso al progenitor en cuya compañía queden los hijos por más tiempo, o atribuirlo al progenitor más necesitado de protección. En cualquiera de estos casos, los hijos siempre se trasladan a la casa del otro progenitor en los momentos en que les corresponde quedar bajo su cuidado. En esta fórmula de custodia compartida, en principio, es conveniente la cercanía de los domicilios de los progenitores, aunque no es lo indispensable.⁴³⁸

⁴³⁸. En este sentido, Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa ("Problemas que Genera la Actual Regulación de la Guarda y Custodia Compartida en el Proceso Contencioso", en Diario La Ley, Año XXX, número 7105, de 2 de febrero de 2009, (pp. 4-11, LA LEY 40228/2008), Madrid, España, 2009. P. 7), considera que si bien la cercanía de domicilios

Así, tenemos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), que aún cuando los domicilios de los progenitores se encontraban en localidades distintas (pero estando ubicado el colegio, al que asisten los hijos, a una distancia intermedia entre las dos poblaciones) fijó la guarda y custodia compartida de la siguiente manera: los lunes y martes los hijos permanecerán con la madre, y los miércoles y jueves con el padre, siempre con pernocta en casa de cada uno de los progenitores, quien deberá acompañar a la mañana siguiente a los niños al colegio en donde cursan sus estudios, así como los fines de semana que abarcarán desde el viernes a la salida de la escuela hasta el lunes a la entrada de la misma, con la debida alternancia, o sea, un fin de semana con cada progenitor, y por ello la recogida de los niños el viernes y su llevanza el lunes al colegio deberá realizarse por el progenitor a quien le corresponda el concreto fin de semana. (Fundamento de Derecho 3º)

A continuación se hace una breve referencia de algunas tesis relacionadas con los perjuicios que se podrían ocasionar a los niños si se adopta esta fórmula:

o Tesis que consideran que los cambios de residencia pueden producir perjuicios en los niños

Según esta tesis, los cambios de residencia producen inseguridad e inestabilidad emocional,⁴³⁹ en función de actitudes temporalmente coincidentes de cada uno de los progenitores sobre los hijos y previsiblemente contradictorias en cuanto al modelo educativo; actitudes que provocan continuos conflictos personales con las desavenencias que pueden generarse a consecuencia de realizar cada cambio.⁴⁴⁰

facilita la custodia compartida ya que el niño se encuentra en el mismo ambiente y el cambio resulta más factible, el cumplimiento de este requisito no es indispensable.

439. Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: "Custodia Compartida de Ambos Progenitores", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 702, Madrid, España, 2007, p. 1824.

440. Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa ("Problemas que Genera...", Op. Cit., p. 7), opina que los detractores de la custodia compartida señalan que la existencia de dos domicilios resta estabilidad al hijo, por la necesidad de tener que adaptarse a las características de cada uno de ellos. Sin embargo, sostiene, que lo realmente importante es la estabilidad emocional, la sensación de seguridad del niño referente al afecto de los progenitores.

Así mismo, este sistema puede provocar desarraigo del niño al cambiar ⁴⁴¹ de residencia si los domicilios de los progenitores están considerablemente distanciados.

Según esta tesis, se debe tomar en cuenta que el hijo tiene sus amigos en el barrio donde vive, asiste a actividades extraescolares, etc., y discontinuarlas le podría resultar perjudicial.

o Tesis intermedia

Para los adeptos a este sistema, la convivencia alternada con ambos progenitores puede generar efectos positivos, pero los cambios constantes generan ansiedad y precisan de continuas adaptaciones en los niños, por eso debe aminorarse el número de traslados de una vivienda a otra y aumentar el tiempo de convivencia con cada progenitor.

SAN SEGUNDO MANUEL ⁴⁴² opina que cuando el hijo se alterna entre el domicilio paterno y materno, el niño acaba convirtiéndose en una especie de sin techo, con dos casas. Está siempre con la maleta de un lado para otro, aun cuando tenga un dormitorio y artículos personales en cada uno de los domicilios, no deja de estar de continua mudanza. Sin embargo, agrega, con buena voluntad y mucha colaboración pueden paliarse muchos de los inconvenientes, por ejemplo, cuando los progenitores optan por decorar las habitaciones del niño -en sus respectivas viviendas- de forma idéntica con el fin de que se perciba de forma mínima el cambio de domicilio.

o Tesis a favor de los cambios de residencia de los niños

Se considera que este sistema favorece la continuidad de la maternidad y paternidad responsable y se tutela el derecho del hijo a seguir contando de forma real y efectiva con un padre y una madre, es decir, se fomenta la coparentalidad, lo que es de suma importancia pues los hijos necesi-

441. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (idem, p. 7), señala que, en la práctica, cuando se establece la custodia exclusiva a uno de los progenitores, se dan casos de cambios de residencia con la finalidad de alejar al hijo del otro progenitor, por lo que aquel termina enfrentándose a una situación peor de inestabilidad de domicilio.

442. Cfr. SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: "Maltrato y Separación: Repercusiones en los Hijos", en TAPIA PARREÑO, José Jaime: "Custodia Compartida y Protección de Menores", cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 145

tan siempre a ambos progenitores. Además, posibilita que el hijo perciba que tanto su padre como su madre participan en todos y cada uno de los momentos de su vida.

MODALIDADES DEL EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Reparto de los tiempos de convivencia

En cuanto a las modalidades del ejercicio de la custodia compartida se pueden ir alternando períodos de convivencia anuales, mensuales, quincenales, semanales o diarios.⁴⁴³ Incluso, cuando la buena relación de los progenitores lo permite, es posible fijar la custodia compartida sin delimitar los períodos de convivencia con base en la libre relación de los hijos con el progenitor con el que no conviven habitualmente. De esta forma, los niños residen con un progenitor y tienen con el otro un contacto libre ajustado a sus períodos de disponibilidad de tiempo.⁴⁴⁴

No existe, por tanto, un modelo general de custodia compartida que obligue a repartir la convivencia de los hijos con cada uno de sus progenitores en períodos iguales. Es importante tener en cuenta que cada situación familiar es distinta, específica y concreta,⁴⁴⁵ por ello dichas modalidades de guarda, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, serán acordados por el Juez en cada supuesto concreto, en atención a las circunstancias

443. Vid., entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005, pp. 160; SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social a la Pericial de Familia”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 196-197; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 54-55.

444. Vid., entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005, pp. 160; SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social a la Pericial de Familia”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 196-197; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 54-55.

445. Cfr. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 204

concurrentes y a las peticiones de las partes, buscando el mayor beneficio del hijo.

Entonces, a partir de las formas o fórmulas de custodia compartida relacionadas anteriormente, los progenitores pueden acordar modalidades en los tiempos de alternancia de la custodia en función de su situación personal y la de sus hijos, para ejercer, de la manera mas idónea, la paternidad y maternidad, así tenemos que:

- El niño puede pernoctar con el progenitor al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar y pasar las tardes, desde la salida del colegio hasta después de cenar, con el otro progenitor.⁴⁴⁶

PÉREZ-SALAZAR RESANO,⁴⁴⁷ considera que cuando el niño es de corta edad, se requiere que los períodos de cuidado que asuman uno y otro de los progenitores, sean muy frecuentes, aunque no sean muy largos en su duración, ya que para el niño resulta muy difícil crear un vínculo afectivo con un progenitor con quien se relaciona cada quince días. En este sentido, puede realizarse una guarda compartida distribuyendo, en un mismo día, diversos periodos de tiempo tanto al padre como a la madre para el cuidado de su hijo.

- Establecimiento de la residencia habitual del hijo con uno u otro de los progenitores, con base en el reparto del tiempo que más convenga a aquel, según sus necesidades escolares, relación con los hermanos, familia extensa, etc.

Las reglas aquí son fijas, puesto que previamente están determinados los calendarios, y también la distribución de las responsabilidades. Supone un grado de colaboración alto entre los progenitores, y su formulación más habitual es la de la comunicación intersemanal de una o dos tardes, con pernoctas incluidas, además del reparto de los fines de semana y de las vacaciones.⁴⁴⁸

446. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 16 de marzo de 2007 (Resolución número 228/2007, ponente: D. Paulino Rico Rajo)

447. Cfr. PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: "La Guarda y Custodia Compartida y el Régimen de Visitas: Los Puntos de Encuentro Familiar", en TAPIA PARREÑO, José Jaime: "Custodia Compartida y Protección de Menores", cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 271-272

448. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: "El Nuevo Régimen Jurídico...", Op. Cit., p. 55.

- Alternar la convivencia del hijo con cada progenitor con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario,⁴⁴⁹ en caso de niños de muy corta edad; o de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño.

Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de 9 de mayo de 2005 (Resolución número 106/2005, ponente: Dª. María Esperanza Pérez Espino) en la que se confirmó la guarda y custodia compartida que ambos progenitores de hecho desarrollaban sobre sus hijos, por entenderse que no se había demostrado que la misma fuera perjudicial para su desarrollo. La fórmula elegida en este supuesto fue que los niños pernoctaran de domingo a miércoles con su padre y de jueves a sábado con su madre, si bien los lunes, martes y miércoles, desde las cuatro de la tarde hasta las diez de la tarde, permanecían con la madre (Fundamento de Derecho 3º). Cabe señalar que se tuvo muy en cuenta la voluntad de los hijos de 11 y 13 años que en el acto de exploración afirmaron que deseaban que se mantuviera dicha situación (Fundamento de Derecho 2º). Por todo ello, la Audiencia Provincial declaró la procedencia de que la guarda y custodia de los niños fuera ejercida por ambos progenitores atendiendo, fundamentalmente, “al deseo de los niños, a la situación que de hecho se estaba manteniendo, al interés de los mismos que de esta forma tienen contactos asiduos con su padre y con su madre, lo cual redundará en un mejor desarrollo afectivo y familiar...”(Fundamento de Derecho 3º)

En la misma línea, la Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro de San Salvador, de fecha catorce de octubre de dos mil tres (Ref. 231-A-2002), que confirmó la Sentencia de la Jueza a quo que fijó la guarda compartida con una alternancia de tres días y medio para cada progenitor: de lunes a jueves con el padre y de jueves a lunes con la madre, con la variante de que un fin de semana alterno los hijos estarán con el padre.

- **Alternancia semanal**

Este es el caso de la Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro de San Salvador, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil seis (Ref. 144-A-2004), que estableció la guarda compartida con

⁴⁴⁹. En este sentido Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007.

una alternancia semanal, valorando la idoneidad de ambos progenitores para ejercer el cuidado del hijo.

Así también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 1 de octubre de 2007 (Resolución número 471/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), en la cual se atribuyó el ejercicio de la custodia compartida para ambos progenitores, con una alternancia semanal, valorando principalmente la voluntad y deseo de la hija de permanecer idéntico tiempo con cada uno de sus progenitores y la aceptación por ella del reparto de convivencia fijado. (Fundamentos de Derecho 1º y 3º). También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 28 de noviembre 2006 (Resolución número 513/2006, ponente: D. Santiago Oliver Barceló), atribuyó por semanas alternativas la custodia del hijo con cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta la cercanía de los domicilios de los mismos y la buena relación que mantenía el niño con sus padres. (Fundamento de Derecho 2º)

En posición contraria, ORTUÑO MUÑOZ⁴⁵⁰ considera que las cadencias semanales para los niños más pequeños suponen la reiteración del trauma de la separación y del abandono de uno de sus padres cada semana. Argumenta que para los niños, e incluso los jóvenes, el tiempo transcurre muy lentamente, y una semana es mucho tiempo sin ver a la madre o al padre, y ello cuando no se produce la consecuencia negativa de la desubicación. Añade que el inconveniente de la alternancia semanal, es que nadie puede consolidar una cierta estabilidad, ni los padres y madres, ni los hijos.

Al respecto, considero que no se debe adelantar un criterio sobre el beneficio o no que, en la práctica, pueda tener en los hijos la alternancia semanal, pues cada familia tiene una realidad distinta, con una dinámica y características propias y concretas, por lo cual esta modalidad será fijada por el Juez en aquellos casos en los que se revele como la mejor opción para satisfacer y proteger los intereses del niño, a partir del análisis que se haga de la situación y práctica familiar.

450. Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: "El Nuevo Régimen Jurídico...", Op. Cit., pp. 54-55

En el Informe Reencuentro,⁴⁵¹ se considera que, a falta de un acuerdo distinto entre los progenitores, la alternancia semanal es la fórmula mas idónea de convivencia, siempre que se intensifiquen los contactos del progenitor no conviviente en proporción inversa a la edad del niño.

- El niño convive quince días seguidos con cada uno de sus progenitores y se relaciona con el progenitor no custodio los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 5 de octubre de 2007 (Resolución número 618/2007, ponente: D. Paulino Rico Rajo), que confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia que atribuyó la custodia compartida para ambos progenitores, con una alternancia en la convivencia de quince días, tomando en consideración la voluntad de la hija que expresó: "que se relaciona con normalidad tanto con su padre como con su madre, y que actualmente está viviendo dos semanas con su padre y dos semanas con su madre y le parece bien seguir con este sistema pues así puede ver a los dos". Además fundamentó su decisión en "que dicho sistema es el más beneficioso para la menor, lo que se deriva del contenido del informe elaborado por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil en el que se señala que la familia había establecido un funcionamiento de guarda y custodia compartida, de esta manera, sus hijas desde la separación de los padres, pasaban quince días con cada progenitor, lo que han establecido unas relaciones familiares positivas, con una responsabilidad clara y bien aceptada..." (Fundamento de Derecho 2º).

Así también la Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro de San Salvador, de fecha diecinueve de junio de dos mil doce (Ref. 80-A-2012), que estableció la guarda compartida con una alternancia de quince días, valorando la opinión de la niña quien manifestó: "(...) que quisiera permanecer bajo el cuidado de sus padres, ya que refiere sentirse bien con ambos y los quiere mucho. Manifestó (...) sentirse identificada y querida por ambos progenitores..." (Considerando IV).

451. Informe Reencuentro: "Sobre la Custodia Compartida, Reencuentro de Padres e Hijos Separados por una Ley Obsoleta y Parcial", elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados, de fecha 25 de septiembre de 2002, Madrid, Pp. 12 y 13. Este documento puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica: <http://www.adiospapa.info/cop/reencuentro.htm>

- El niño convive de forma alternada por un mes con cada uno de sus progenitores y se relaciona con el progenitor no custodio los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 1 de marzo de 2006 (Resolución número 144/2006, ponente: D. José Enrique de Motta), confirmó la sentencia del Juez a quo que fijó la custodia compartida consistente en que el hijo conviva un mes con cada progenitor fijándose un régimen de visitas de fines de semana alternos para cada progenitor. (Fundamento de Derecho Único)

También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), fijó de oficio la guarda y custodia compartida por meses alternos, con un régimen de visitas de fines de semanas alternos para el progenitor que en el correspondiente mes no tuviera encomendada la guarda; pero, además, el Juez dispuso que las decisiones importantes (educación, intervenciones quirúrgicas, participaciones en viajes o actividades de riesgo, etc.) se adoptaran conjuntamente (Fundamento de Derecho 8º).

• **Alternancia trimestral**

Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5ª, 13 de junio de 2006 (Resolución número 219/2006, ponente: D. José María Álvarez Seijo), que confirmó la sentencia recurrida que atribuyó la custodia compartida por periodos de tres meses con cada uno de los progenitores y régimen de visitas de fines de semana alternos para el progenitor no custodio, ya que “dadas las relaciones de los hijos con los progenitores era el sistema que mejor se adaptaba a sus necesidades” (Fundamento de Derecho 2º).

También la Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 1ª de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (Resolución número 94/2010, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías), confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, que dispuso un sistema de custodia compartida en el cual los progenitores se alternan por trimestres escolares (Fundamento de Derecho 2º).

• Alternancia cada seis meses

Este es el caso de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, de 21 de septiembre de 2010 (ponente: D. Francisco Javier Forcada Miranda), que atribuyó la guarda y custodia compartida a los progenitores alternándose en el cuidado del hijo, “la madre los seis primeros meses de cada año y el padre los seis segundos meses de cada año”, con un régimen de visitas, comunicación y estancias para el progenitor no guardador de fines de semana alternos y dos tardes entre semana.

Así también la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro de San Salvador, en su Sentencia de veintiuno de agosto de dos mil tres (Referencia 202-A-2002), confirmó la Sentencia de la Jueza a quo que estableció la guarda y cuidado personal compartido por seis meses alternos, con un régimen de visitas, comunicación y estancias para el progenitor no guardador de todos los fines de semana desde el sábado a las nueve de la mañana hasta el domingo a las seis de la tarde.

- Por períodos escolares alternativos, por ejemplo de septiembre a agosto de cada año, ambos inclusive.

Así lo hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, de 24 de abril de 2006 (Resolución número 103/2006, ponente: D. José Alfredo Caballero Gea), que confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia que atribuyó a ambos progenitores el ejercicio compartido de la guarda y custodia del hijo, por períodos escolares de septiembre a agosto de cada año. La Sala fundamentó su decisión en que ambos progenitores presentan las condiciones y aptitudes necesarias para atender debidamente a su hijo. (Fundamento de Derecho 2º).

Esta modalidad se plantea inicialmente cuando los progenitores viven en ciudades distantes, e incluso en diferentes países. Tiene como ventaja que los niños convivan inmersos tanto en el ámbito paterno como en el materno, probablemente aprenderán así varios idiomas y vivirán en culturas diversas, sin embargo la desventaja radica en que si no se garantiza un contacto habitual y constante con el progenitor no custodio, es el propio niño el que se rebela cuando tiene que cambiar de ciudad y de entorno, con los consiguien-

tes problemas y enfrentamientos, que pueden terminar con una absoluta ruptura de las relaciones.⁴⁵²

FACTORES A TOMAR EN CUENTA PARA DETERMINAR LAS MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O EL REPARTO EN LOS TIEMPOS DE CONVIVENCIA

Doctrinariamente⁴⁵³ se han señalado algunos factores que tanto los progenitores como el Juez deben tener en cuenta al momento de fijar el reparto de los tiempos de convivencia para el cuidado compartido de los hijos; así, podemos enunciar, sin ánimo de realizar una lista taxativa y exhaustiva, los siguientes: La edad del hijo, proximidad geográfica de las viviendas, las obligaciones laborales y disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos, el aseguramiento de la estabilidad del hijo en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos, barrio, etc., la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad, el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación, la garantía del equilibrio psíquico del niño, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, y finalmente, hábitos y rutinas del hijo antes de la ruptura, así como su calendario escolar, etc.

La jurisprudencia española se ha pronunciado respecto de esta temática en diferentes resoluciones, de las cuales se pueden citar las siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 17 de mayo de 2004 (Resolución número 320/2004, ponente: D. Víctor Caba Villarejo), que en su Fundamento de Derecho 1º, indicó: “La cuestión a resolver será la de cómo ha de hacerse ese reparto temporal de la convivencia de los progenitores separados con sus hijos. En este reparto temporal de la convivencia han de tenerse en cuenta factores como la situación de los progenitores (personal y laboral), la vinculación familiar de los hijos,

452. Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., pp. 54-55.

453. Vid., entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 160; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., pp. 56-57; SARAYIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 204; SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social...”, Op. Cit., pp. 196-197

arraigo con el lugar donde se ha desarrollado la convivencia hasta entonces, las posibilidades de adaptación de los menores a un cambio de residencia, y análogas”. En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 15 de julio de 2004 (Resolución número 465/2004, ponente: D. Víctor Caba Villarejo), según la cual el punto es “cómo hacer ese reparto temporal de la convivencia, supuesto el amor que uno y otro profesan al menor y capacitación por igual para llevar y tener en su compañía y educar al hijo...” (Fundamento de Derecho 2º). Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 20 de diciembre de 2006 (Resolución número 696/2006, ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), considera que el Juez debe de indagar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y adoptar las medidas que conjuguen el necesario equilibrio entre el derecho de los hijos a seguir manteniendo con sus progenitores una relación afectiva periódica y continua y el posible perjuicio que de ello pueda derivarse para su desarrollo físico y emocional (Fundamento de Derecho 3º).

LA EDAD DE LOS NIÑOS Y EL SEXO DEL PROGENITOR COMO FACTOR A TOMAR EN CUENTA EN LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Uno de los argumentos más utilizados para no adoptar la custodia compartida, ha sido el criterio prejuicioso de que los hijos de corta edad se encuentran mejor protegidos en sus intereses bajo la guarda y custodia exclusiva de la madre.

Sobre este punto se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), en su Fundamento de Derecho 8º, al sostener que “ese derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distingos en función de la edad de los niños o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden y deben ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de los hijos”.

A este respecto TORRES PEREA ⁴⁵⁴ sostiene que quizá el tradicional escollo que encontramos al estudiar el ejercicio de la custodia compartida sea la creencia de que el bebé debe ser cuidado exclusivamente por la madre. Sin embargo, los expertos ⁴⁵⁵ señalan que lo mejor es no esperar demasiado para empezar a construir la relación entre padre e hijo. Además se ha demostrado que un padre puede participar activamente en la educación de sus hijos más pequeños (piénsese en los supuestos en los que el padre queda viudo justo tras el nacimiento de su hijo), de esta forma el bebé puede desarrollar desde temprana edad dos vínculos afectivos principales, con su madre y con su padre.

En opinión contraria, ROMERO COLOMA ⁴⁵⁶ sostiene que la madre es la persona preferente para ejercer la custodia de los hijos, sobre todo cuando éstos son aún de corta edad. En ese sentido, agrega, el sistema de custodia compartida es poco adecuado para los hijos recién nacidos (bebés) y es especialmente inadecuado para los menores de cinco años.

En relación a lo anterior, PAÑOS PÉREZ, ⁴⁵⁷ acertadamente, opina que la atribución exclusiva de la guarda conforme al criterio de la edad de los hijos y sexo del progenitor, resulta incoherente en la sociedad actual en la que tanto hombre como mujer se reparten entre sus obligaciones laborales y familiares. Por lo que, resalta la importancia que la presencia de ambos progenitores tiene para la educación de sus hijos quienes tienen el derecho de desarrollar y mantener una relación independiente y adecuada con su padre y con su madre.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 12 de marzo de 2007 (Resolución número 94/2007, ponente: D. Modesto Blanco Fernández del Viso), sostuvo que, en orden a la atribución de la custodia que se establece tras la ruptura matrimonial, “es

454. TORRES PEREA, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho de Familia: Una perspectiva Multidisciplinar”, Editorial Iustel, primera edición, Madrid, España, 2009, p. 258.

455. POUSSIN Gérard/LAMY, Anne: “Custodia Compartida. Cómo Aprovechar sus Ventajas y Evitar Tropiezos”, Espasa Calpe, Madrid, 2005, pp. 61-68.

456. ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida: Análisis y Problemática Jurídica”, en Diario La Ley, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, número 7504, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p. 12.454.

457. PAÑOS PÉREZ, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación a la Hora de Otorgar la Guarda y Custodia de los Hijos”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 153

una medida que debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 92 del CC, criterio idéntico al consignado en el Art. 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma de dicho Código, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, criterio legal aplicable aunque no se trate de medidas adoptadas en procedimientos matrimoniales...”. En este caso, se consideró que de lo actuado no se desprendía la no idoneidad del padre, ni que llevase una vida desordenada que fuera inadecuada para el cuidado de un niño. (Fundamento de Derecho 2º).

No obstante lo anterior, encontramos decisiones judiciales en las que la circunstancia del sexo del progenitor y la edad del hijo son el fundamento para denegar la solicitud de guarda y custodia compartida.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2007 (Resolución número 39/2007, ponente: D. Matías Soria Fernández), que, en su Fundamento de Derecho 2º, considera correcto el razonamiento efectuado por el Juez a quo, que otorgó a la madre la guarda y custodia de su hijo de 2 años de edad, esgrimiendo que es la medida más favorable para el hijo, fundamentando su decisión en una larga experiencia sobre la conveniencia de que en esas edades es más beneficioso el contacto directo y continuo de la madre, por lo que estima que no hay motivos suficientes para variar dicha situación. Alude al recurso de apelación presentado por el padre en el cual argumenta que su horario de trabajo permite una mayor atención del niño, y que para la resolución del procedimiento lo que debe de primar es el beneficio del hijo; pero, sostiene la Sala, que no otra cosa ha hecho el Juez sino pensar que es más beneficioso para el hijo no modificar el estado actual por no existir motivo para ello, y considerar que a edad tan temprana es más conveniente para el desarrollo de la personalidad del niño el afecto continuo de la madre.

A partir de lo anterior, considero que es necesario que el Juez se aparte de criterios prejuiciosos, que muchas veces forman parte principal de su razonamiento para denegar la solicitud de custodia compartida. Este tipo de cuidado personal sólo debe ser denegado cuando de la valoración del conjunto de las circunstancias se desprenda el efectivo perjuicio que representa para el hijo adoptar dicha medida. Como se ha dicho antes, cuanto más corta sea

la edad del hijo, más necesitará del contacto con sus dos progenitores para crear y fortalecer los vínculos con ambos, lo que siempre y sin ninguna duda beneficiará su desarrollo emocional y psicológico.

VENTAJAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Según lo ha expuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18^a, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors) en su Fundamento de Derecho 3^o y la doctrina,⁴⁵⁸ las ventajas que tiene este sistema de guarda son:

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia aproximadamente igualitaria, y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.⁴⁵⁹ Así, los hijos podrán mantener una relación fluida y constante con cada uno de sus padres y al mismo tiempo obtener afecto, formación y la impronta de una ética.

Al respecto, SARAVIA GONZÁLEZ⁴⁶⁰ opina que con este sistema de guarda se contribuye a afianzar los lazos de unión de los hijos con sus padres, aunque estos ya no sean cónyuges. Esto encuentra su fundamento en la idea de que la separación o el divorcio ponen final al matrimonio, pero no a los vínculos familiares; ello implica que los derechos y las responsabilidades de

458. Vid. GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida. Guarda Conjunta y Guarda Alternada”, en Abogados de Familia, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2000, Editorial La Ley, pp. 18 y 19; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 157-159; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., pp. 46-48; POUSSIN Gérard/LAMY, Anne: “Custodia compartida”, Op. Cit., pp. 41-52; HERRERA CAMPOS, Ramón: “Algunas Consideraciones Entorno a la Custodia Compartida”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 142; entre otros.

459. Al respecto, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (“Protección de los Menores en los Procesos de Separación y Divorcio”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinaria”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008, p. 52), sostiene que el objetivo que se persigue a través de la custodia compartida es que la ruptura de pareja no conlleve la ruptura de la familia.

460. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203.

cada uno de los padres con respecto a sus hijos, una vez sobrevenida la crisis matrimonial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían contraídos legalmente en una situación de normalidad matrimonial.

- Se evita el divorcio del hijo y del progenitor no custodio y no se añade al drama de la ruptura el del alejamiento de uno de ellos.⁴⁶¹ Esta mejor adaptación a la situación de ruptura les aporta mayor autoestima y confianza, lo cual evita determinados sentimientos negativos en los hijos, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc.⁴⁶²
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los progenitores frente a los hijos.

Asimismo, no se obstaculizará ni se entorpecerá la relación del hijo con el otro progenitor, porque, aunque uno de ellos tienda a hacerlo, la alternancia impedirá que se consolide el alejamiento.

- Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del niño que tendrá oportunidad de adaptarse a dos modelos adultos positivos y de ello, más que

461. En este sentido, ROMERO COLOMA, Aurelia María (“La Guarda y Custodia Compartida como Medida Familiar Favorable a los Hijos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 814/2011, Sección Opinión, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011 [BIB 2011/272], p. 1) sostiene que la custodia compartida propicia que las relaciones de los progenitores con sus hijos no se deterioren, evitando que los hijos se distancien de uno de sus padres, como sucede cuando se atribuye la custodia exclusiva a uno de ellos.

462. En este sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, M. (“Notas sobre la Protección Civil del Menor en las Crisis Conyugales”, en *VV.AA., La tutela de los derechos del menor*, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZALEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984 p. 159, Cit. Por MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC): Teoría y Práctica Jurisprudencial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 141). Este autor sostiene que las crisis matrimoniales, en cuanto producen la dispersión de los miembros de una familia nuclear, repercuten manifiestamente en los hijos menores, tantas veces víctimas inocentes de las turbulencias y de las discordias, cuando no del egoísmo pasional de sus progenitores. Lo primero que siente amenazado es el sentimiento de protección y pertenencia a un grupo que percibía o al menos necesitaba y deseaba, como algo coherente, unido y fuerte. Y al empezar a sentirse desprotegido le sobreviene un estado de carencia afectiva; una sensación de abandono que le acarrea ansiedad, angustia, fondo depresivo, tristeza, temor, búsqueda de apoyo y mayor necesidad de cariño.

inestabilidad pueden derivarse beneficios para el hijo que adquiriría una visión más amplia y constructiva de su propia personalidad.⁴⁶³

Conforme a lo anterior, es erróneo afirmar que la estabilidad de los hijos está incondicionalmente ligada a un domicilio estable o permanente; pues lo que ellos precisan es la estabilidad emocional que les proporciona sentirse queridos, educados y cuidados por quienes son sus progenitores.

- Es la mejor alternativa al status quo inmediatamente anterior a la ruptura familiar, en el que los dos progenitores convivían bajo el mismo techo y ejercían el cuidado de los hijos.

Dado que la ruptura de la convivencia provoca que los progenitores residan en distintos lugares y que los hijos no puedan convivir simultáneamente con el padre y con la madre, el menor de los “males” es que aquéllos puedan disfrutar de la compañía habitual de ambos progenitores, aunque sea en períodos de tiempo alternados y sucesivos.

- Ambos padres se mantienen guardadores y custodios de sus hijos, por lo cual ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de ellos.

Consecuentemente, se crea un marco de acreditación y calificación positiva respecto a la aptitud de cada uno de los progenitores, y, además, la idoneidad de cada uno de ellos no es discutida, o será menos cuestionada.⁴⁶⁴

- Permite a los progenitores la mutua comprensión del que respectivamente está en la posición contraria: custodia y régimen de visitas, comunicación y estancias.

Al invertirse periódicamente las posiciones entre los progenitores, las posibilidades de compenetración ante problemas comunes son mayores, pues no existe realmente un progenitor no custodio que desconozca los problemas

463. En este sentido, GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica de los Hijos Cuyos Padres no Conviven: Aspectos Personales”, primera edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 101

464. Vid. ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 95

cotidianos del hijo, tal y como ocurre en los casos de guarda unilateral en el que el progenitor no guardador se convierte en un mero visitador del niño ajeno a su realidad diaria.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, sostiene que la ventaja de la guarda y custodia compartida vendría determinada en el sentido de que los progenitores tendrían la convicción de que comparten el ejercicio de la patria potestad, cuestión que no sucede cuando se atribuye la custodia del hijo a uno de los progenitores, quien toma las decisiones ordinarias e importantes unilateralmente sin contar con la opinión del progenitor no custodio, ni informar a este sobre las decisiones adoptadas.⁴⁶⁵

- Se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a los mismos a adoptar una visión de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor.
- Se garantiza a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad⁴⁶⁶ de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro, y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo con ello, además, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;
- Si ambos progenitores trabajan, pueden asumir los gastos de manutención en cada período de convivencia y colaborar, cada uno en proporción a sus posibilidades, con los gastos ordinarios y extraordinarios, a cuya satisfacción destinarán los ingresos realizados en la cuenta abierta a tal fin.

465. Sobre los problemas que plantea la atribución de la custodia a un progenitor, Vid. ampliamente, DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio: "Derechos y Obligaciones del Progenitor No Custodio Para Con los Hijos: Problemas y Alternativas", en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: "La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja", primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 252-259.

466. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María ("Guarda y Custodia Compartida...", Op. Cit., p. 201-203) señala que esta es una ventaja desde el punto de vista socio-jurídico, y que carece de sentido hablar de primar el derecho de la mujer por ser madre y, por esa condición, convertirse en acreedora de la custodia exclusiva sobre los menores, como se venía haciendo en el 90% de los procedimientos matrimoniales y, en consecuencia, de discriminación de sexos a la hora de hablar del cuidado y educación habitual de los hijos.

Esta dinámica evita las disputas, los resentimientos y la conflictividad motivados por el impago de pensiones alimenticias al desaparecer el deudor de la misma.⁴⁶⁷

- Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto al tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.

SARAVIA GONZÁLEZ,⁴⁶⁸ comenta que el progenitor custodio ya no tendrá que dedicarse 11 meses al año al cuidado de los hijos, porque al otro progenitor también le corresponde su cuidado, con lo que se contribuye a propiciar el desarrollo profesional, personal y social de los progenitores.

- Disminuye la tensión propiciando un desempeño eficaz y competente de la parentalidad. Además de ser un constante estímulo para que los progenitores conjuguen los criterios educativos y normativos que han de seguir en la vida diaria;⁴⁶⁹ y
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el hijo.

En relación a lo anterior, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA,⁴⁷⁰ afirma que el ejercicio de la custodia compartida es una medida que se puede convertir en el medio más justo y seguro para el hijo, ya que permite que sea educado de forma regular y cotidiana por sus progenitores. De la misma manera, ORTUÑO MUÑOZ,⁴⁷¹ la considera como la mejor de las soluciones

467. En el mismo sentido, SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203) que la considera una ventaja desde el punto de vista económico.

468. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (idem).

469. ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 96

470. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: “El Menor en las Crisis Familiares” en VV.AA.: “Jornadas Sobre Derecho de los Menores”, Coord. Lázaro González, Isabel/Mayoral Narros, Ignacio, Madrid, 2003, p. 175.

471. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 64

que pueden establecerse en beneficio de los hijos, puesto que queda asegurada la relación más amplia posible, en cada caso, con el progenitor con el que habitualmente no residen.

Por su parte, TAMAYO HAYA,⁴⁷² sostiene que la custodia compartida es una alternativa tan compatible como la custodia unilateral, que debe ser tomada en cuenta en su verdadera magnitud, sin condicionamientos apriorísticos, concebida a partir del criterio de igualdad que tiene que existir entre progenitores y en beneficio del hijo.

Como bien señala PINTO ANDRADE,⁴⁷³ este sistema de guarda y custodia no es una panacea ni es la solución universal para todos los casos: partiendo de la consideración de que una separación o divorcio siempre va a causar algún daño al hijo; se trata de elegir la solución menos perjudicial. Siendo esto así, resulta evidente que la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando no perjudique su estabilidad emocional.

También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008 (Resolución número 29/2008, ponente: D. Carlos Ramos Rubio), apunta, en su Fundamento de Derecho 5º, que “(...) no cabe duda de que la llamada “custodia compartida” o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida que evita la aparición de los “conflictos de lealtades” de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos –tampoco puede afirmarse que las acentúe– y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos, ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos”.

472. TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...” Op. Cit. p. 115.

473. PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., Pp. 59-60

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (Resolución número 1165/1996, ponente: D. José Almagro Nosete), señala que el marco natural del niño, con independencia de si conviven o no sus progenitores, sigue siendo la familia, ámbito donde el niño se desarrolla y se desenvuelve su vida cotidiana (Fundamento de Derecho 3º).

DESVENTAJAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Existen opiniones contrarias⁴⁷⁴ al establecimiento de la guarda y custodia compartida; así, se dice que es un sistema inviable jurídicamente, que es un contrasentido con la medida de separación o divorcio matrimonial y que dicha figura redundaría en perjuicio del niño por las siguientes razones:

- La articulación del reparto de los períodos de convivencia va a exigir que los hijos se trasladen, periódicamente, de domicilio, implicando un auténtico peregrinaje para el niño, lo cual le produce una auténtica inestabilidad física que redonda en perjuicio de su equilibrio emocional.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 1 de diciembre de 2003 (Resolución número 238/2003, ponente: D. Francisco Espinosa Serrano), que, en su Fundamento de Derecho 1º, denegó la solicitud de custodia compartida, argumentando que la misma "...no puede acogerse pues aunque la medida podría dar satisfacción a los sentimientos de cariño de uno y otro padre hacia los hijos y al hecho de que estos quieren por igual a sus padres, es lo cierto que comportaría para aquellos un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo, con la consiguiente quiebra del principio del favor filii, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia."

- También se esgrime que si el niño permanece en el domicilio familiar, pueden generarse inconvenientes por el cambio continuo de costumbre

474. Vid. ampliamente, PINTO ANDRADE, Cristóbal: "La Custodia Compartida", Op. Cit., pp. 46-48; POUSSIN Gérard/LAMY, Anne: "Custodia compartida", Op. Cit., pp. 53-60; SARAVIA GONZALEZ, Ana María: "Guarda y Custodia Compartida...", Op. Cit., p. 200-201. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 25 de octubre de 2006 (Resolución número 1105/2006, ponente: D. Francisco Javier Correas González. Fundamento de Derecho 2º)

según se alternen en el domicilio familiar el padre o la madre, lo que puede repercutir negativamente en las relaciones del hijo con su familia, amigos y compañeros de clase, estudios, etc.⁴⁷⁵

- Se alega, además, las dificultades que tendrían los progenitores para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los hijos.⁴⁷⁶
- Existe la errónea idea de que el esquema familiar a partir de la crisis matrimonial no puede ser otro que el de la atribución exclusiva de la custodia a uno de los padres.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 13 de julio de 2004 (Resolución número 234/2004, ponente: D. José Jaime Sanz Cid), en su Fundamento de Derecho 2º, sostuvo: “No somos partidarios de un régimen de guarda y custodia compartida. No nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno para la hija, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano”.

- Se dice que la atribución de la custodia compartida representa una situación irregular, que sólo contribuirá a desestabilizar a los hijos; y esto sin olvidar que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 8 de enero de 2007 (Resolución número 9/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), en su Fundamento de Derecho 2º, denegó la custodia compartida solicitada por el padre, argumentando que “...por mucho que dicho progenitor esté asimismo capacitado para atender y cuidar correctamente de su hijo, la práctica demuestra que la imposición de una guarda y custodia compartida, suele generar importantes tensiones en la relación entre los progenitores...”

475. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 25 de octubre de 2006 (Resolución número 1105/2006, ponente: D. Francisco Javier Correas González. Fundamento de Derecho 2º)

476. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors. Fundamento de Derecho 3º).

- Por otro lado, desde el punto de vista de los padres, implica mayores costos, pues ambos deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos. Aunado a lo anterior, se exige una proximidad obligada de ambos hogares.⁴⁷⁷

Como toda medida, la custodia compartida reporta tanto ventajas como inconvenientes, pero no por ello debe descartarse automáticamente su aplicación, muchos de los argumentos para desechar la opción de este tipo de custodia se basan en prejuicios personales, en creencias tradicionales que muestran a la madre como la única capacitada para brindar un adecuado cuidado de sus hijos, y con ello, se limita la figura paternal a unas simples visitas, privando a los hijos de disfrutar de ambos progenitores, con quienes mantenían un contacto continuado antes de la crisis matrimonial o de pareja.

Centrándonos exclusivamente en el beneficio de los hijos, en realidad, de lo que se trata, como se ha dicho en apartados anteriores, es de adoptar las medidas que menos les perjudiquen, es indudable que la ruptura familiar les afecta, y por ello, debe tratar de mantenerse una continuidad entre la vida dentro del núcleo familiar y su nueva situación; por ello, la custodia compartida, a pesar de sus inconvenientes, permite que los hijos puedan seguir gozando de los referentes más importantes para ellos: sus progenitores; así, a pesar de los desplazamientos que deban realizar, la seguridad, la estabilidad psicológica y emocional que supone el cuidado, comunicación y el afecto que reciben de su madre y padre, compensa, con creces, las incomodidades materiales que puedan tener.

Afortunadamente existen diversas modalidades de custodia compartida, que con el estudio del caso concreto, pueden ser aplicadas y proyectar resultados positivos para el beneficio de los hijos. El Juez, por tanto, al momento de tomar su decisión, debe despojarse de criterios personales que supongan prejuicios infundados respecto de este sistema de custodia, y entrar a valorar el conjunto de circunstancias relacionadas con el caso que se le presente.

Precisamente, en el apartado siguiente, conoceremos aquellos criterios que el Juez debe valorar para decidir si la adopción del sistema de custodia compartida resulta una medida beneficiosa para el interés de los hijos.

477. Vid. ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 96

CRITERIOS A VALORAR PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

En la doctrina⁴⁷⁸ y jurisprudencia⁴⁷⁹ encontramos los siguientes criterios para fijar la custodia compartida:

- La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad.

Esta capacidad o predisposición para el diálogo y el acuerdo no debe entenderse, como equivalente al acuerdo para decidir la guarda compartida como forma de organizar las relaciones tras la ruptura. Los padres pueden manifestar un desacuerdo sobre este punto porque ambos desean de forma principal verse atribuida la guarda unilateral y, sin embargo, se aprecia en ambos una tendencia a superar las desavenencias por el bien del hijo, a buscar un entendimiento mínimo, a mantener una corresponsabilidad.

Por otra parte, es necesario valorar la aptitud de los padres para respetar los derechos y obligaciones que corresponden al otro, de suerte que una actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora, puede servir de base para denegar un cambio del sistema de guarda exclusiva, a uno de custodia compartida.⁴⁸⁰

478. Vid. GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit. p. 21; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 168-170; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 65; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 75. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª de 20 de febrero de 2007. ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 12 y 14.; TALAVERA SÁNCHEZ, Irma: “La Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en La Gaceta Jurídica de Hispacolem, número 6, Sección de Actualidad, marzo de 2007, Granada, p. 4-5.

479. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, de 13 de octubre de 2009 (Resolución número 352/2009, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro), señaló, en su Fundamento de Derecho 3º, los requisitos que deben darse, entre los progenitores, para que se pueda otorgar esta medida: 1.º Que el domicilio de ambos progenitores fuera próximo, lo cual facilita, como es lógico, la alternativas domiciliarias; 2.º Que el niño disponga en ambos domicilios de su propio espacio y de estabilidad emocional, compartida, por ejemplo, una semana con la madre y la otra con el padre, manteniendo la identidad parental de la madre frente a la que es pareja del padre; 3.º Que ambos progenitores dispongan de capacidades personales y parentales adecuadas para el ejercicio de la custodia; 4.º Que entre los progenitores y el hijo haya una vinculación segura y afectuosa; 5.º Que la relación entre ambos progenitores sea muy buena, hasta el punto de propiciar una guarda compartida de hecho durante varios meses; 6.º Que no se vea alterado el desarrollo integral del hijo, ni de aspectos concretos de su existencia, como rendimiento escolar, interferencias en las reclamaciones sociales, angustias o repercusiones internas negativas, etc.

480. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, de 9 de febrero de 2000 (Resolución número 65/2000, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro), aten-

- La proximidad de los domicilios de los padres de suerte que se garantice la estabilidad del entorno del niño.

El interés de los hijos aconseja alterar su entorno lo menos posible, pues esto contribuye a su estado emocional. Por regla general, la proximidad de los domicilios de los progenitores resulta favorable en los casos de custodia compartida, pues implica el mantenimiento, para los hijos, de puntos de referencia tales como el colegio, su círculo de amistades, actividades extra-escolares, etc.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, de 24 de abril de 2009 (Resolución número 237/2009, ponente: D. José Manuel Valero Díez), concede la custodia compartida, entre otras razones, ante el compromiso formalmente expresado por el padre de fijar su domicilio en Elche, ciudad donde la hija tiene su familia más directa por parte de ambos progenitores y donde asistía a la guardería (Fundamento de Derecho 1º).

Asimismo, aunque los domicilios estén en la misma ciudad, pero no cercanos, podría ser adecuada la guarda compartida, que, en cambio, parece desaconsejable en caso de residir en ciudades distintas⁴⁸¹ (cambio de colegio, de entorno, etc).

Sin embargo, en ocasiones, la distancia geográfica no es obstáculo para fijar la custodia compartida, este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), que no cree inconveniente, para el establecimiento de este sistema de custodia, que los padres residan en localidades diferentes, pues el colegio de los niños se encontraba a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los hijos

didadas “las claras muestras del rotundo fracaso (de la custodia compartida) ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores” (Fundamento de Derecho 2º), se desestima el cambio de sistema de guarda pues “la guarda y custodia individualizada otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar; que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden (...) circunstancia que aún se agrava más con la postura rígida de los padres ante una situación que si algo requiere es flexibilidad y comprensión” (Fundamento de Derecho 2º).

⁴⁸¹. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2007 (Resolución número 52/2007, ponente: D. Francisco Bellido Soria) que valoró de forma negativa la concesión de la custodia compartida por estar en localidades distintas los domicilios paterno y materno (Fundamento de Derecho 2º).

tenían familiares y amigos por haber vivido anteriormente en las mismas (Fundamento de Derecho 3º).

• **Modelos educativos similares**

El Juez debe considerar, como una circunstancia favorable a la custodia compartida, la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común de manera que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los hijos que, de otro modo, perderán los referentes y la ya citada estabilidad. En ese sentido, cambia el guardador, pero no la línea educativa y formativa.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9º, de 24 de abril de 2009 (Resolución número 237/2009, ponente: D. José Manuel Valero Díez), en su Fundamento de Derecho 1º, sostiene: “La guarda y custodia compartida presupone, entre otras cosas, unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etcétera, y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos.”

La diferencia de estilos educativos en los padres, si bien no puede considerarse perjudicial para el hijo que debe adaptarse a su nueva realidad, no se considera idóneo para acordar la custodia compartida, pues ello implicaría tensiones y desacuerdos constantes entre los progenitores que serían de difícil arreglo, derivando la situación en una desarmonía constante para el niño.

Así lo pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Resolución número 171/2010, ponente: D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro), que en su Fundamento de Derecho 1º, deniega la custodia compartida valorando, entre otras cosas, “que los comportamientos educacionales de los progenitores son distintos... existiendo un profundo enfrentamiento entre los progenitores que en nada beneficiaría a los menores.”

- La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el período alterno correspondiente.

Las profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia, en principio, no aconsejan la guarda compartida y será preferible fijar un régimen de visitas, comunicación y estancias amplio.⁴⁸² Jurisprudencialmente se procede a no adoptar la custodia cuando el progenitor, por su profesión o por su horario laboral, se ve imposibilitado para hacerse cargo de sus hijos los días que le corresponden.

Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 23 de octubre de 2007 (Resolución número 638/2007, ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga), que en su Fundamento de Derecho 1º, deniega la solicitud de custodia compartida por "...apreciarse la falta de disponibilidad de tiempo, por parte del progenitor, por su trabajo profesional, para atender adecuadamente a las funciones inherentes a la guarda y custodia que solicita...es de observar que el progenitor, abogado de profesión, tiene una amplia jornada laboral, llegando a casa sobre las 20'30 a 21 horas, y además tiene abierto despacho profesional en Palma de Mallorca a donde se desplaza cuatro días al mes. El proyecto de guarda y custodia compartida supondría que el cuidado y atención de su hija no fuere desempeñado habitualmente por el padre, ante la falta de tiempo disponible, sino por su compañera sentimental. Se ha evidenciado en autos que no está cumpliendo estrictamente el régimen de visitas por consecuencia del deber de atender sus ocupaciones profesionales." Razones por las cuales el Tribunal confirma la sentencia de instancia que atribuyó la guarda y custodia de la hija a la madre.

- Medios materiales suficientes para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia.

En este punto cabe destacar, que la guarda compartida puede resultar un sistema de guarda eficaz cuando ambos padres obtienen ingresos, similares o no, de suerte que la obligación de mantenimiento de los hijos se concreta en la aportación de una cantidad fijada en proporción a aquellos ingresos a una cuenta común abierta al efecto de soportar los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos que ambos gestionan.

482. Cfr. PINTO ANDRADE, Cristóbal: "La Custodia Compartida", Op. Cit., p. 78

También es importante que la distribución de las cargas económicas sea equitativa y estén perfectamente distribuidas las responsabilidades en cuanto a su atención respecto de terceros.

- Implicación de los progenitores en el cuidado de los hijos antes de la crisis matrimonial.

Se debe analizar y tener en cuenta la dinámica familiar anterior a la separación o divorcio de los progenitores, es decir, la presencia y participación de cada uno de ellos en el marco de las relaciones paterno-filiales.⁴⁸³ Así, si durante la convivencia de pareja ambos progenitores se involucraron en el cuidado de los hijos, eso contribuye a que la custodia compartida se desarrolle con éxito, pues hay una continuidad de lo que se había dispuesto en el ámbito familiar antes de la ruptura.

Esta circunstancia es valorada positivamente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22^a, de 31 de octubre de 2006 (Resolución número 654/2006, ponente: D. Eduardo Hijas Fernández), que en su Fundamento de Derecho 5^o, confirmó la sentencia recurrida que atribuía el ejercicio compartido de la guarda y custodia de la hija a los progenitores, “pues ha quedado cumplidamente justificado, incluso por reconocimiento de la madre, que, durante su convivencia con el padre, uno y otro se involucraron, de modo efectivo y responsable, en las diversas tareas relativas al cuidado y educación de la común descendiente...”

Hay que tener en cuenta también la organización familiar posterior a la ruptura y anterior al proceso, en el sentido de intentar preservar la continuidad de las rutinas. En ese sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10^a, de 27 de marzo de 2007 (Resolución número 202/2007, ponente: D. José Enrique de Motta), denegó, en su Fundamento de Derecho 2^o, la medida de custodia compartida fundamentando su resolución en la falta de convivencia o contacto entre el padre y la hija después del cese de la

483. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18^a, de 12 de enero de 2006 (Resolución número 23/2006, ponente: D^a María Dolores Viñas Maestre), en su Fundamento de Derecho 1^o, resalta que deben tenerse en cuenta circunstancias tales como “la presencia de ambos progenitores en la vida de los mismos —refiriéndose a los hijos— durante la convivencia, la posibilidad de mantener dicha presencia de manera que sea compatible con la convivencia por separado de los dos padres, que ambos padres sean capaces, dentro de unos límites razonables, de preservar a los hijos de la ruptura...”

convivencia de los progenitores, por lo cual confirmó la sentencia de instancia que atribuyó la custodia de la niña a la madre, por ser lo más beneficioso para aquella.

Edad de los hijos y número de hermanos que permitan su adaptación

En algunos casos la corta edad de los hijos sirve para fundar la procedencia de una custodia compartida, como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 15 de Octubre de 2003 (Resolución número 551/2003, ponente: D. Eduardo Navarro Peña), que considera, en su Fundamento de Derecho 2º, que no hay dato objetivo alguno que permita sostener que el régimen de guarda acordado es “contrario a los intereses de la citada menor y dañoso para la misma, máxime teniendo en cuenta su corta edad, ya que por el contrario, favorece, en principio, la fijación en ella de ambas figuras paternas”.

En otros casos la edad sirve para excluirla tal como ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, de 16 de Julio de 2003 (Resolución número 559/2003, ponente: D. Antonio Torrecillas Cabrera), que, en su Fundamento de Derecho 4º, no considera “...positivo semejante trasiego de la menor que con tan escasa edad se vea en la necesidad de tener que cambiar de domicilio, de habitación y de persona encargada de su guarda y custodia, cada una de ellas con sus propias costumbres diferentes, con lo que al final ello puede ser contraproducente para la formación de la menor.” Para lo que sí es determinante la edad de los hijos es para fijar la alternancia: cuanto mas corta sea su edad, mayor será la alternancia.

Existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres

En principio la custodia compartida no sería viable si el hijo muestra su rechazo o escasa vinculación afectiva con uno de sus padres. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Resolución número 171/2010, ponente: D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro), en su Fundamento de Derecho 1º, denegó la solicitud de custodia compartida, entre otras razones, por el rechazo de los hijos respecto de su padre, expresando su preferencia por vivir con la madre.

La voluntad de los hijos

Este aspecto es valorado convenientemente por el Juez tanto para excluir la custodia compartida como para acordarla.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 11 de Octubre de 2007 (Resolución número 1194/2007, ponente: Dª. Rosario Hernández Hernández), desestima la solicitud de custodia compartida, entre otras cosas, porque los hijos prefieren continuar bajo el cuidado exclusivo de su madre, así lo considera en su Fundamento de Derecho 4º, "...no concurren los presupuestos que habrían de determinar conforme al Código, la guarda y custodia compartida, en cuanto no nos consta ni viene informado convenientemente que beneficios concretos genere a los hijos esta alternativa propuesta de guarda, las relaciones entre los progenitores son conflictivas y es contraria a la voluntad de los menores, que, como también se ha dicho, han de tomarse en consideración."

Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de Febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), estimó procedente la atribución de la custodia compartida, atendiendo primordialmente a la voluntad del hijo mayor de querer estar con ambos progenitores, circunstancia establecida en el Fundamento de Derecho 3º, donde se dice que el hijo mayor "...manifestó, en varias ocasiones, que si bien vive con la madre le gustaría estar y permanecer más tiempo con el padre, y preguntado cuál era su propuesta ampliatoria, explicitó con detalle la equiparación de días con uno y con otro progenitor, hasta el extremo que su deseo no es otro que el de estar el mismo tiempo con su madre que con su padre, lo cual viene a coincidir precisamente, como se ha indicado al principio de la presente resolución, con la finalidad y naturaleza de la custodia compartida, esto es, la alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres. (...) En definitiva, se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida de ambos hijos con cada uno de sus progenitores."

Que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida.

En algunos casos se considera imprescindible el acuerdo o, al menos, la falta de oposición del otro progenitor. Al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 12 de junio de 2007 (Resolución número 398/2007, ponente: D. José Enrique de Motta), que en su Fundamento de Derecho 2º, denegó la solicitud de custodia compartida por existir desacuerdo entre los progenitores al respecto. De esta forma lo hace también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 3 de septiembre de 2007 (Resolución número 1054/2007, ponente: D. Ángel Sánchez Franco), en su Fundamento de Derecho 1º.

Sin embargo, el acuerdo no debe considerarse obstáculo, pues aunque es lo deseable de no ser así bastará una actitud contraria al sistema por parte del presunto guardador en exclusiva para alejar cualquier posibilidad de custodia compartida, colocándose en una posición privilegiada de decidir por sí sólo el sistema de guarda de los hijos comunes.²⁸⁴

La baja conflictividad entre los progenitores

Es importante que la relación que los padres mantengan entre sí sea correcta, educada y adulta.⁴⁸⁵ Debe probarse, por tanto, la capacidad de entendimiento, la colaboración, la coordinación y ayuda mutua, no obstante la ruptura personal, de ambos progenitores con el fin de procurar el mejor cuidado y óptimo desarrollo integral de los hijos.⁴⁸⁶ De lo contrario, el desarrollo de la custodia compartida en la práctica implicaría que los progenitores ejerzan el cuidado y educación de sus hijos de forma inconexa, estableciendo distintos hábitos y normas, lo que resulta desfavorable a los hijos.

284. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Criterios de Atribución de la Custodia Compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2010, Barcelona, p. 14

285. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1ª, de 9 de Febrero de 2007 (Resolución número 25/2007, ponente: D. Andrés Palomo del Arco), en su Fundamento de Derecho 2º, sostiene: “...para que sea eficaz y no un sistema generador de continuos problemas, se precisa una actitud, un entendimiento y una colaboración en los padres...”. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 4ª, de 20 de marzo de 2007 (Resolución número 220/2007, ponente: Dª. Reyes Castresana García), en su Fundamento de Derecho 2º: Debe existir “...una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores...”.

486. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª de 9 de marzo de 2007 (Resolución número 171/2007, ponente: D. Eladio Galán Cáceres. Fundamento de Derecho 2º)

Así, si existe una deteriorada, pésima, conflictiva o, simplemente, inviable relación, debe descartarse este sistema de guarda.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, de 5 de Febrero de 2007 (Resolución número 43/2007, ponente: D. Francisco Carrillo Vinader), Fundamento de Derecho 2º: La mala relación de los padres ha resultado constituir un maltrato emocional para la hija que le ha causado graves padecimientos psíquicos.

Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2ª, de 3 de abril de 2007 (Resolución número 217/2007, ponente: D. Bruno Arias Berrioategortua. Fundamento de Derecho 5º) que a pesar de que la madre alegara falta de fluidez necesaria en las relaciones con el otro progenitor, se confirma la sentencia de instancia que otorgaba una custodia compartida.

- Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de beneficios materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda, la percepción de pensiones, etc.

Por ejemplo, que el padre solicite la custodia compartida para que no se otorgue a la madre el uso de la vivienda.⁴⁸⁷ Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 25 de julio de 2007 (Resolución número 539/2007, ponente: Dª. María José Pérez Tormo), denegó

la custodia compartida solicitada por el padre, argumentando en su Fundamento de Derecho 3º, que “En el caso de autos el recurrente manifiesta su intención de asumir de forma compartida la guarda y custodia de las hijas comunes, pero su intención final, según se trasluce del informe del gabinete psicosocial, es recuperar el uso de la vivienda familiar, lo que no puede determinar la estimación del recurso como pretende el recurrente.”

Podemos decir, entonces, que la ponderación de todos los criterios, según las circunstancias del caso, será la clave para determinar si la guarda y custo-

487. ALASCIO CARRASCO, Laura/MARÍN GARCÍA, Ignacio: “Juntos Pero No Revuelto: La Custodia Compartida en el Nuevo Art. 92 CC. La Reforma del Art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2007, Barcelona, p. 16

dia compartida constituye un sistema viable para su adopción y no deberán recogerse consideraciones, opiniones o pareceres sobre este sistema en abstracto, sino la existencia o inexistencia de las circunstancias propicias que determinan la procedencia o no de este sistema.⁴⁸⁸

Al respecto, es necesario destacar la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala 1º de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (número de resolución: 623/2009), 10 de marzo de 2010 (número de recurso: 319/2008) y 11 de marzo de 2010 (número de resolución: 94/2010), que adquiere una relevancia sustancial pues impone al Juez la necesidad de motivar la concesión o denegación del sistema de custodia compartida en criterios fiables que no supongan una crítica infundada, oculta o no, a la dinámica del mismo, dada sus características especiales.

Así, la Sentencia de 8 de octubre de 2009, en su Fundamento de Derecho 5º, dice: “La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia.”

Por su parte, la Sentencia de 11 de marzo de 2010, en su Fundamento de Derecho 2º, expresamente rechaza como criterio para la resolución del conflicto “...los que utiliza la Sala de instancia, relativos uno, a la que denomina ‘deslocalización’ de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda (refiriéndose a la compartida), y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en ‘un premio o un castigo’ al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial...”

488. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Criterios de Atribución de la Custodia...”, Op. Cit., p. 18 y 19; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 237.

Los criterios recogidos en dichas sentencias, que deben tenerse en cuenta para decidir la custodia compartida en sede contenciosa, son los siguientes: “La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.⁴⁸⁹

También es preciso destacar el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 1ª de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (Recurso número 681/2007, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías) señalado en su Fundamento de Derecho 6º en el que consta que la Audiencia Provincial en su sentencia había revocado la guarda y custodia compartida adoptada por el Juez de Primera Instancia argumentando: a) que no es criterio de la Sala acordarla excepto en casos excepcionales; b) que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; c) que el informe emitido en la primera instancia no la aconsejaba claramente. Ante dichos argumentos, el Tribunal Supremo enfatiza que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del niño, “que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas”, asimismo, aun cuando los padres no acordaron dicho sistema de guarda en el convenio regulador, “las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo”, por ello, la Sala entiende que a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del niño, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen.

489. Sentencias del Tribunal Supremo Español de 8 de octubre de 2009 (Fundamento de Derecho 5º) de 10 y 11 de marzo de 2010 (Fundamentos de Derecho 4º y 2º, respectivamente)

BIBLIOGRAFÍA

- ALASCIO CARRASCO, Laura/MARÍN GARCÍA, Ignacio: “Juntos Pero No Revueltos: La Custodia Compartida en el Nuevo Art. 92 CC. La Reforma del Art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2007, Barcelona
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: “Custodia Compartida de Ambos Progenitores”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 702, Madrid, España, 2007.
- DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio: “Derechos y Obligaciones del Progenitor no Custodio para con los Hijos: Problemas y Alternativas”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, Matilde: “La Guarda y Custodia Compartida: ¿Una Medida Excepcional en Nuestro Derecho Positivo?”, Revista de Derecho vLex, número 75, Diciembre de 2009
- DÍEZ-PICAZO, Luis: “El Principio de Protección Integral de los Hijos (tout pour l’enfant)”, en VV.AA., “La Tutela de los Derechos del Menor”, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “Protección de los Menores en los Procesos de Separación y Divorcio”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008
- GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica de los Hijos Cuyos Padres no Conviven: Aspectos Personales”, primera edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Notas sobre la Protección Civil del Menor en las Crisis Conyugales”, en VV.AA., La tutela de los derechos del menor, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984

- GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida. Guarda Conjunta y Guarda Alternada”, en Abogados de Familia, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2000, Editorial La Ley
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina:
 - “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005
 - “Criterios de Atribución de la Custodia Compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2010, Barcelona
- HERRERA CAMPOS, Ramón: “Algunas Consideraciones Entorno a la Custodia Compartida”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009
- JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: “El Interés del Menor como Criterio de Atribución de la Guarda y Custodia en las Situaciones de Crisis Matrimonial”, en HERRERA CAMPOS, Ramón (Coordinador): “Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada”, Volumen II, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: “Guarda y Custodia Compartida: <<Deslocalización>> de los Hijos Como Efecto Legal Inherente al Divorcio. Análisis de la STS

de 11 de marzo de 2010”, en Fundamentos de Casación, Revista Actualidad Civil, número 12, quincena del 16-30 de junio de 2010, Tomo I, pp. 1462-1466, La Ley (4435/2010), Madrid.

• MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: “Problemas que Genera la Actual Regulación de la Guarda y Custodia Compartida en el Proceso Contencioso”, en Diario La Ley, Año XXX, número 7105, de 2 de febrero de 2009, Págs. 4-11 (LA LEY 40228/2008), Madrid, España, 2009. www.diariolaley.es

• MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC): Teoría y Práctica Jurisprudencial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005

• ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006

• PAÑOS PÉREZ, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación a la Hora de Otorgar la Guarda y Custodia de los Hijos”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009

• PÉREZ MARTIN, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia: Procedimiento Contencioso Separación, Divorcio y Nulidad. Uniones de Hecho. Otros Procedimientos Contenciosos. Aspectos Sustantivos. Vol. I y II”, Editorial Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, 2007

• PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “La Guarda y Custodia Compartida y el Régimen de Visitas: Los Puntos de Encuentro Familiar”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

• PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009

• POUSSIN Gérard/Lamy, Anne: “Custodia Compartida. Cómo Aprovechar sus Ventajas y Evitar Tropiezos”, Espasa Calpe, Madrid, 2005

• ROMERO COLOMA, Aurelia María:

- “La Guarda y Custodia Compartida: Análisis y Problemática Jurídica”, en Diario La Ley, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, número 7504, Sección Doctrina, Editorial La Ley
- “La Guarda y Custodia Compartida como Medida Familiar Favorable a los Hijos”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, número 814/2011, Sección Opinión, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011 (BIB 2011/272)
- ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 91
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: “Maltrato y Separación: Repercusiones en los Hijos”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
- SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones Sustantivas)” en “La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2007
- SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social a la Pericial de Familia”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
- TALAVERA SÁNCHEZ, Irma: “La Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en La Gaceta Jurídica de Hispacolem, número 6, Sección de Actualidad, marzo de 2007, Granada
- TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o El Divorcio”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009

- TORRES PEREA, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho de Familia: Una perspectiva Multidisciplinar”, Editorial Iustel, primera edición, Madrid, España, 2009
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: “El Menor en las Crisis Familiares” en VV.AA.: “Jornadas Sobre Derecho de los Menores”, Coord. Lázaro González, Isabel/Mayoral Narros, Ignacio, Madrid, 2003

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Centro de Documentación Judicial Español. Jurisprudencia:

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Dialnet. Base de datos de doctrina, buscador de documentos.

www.dialnet.unirioja.es

Diario La Ley: www.diariolaley.es

InDret, Revista para el análisis del Derecho: www.indret.com

La Ley Digital. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación de la Editorial La Ley. www.laleydigital.es

vLex. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación. www.vlex.com

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo Español

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 27/09/2011	641/2011	Dª. Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 1/10/2010	681/2007 (Recurso)	Dª. Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 11/03/2010	94/2010	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 10/03/2010	319/2008	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1º de lo Civil, de 8/10/2009	623/2009	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 31/12/1996	1165/1996	D. José Almagro Nosete

Tribunal Superior de Justicia de España

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 31/07/2008	29/2008	D. Carlos Ramos Rubio

Audiencias Provinciales de España

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
SAP de Albacete, Sección 1ª, de 1/12/2003	238/2003	D.FranciscoEspinosa Serrano
SAP de Alicante, Sección 9ª, de 24/04/2009	237/2009	D. José Manuel Valero Díez
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 23/10/2007	638/2007	D. Juan Miguel Jiménez de Parga
SAP de Barcelona, Sección 12º, de 5/10/2007	618/2007	D. Paulino Rico Rajo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 1/10/2007	471/2007	D. Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 25/07/2007	539/2007	Dª. María José Pérez Tormo
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 16/03/2007	228/2007	D. Paulino Rico Rajo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20/02/2007	102/2007	D. Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 8/01/2007	9/2007	Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 20/12/2006	696/2006	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 12/01/2006	23/2006	Dª María Dolores Viñas Maestre
SAP de Bilbao, Sección 4ª, de 20/03/2007	220/2007	Dª. Reyes Castresana García
SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 24/04/2006	103/2006	D. José Alfredo Caballero Gea
SAP de Girona, Sección 2ª, de 13/10/2009	352/2009	D. José Isidro Rey Huidobro
SAP de Girona, Sección 2ª, de 9/02/2000	65/2000	D. José Isidro Rey Huidob
SAP de Huelva, Sección 1ª, de 30/03/2007	52/2007	D. Francisco Bellido Soria
SAP de Jaén, Sección 1ª, de 9/05/2005	106/2005	Dª. María Esperanza Pérez Espino
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 15/07/2004	465/2004	D. Víctor Caba Villarejo
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 17/05/2004	320/2004	D. Víctor Caba Villarejo
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 11/10/2007	1194/2007	Dª. Rosario Hernández Hernández
SAP de Madrid, Sección 24ª,		

de 3/09/2007	1054/2007	D. Ángel Sánchez Franco
SAP de Madrid, Sección 22ª de 9/03/2007	171/2007	D. Eladio Galán Cáceres
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 31/10/2006	654/2006	D. Eduardo Hijas Fernández
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 25/10/2006	1105/2006	D. Francisco Javier Correas González
SAP de Málaga, Sección 5ª, de 16/07/2003	559/2003	D. Antonio Torrecillas Cabrera
SAP de Murcia, Sección 5ª, de 13/02/2007	39/2007	D. Matías Soria Fernández
SAP de Murcia, Sección 1ª, de 5/02/2007	43/2007	D. Francisco Carrillo Vinader
SAP de Oviedo, Sección 5ª, de 13/06/2006	219/2006	D. José María Álvarez Seijo
SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 31/05/2007	251/2007	Dª Juana María Gelabert Ferragut
SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 28/11/2006	513/2006	D. Santiago Oliver Barceló
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 12/03/2007	94/2007	D. Modesto Blanco Fernández del Viso
SAP de Santander, Sección 2ª, de 3/04/2007	217/2007	D. Bruno Arias Berrioategortua
SAP de Segovia, Sección 1ª, de 9/02/2007	25/2007	D. Andrés Palomo del Arco
SAP de Toledo, Sección 1ª, de 29/06/2010	171/2010	D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 12/06/2007	398/2007	D. José Enrique de Motta
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 27/03/2007	202/2007	D. José Enrique de Motta
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 1/03/2006	144/2006	D. José Enrique de Motta
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22/04/1999	379/1999	D. Vicente Ortega Llorca
SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 13/07/2004	234/2004	D. José Jaime Sanz Cid
SAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 15/10/2003	551/2003	D. Eduardo Navarro Peña

Juzgados de Primera Instancia de España

Resolución y fecha Nº de Resolución Ponente

SJPI número 6 de Zaragoza,

de 21/09/2010

D. Francisco Javier Forcada Miranda

Cámara de Familia de El Salvador

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
SCF 1ª Sección del Centro de San Salvador, de 19/06/2012	80-A-2012	Dª. Rhina Elizabeth Ramos González
SCF 1ª Sección del Centro de San Salvador, de 31/03/2006	144-A-2004	D. José Arcadio Sánchez Valencia
SCF 1ª Sección del Centro, San Salvador, de 14/10/2003	231-A-2002	D. José Arcadio Sánchez Valencia
SCF 1ª Sección del Centro, San Salvador, de 21/08/2003 2	02-A-2002	D. José Arcadio Sánchez Valencia

6. LAS RELACIONES ECONÓMICAS EN LAS PAREJAS ESTABLES

Nora Lloveras

Sumario:

1. La visión constitucional de las diversas formas familiares, 1.1.Las familias: evolución. 1.1.1. La unión matrimonial. 1.1.2. La unión no matrimonial. 2. Las relaciones económicas en las parejas estables. 2.1. Familias y economía. 2.2. Intersección entre familias y economía. 3. El régimen patrimonial del matrimonio. 3.1. Derecho vigente. 3.2. Derecho proyectado. 4. Las relaciones patrimoniales en las uniones convivenciales. 4.1. Derecho vigente y uniones convivenciales. 4.1.1. Terminología: del “concubinato” o “uniones de hecho” a las “uniones convivenciales”. 4.1.2. Las leyes locales anteriores al Proyecto de reforma. 4.1.3. Las respuestas en el derecho vigente a las uniones convivenciales. 4.1.3.1. Las miradas desde el derecho vigente: relaciones económicas y unión convivencial. 4.1.3.1.1. La Protección a la vivienda. 4.1.3.1.2. La disolución y liquidación patrimonial. a.Sociedad de hecho. b. Comunidad de bienes e intereses. c.Condominio, d.Aplicación analógica de las normas de la sociedad conyugal, e.Enriquecimiento sin causa. 4.2. Derecho proyectado y uniones convivenciales. 5. Nuestras conclusiones

Palabras clave: economía y derecho. Parejas estables

Resumen: la intersección del derecho y la economía muestra un punto de profundidad al analizar los regímenes patrimoniales de las distintas uniones estables de pareja. Se analiza ese cruce, y el régimen tanto en las parejas matrimoniales como en las parejas no matrimoniales o convivenciales, en distintos ítems. Se perfilan dos canales de estudio: el derecho vigente argentino - y algunas soluciones en el derecho comparado., y el derecho proyectado argentino, que se encuentra en el Proyecto de código civil y comercial Unificado, en tratamiento en el Parlamento argentino.

El examen constitucional de las relaciones económicas en las parejas estables

1. La visión constitucional de las diversas formas familiares

Las leyes han permanecido por largos años, indiferentes a las diversas for-

mas familiares⁴⁹⁰, destinando las normas a un solo modelo familiar, el basado en el matrimonio.

Pero, lentamente, se van dando respuestas aun de modo tangencial, a la existencia de las diversas familias que conviven en un solo universo: la familia matrimonial, la familia de convivientes, la familia monoparental, la familia ensamblada, entre otras⁴⁹¹.

Se han abierto nuevos espacios, y se siguen profundizando otros, en relación a la protección y ejercicio de los derechos de la mujer, lo que impacta decididamente en la visión que se debe tener de las relaciones familiares desde el derecho, pues la igualdad y la no discriminación aparecen iluminadas por esta nueva perspectiva de género⁴⁹².

No puede ya debatirse que existen y deben regularse diversas formas familiares. Y que en el derecho vigente solo hay un modelo sistemático regulado, pero que deben introducirse otras.

En los cambios que se registran, la igualdad y la autonomía van de la mano con la solidaridad que imponen los vínculos familiares (que exceden largamente a los vínculos biológicos), a las que se suman las impostergables políticas públicas exigibles al Estado e instituciones intermedias, generando todo esto un campo propicio y fértil para la consolidación y construcción de las “familias”, sin discriminaciones ni exclusiones que intenten la imposición de la perspectiva de las mayorías.

Entendemos desde nuestra mirada, que los DDHH de los integrantes de las diversas formas familiares, exigen que se respeten todas las formas convi-

490. Cabe poner de relieve que además, convalidaron la sujeción y sometimiento de la mujer al poder marital, es decir al poder del hombre. Sobre la cuestión de Género, véase: Motta, Cristina, Las mujeres, Capítulo I Ciudadanía; Jaramillo, Isabel Cristina, *Capítulo III Familia, En: La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Cristina Motta y Macarena Saez, Editoras académicas, Siglo del Hombre, Bogotá, Colombia, 2008, T. I, ps. 34 y 267, respectivamente

491. Salomón, Marcelo; Lloveras, Nora. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Universidad. Bs.As. 2009. p. 339 y ss.

492. Valdemarca, Laura, *Violencia “privada”, intervenciones públicas. Una mirada desde el capital social*; Díaz de Landa, Martha, *La violencia sexual como categoría cultural. Reproche y relativismos sociales*, En: *I Congreso Internacional IV Curso de Actualización, Víctimas de Delitos contra la integridad Sexual*, Memorias, Consejo Provincial de la Mujer, Córdoba, 2007, ps. 167 y 187, respectivamente.

venciales, las diversas constelaciones de familia, todos los proyectos de vida autorreferenciales.

Por otra parte, desde el ángulo constitucional, la igualdad exige, que se atribuya un trato igual a las relaciones familiares que sean sustancialmente análogas⁴⁹³.

Así, la igualdad implica que la ley otorgue el mismo tratamiento a quienes se encuentren en igualdad de circunstancias.

La Constitución Nacional de 1994 mantiene el régimen de protección a la familia, como estaba diseñado en la anterior Carta Magna (art. 14 bis C.N.): la ley establecerá la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

A la par los Tratados, las Declaraciones, los Pactos y las Convenciones de jerarquía constitucional aportan importantes avances a la protección de las relaciones familiares⁴⁹⁴.

No podemos desconocer que las familias tienen configuraciones y estructuras diferentes, lo que influye sobre la función familiar, modalidad que impacta de modo decidido en sus miembros⁴⁹⁵.

Examinamos las relaciones económicas en las familias, por ser un tema prioritario en la vida de las personas.

Este entrecruzamiento entre relaciones económicas y familias, se estudia desde el esquema de la diversidad familiar, en las uniones matrimoniales y las uniones no matrimoniales, aunque estas dos formas no agoten las diferentes formas familiares.

493. Cfr.: GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa. Derecho constitucional de familia, T. I, Ediar. Bs.As. 2006. p. 70 y ss. Véase el concepto constitucional de familia.

494. Cfr. Belluscio, Augusto César. *Derecho Constitucional familiar en las constituciones americanas y europeas*. En: IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Panamá, 1997, Pre-memorias, p. 13 y ss.

495. W. Robert Beavers MD, Un modelo sistémico de familias para terapeutas familiares, *Journal of Marital and Family Therapy*, p. 299-307, julio 1981. Citado por: De la Cruz, Ana C.; Lostaló, J. C., *Clínica familiar sistémica, Introducción a la teoría y técnica sistémica*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Psicología, 1996, p. 149 y ss.

Es decir, que solo abordamos las relaciones económicas en el presente trabajo, de estas dos formas familiares preconsignadas, por ser las habituales, las que presentan inconvenientes en la doctrina y en la jurisprudencia, y en la realidad exigen respuestas inmediatas.

1.1. Las familias: evolución

Destacamos en la evolución histórica, por un lado, que el rol de la mujer así como los derechos que ha titularizado, han sido uno de los motores del cambio.

La irrupción de los derechos humanos, por otro costado, han significado, que la familia o las relaciones de familia, giren de un modo contundente en los últimos decenios. Estos derechos fundamentales, nutren a la familia de los derechos individuales y de la noción de igualdad – principalmente -, que tantos cambios opera.

En otras etapas pasadas, la familia podía tener su fuente en la defensa de la posesión y en la transmisión de los bienes⁴⁹⁶, lo que describe una estructura o sistema productivo. Esto marcó de modo decisivo una familia rígida y con un poder centralizado, que no es la que se visualiza en la generalidad de los casos en el S. XXI. Ello explica que en esas etapas de la historia, la familia y la economía estaban indiscutiblemente unidas.

Ya la voz familia se utiliza o se debe utilizar en plural familias, al haberse recepcionado en diversos derechos internos, uniones no matrimoniales, matrimonios del mismo o de diferente sexo, la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, entre otros.

Sin embargo, a pesar de estas transformaciones generales, aun puede constatare la existencia de configuraciones familiares que ostentan notas superadas por la generalidad de las familias: pueden observarse hoy familias “patriarcales”, familias amplias o ampliadas, familias esencialmente productivas, entre otras.

⁴⁹⁶ Cfr. Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia. T. 1, 3era. ed.*, Astrea, Bs.As., 1998, p. 30 y ss.

Así, desde la perspectiva patrimonial, en una familia que cumple un rol preponderantemente productivo sea en el sector agrario o en otro sector de la economía, o una función de seguridad social⁴⁹⁷, o empresarial, las relaciones internas serán diferentes.

Por otra costado, si nos situamos en los profundos cambios institucionales que ha sufrido la familia, en una núcleo que sea el ámbito propicio para el desarrollo de la persona, o que intente cumplir el rol de cuidado y protección de cada uno de sus miembros de modo principal, no se darán los mismos parámetros ni reglas económicas.

Además la configuración de una familia en que luzca el ejercicio autoritario de una persona en general el hombre, en épocas históricas anteriores -, que tome las decisiones económicas, o que el grupo luzca con una conformación horizontal y democrática en que los intereses individuales y la igualdad están presentes, no conducen al mismo resultado en la definición de las relaciones económicas.

Cuando hablamos de “familias” o de diversas formas familiares indiscutibles en el siglo XXI -, queda claro que los derechos concedidos a la familia como grupo no existen, y que en realidad los derechos se otorgan a los distintos integrantes de la familia, es decir se titularizan en las personas de la familia en forma individual⁴⁹⁸.

1.1.1. La unión matrimonial

Desde el inicio de la codificación, la familia matrimonial fue la única forma regulada sistemáticamente por el derecho privado argentino.

Esta unión conyugal, exhibe diferentes consecuencias jurídicas, que pueden consignarse en la vida y después de la muerte.

497. Así, las familias numerosas, con varios descendientes en línea recta en primer grado, suponen que los adultos mayores serán atendidos por los hijos satisfaciendo esa seguridad social impostergradable.

498. Cfr.: Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales”, ps. 9 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho de Familia Patrimonial. N° 12, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1996.

Durante la vida de los cónyuges, el matrimonio opera la suspensión de la prescripción entre esposos⁴⁹⁹, el beneficio de competencia⁵⁰⁰, el nacimiento del régimen patrimonial del matrimonio⁵⁰¹.

Los efectos post- mortem son fundamentalmente el derecho real de habitación⁵⁰² y la vocación hereditaria conyugal⁵⁰³.

El Proyecto de reforma al CCivCom, introduce otros efectos importantes, verbigracia, el art. 2332 sobre el estado de indivisión y el derecho de oposición del cónyuge a la partición sobre determinados bienes; la atribución preferencial de bienes o derechos sociales, según los arts. 2380 y 2381, entre otros.

1.1.2. La unión no matrimonial

Las uniones estables de pareja no fueron reguladas por el Codificador, y tampoco se constata una decisión de política legislativa nacional en introducir las en el derecho privado.

La familia no matrimonial, - conocida principalmente como “unión de hecho” y otras expresiones peyorativas - fue legislada como opción en algunas provincias argentinas y en la ciudad de Bs.As⁵⁰⁴.

499. En los arts. 3969 y 3970 del Código Civil, se estatuye sobre el tema.

500. El art. 800 del Código Civil, legisla el beneficio de competencia, entre cónyuges (inciso 2).

501. Bajo el título de “De la sociedad conyugal”, Velez Sarsfield legisló el régimen patrimonial en el S. XIX (arts. 1217 al 1322), en el libro II “De los derechos personales en las relaciones civiles”, Sección Tercera “De las obligaciones que nacen de los contratos”. Este sistema recibió posteriormente modificaciones, especialmente en el año 1968, a través de la ley 17711.

502. Este derecho de habitación viudal se norma en el art. 3573 bis Código civil, que se introdujo por ley 20798.

503. La vocación hereditaria conyugal se legisla en el Libro IV del Código Civil, arts. 3570 al 3576 bis, y normas concordantes.

504. Entre otras leyes: Ley N° 1004 de la Ciudad de Buenos Aires, Union Civil, sanción: 12/12/2002; promulgación: Decreto N° 63 del 17/01/2003; BOCBA N° 1617 del 27/01/2003. Esta ley 1004 de la CABA establece que la Unión Civil es la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual, exigiendo que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común (art. 1). También la Provincia de Río Negro, dictó la ley 3.736, sancionada el 10/04/2003, promulgada: 09/05/2003, B.O: 15/05/2003, núm.: 4097, nominada convivencia homosexual. Y establece que las parejas del mismo sexo podrán efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente (art. 1).

Luego de la reforma de la CN en el año 1994, no pudo dejar de estatuirse sobre las uniones no matrimoniales, es decir sobre la existencia jurídica de diversas formas familiares.

Estas uniones convivenciales están proyectadas en el CCivCom Unificado del 2012, y se legislan por separado los efectos durante la convivencia y los efectos frente al cese de la convivencia o ruptura de la unión.

Observamos por separado las relaciones económicas en ambas formas familiares.

2. Las relaciones económicas en las parejas estables

Se consignan los efectos patrimoniales en las parejas estables matrimoniales y no matrimoniales, de modo separado.

Principalmente, establecemos el régimen patrimonial del matrimonio, por un lado, y en las uniones convivenciales, el régimen de bienes.

2.1. Familias y economía

La economía o los contenidos económicos atraviesan la vida de las familias, en diferentes etapas históricas de su desenvolvimiento.

La relación entre familia y economía, ha ido variando en función del tiempo, ya que es forzoso vincular las relaciones entre estos campos.

Las estructuras económicas tienen un gran impacto en las relaciones familiares, y de ello dan cuenta, entre otros, las normas sobre las uniones de pareja, las relaciones entre padres e hijos, las maneras y modos de definir los proyectos personales en las relaciones internas, los sistemas sucesorios, entre otros.

Esta vinculación depende en gran medida, de las funciones que cumpla o pueda cumplir la familia, las que han cambiado en los últimos decenios del S. XX y en el S. XXI, de modo claro.

Los nuevos modelos económicos de la sociedad capitalista en los S. XIX

y XX, perforaron los patrones con que se venía desarrollando la vida de las familias.

De una familia extensa, amplia, que congregaba a numerosas personas que incluso trabajaban y vivían bajo el mismo techo, se fue transitando hacia la familia pequeña o nuclear que integran los padres y los hijos.

2.2. Intersección entre familias y economía

El encuentro entre las relaciones familiares y la economía, es habitual.

Así, mencionamos los problemas que se presentan en la vida cotidiana y que exigen respuestas en las normas jurídicas.

Los miembros de las familias se ven compelidos por las reglas del régimen patrimonial que presidirá la vida del matrimonio o de la unión convivencial. Este conflicto es primordial dentro del edificio a construir en un sistema jurídico determinado, para la vida de las parejas estables.

Pero además, deben conocer el conflicto de las deudas de una persona casada o integrante de una unión convivencial, así como los contratos que pueden celebrar o están prohibidos entre cónyuges o en su caso convivientes; a determinar el alcance de la quiebra frente a un bien de familia; a visualizar las reglas de la administración y disposición de los bienes de los hijos que están bajo la responsabilidad parental; advertir si debe o no consagrarse el usufructo de los bienes de los hijos menores a favor de sus representantes así como su alcance; entender el fraude entre cónyuges; prever la responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad; los daños que pueden o no invocarse derivados de la ruptura matrimonial o de la unión convivencial, entre otros.

En este cruce de la economía y las relaciones de familia, deviene primordial la respuesta que opere en cuanto al régimen patrimonial de la unión estable.

3. El régimen patrimonial del matrimonio

Resulta conveniente, exhibir el derecho vigente y el derecho proyectado, en torno al régimen patrimonial del matrimonio.

3.1. Derecho vigente

La versión del régimen patrimonial del matrimonio recibió reformas relevantes en la ley 17711 del año 1968, y luego, algunos cambios con la ley 23515 del año 1987, así como readecuaciones con la ley 26618 del año 2010⁵⁰⁵.

En el derecho vigente no puede omitirse que a la par del régimen ordinario de comunidad de ganancias, se legisla el régimen extraordinario de separación judicial de bienes (1294 y cc.CCiv).

El régimen patrimonial del matrimonio es único, legal y forzoso. A diferencia de lo que se observa en el derecho foráneo, el sistema argentino es un sistema legal y único, inmodificable e imperativo en su origen, de comunidad restringida a los bienes gananciales, diferida a la disolución, de gestión separada con determinados elementos de gestión conjunta (vgr. 1276, 2º párr., CC), de separación de deudas (arts. 5 y 6 ley 11.357), y de partición por mitades.

El régimen patrimonial matrimonial argentino llamado también “sociedad conyugal”, es una sociedad civil de todas las ganancias, impuestas por la ley y carente de personalidad jurídica⁵⁰⁶.

El fundamento esencial del régimen económico actual es que la sociedad conyugal reside en la comunidad de esfuerzos de los cónyuges que permiten el crecimiento de ambos, en cooperación y colaboración, en tanto la convivencia supone la labor conjunta de los esposos y la presencia del uno junto al otro.

El régimen patrimonial del matrimonio, como ya expresamos, es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado que tienen pro objeto regular los intereses pecuniarios de los esposos en sus relaciones entre sí (relaciones

505. La ley 26579 del año 2009, introdujo modificaciones en la edad nupcial, en especial. Puede verse: Saux, Edgardo I., *Mayoría de edad a los 18 años*, LL 24/02/2010, 1; Solari, Néstor E., *La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad*, LL 03/06/2011, 1; Lloveras, Nora; Faraoni, Fabian, *La mayoría de edad argentina. análisis de la ley 26570/2009. Nuevo Enfoque Jurídico*. Córdoba. 2010. p. 126 y ss.

506. Cfr.: Lloveras, Nora, *Responsabilidad por deudas de los cónyuges*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2008-Í, p. 159, Dirección: Héctor Alegría; Jorge MossetIturraspe, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2008; Lloveras, Nora, En: Código Civil. Dirección: Bueres, Alberto J.; Coordinación: Highton Elena I., Hammurabi, Bs. As., 2008 (en prensa), Comentarios a los arts. 5 y 6 de la ley 11357.

507. Para la doctrina uruguaya: CarozziFailde, Ema, *Manual de la sociedad conyugal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, 5ª edic., p. 7.

internas), y frente a terceros (relaciones externas)⁵⁰⁷ .

Es importante subrayar que la celebración del matrimonio produce la configuración automática del régimen económico que regirá la vida matrimonial de los esposos (art. 1261 CC), limitándose en principio la autonomía de la voluntad de los cónyuges a su opción de casarse o no.

El régimen se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se dividirá entre los cónyuges (art. 1315 CC) al momento de la disolución del régimen, por las causales taxativas establecidas por el Código Civil (art. 1291 y cc CC).

La división por mitades es independiente de lo aportado por cada cónyuge (es decir que no interesa cuanto aportó o cuanto gastó cada cónyuge durante la vigencia del régimen), quienes recibirán el cincuenta por ciento de todos los bienes gananciales, comprendidos en el activo líquido.

Existen en la sociedad conyugal, cuatro masas de bienes claramente definidas en el marco teórico a saber: bienes propios del marido, bienes gananciales del marido, bienes propios de la mujer y bienes gananciales de la mujer⁵⁰⁸ .

Vale recordar que los bienes gananciales son adquiridos por cada uno de los cónyuges o ambos durante el matrimonio, por título oneroso no por herencia, legado o donación (art. 1272 y cc. C.C.)⁵⁰⁹ .

Por su parte, los bienes propios son aquellos de adquisición anterior a la cele-

508. Básicamente los bienes gananciales se definen por exclusión de los bienes propios. Rige la presunción de ganancialidad durante la vigencia de la sociedad conyugal, por lo que, al momento de alegar que un bien es propio, deberá acreditarse tal carácter con la prueba que merece. Para profundizar: Méndez Costa, María Josefa, El cónyuge adquirente y la prueba en contra de la ganancialidad, LL 1992-B-185; Respecto a los bienes cuyo carácter es dudoso: Sambrizzi, Eduardo A., Supuestos que han presentado dudas en cuanto a la calificación de los bienes en propios o gananciales, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2008-I, Dirección: Héctor Alegria; Jorge Mossetlturraspe, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2008; Krasnow, Adriana N., Prueba del carácter propio de un bien. Alcance de lo dispuesto en el artículo 1246 del Código Civil en las relaciones entre los cónyuges, DJ Año XXIV, N° 17, LL, Bs. As., 2008.

509. No se nos escapa la circunstancia de la separación de hecho y su implicancia en el régimen de bienes aplicables al matrimonio, que configura un supuesto de ganancialidad anómala. Véase: Chechile, Ana María, La separación de hecho y el régimen de bienes en el matrimonio. Un viejo tema que continúa mostrando las contradicciones de la legislación vigente, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2008-I, Dirección: Héctor Alegria; Jorge Mossetlturraspe, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2008.

bración del matrimonio, o incorporados a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, o los que los reemplazan ingresando en “lugar” de tales bienes propios (arts. 1243, 1263, 1266, 1267 a 1270 y cc. CC).

Hemos expresado que la comunidad “nace” y se torna “tangible” exactamente cuando “muere” o llega su fin el régimen patrimonial matrimonial.

Como dijimos, el régimen patrimonial matrimonial es de administración separada, con ciertos roces de gestión conjunta (art. 1276 CC, bienes de origen dudoso, a partir de la ley 25781).

Rigen durante la “sociedad conyugal” respecto a la responsabilidad por deudas, los arts. 5 y 6 de la ley 11357, enmarcándose la respuesta frente a los terceros acreedores.

Debemos destacar que actualmente en el derecho argentino, sólo pueden celebrarse las convenciones matrimoniales⁵¹⁰ que dispone el art. 1217 CC, en punto a la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio (inc. 1º) y las donaciones que el esposo le hiciera a la esposa (inc. 3º), siendo de ningún valor toda otra convención entre los esposos sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio, como renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal (art. 1218 CC)⁵¹¹.

El régimen patrimonial matrimonial argentino, como lo hemos reseñado, evidencia un sistema estricto legalmente, del que no pueden apartarse los ciudadanos, en ningún caso, y nace con el matrimonio: todos los bienes existentes al final se presumen gananciales, y estos gananciales se dividen por mitades a la disolución del régimen, en términos del activo líquido.

3.2. Derecho proyectado

En el proyecto de CCivCom en tratamiento, el Libro II nominado Rela-

510. Podemos conceptuar las “convenciones matrimoniales”, también llamados contratos de matrimonio, convenciones prenupciales, o capitulaciones matrimoniales, como todo acuerdo celebrado entre futuros esposos que buscan predeterminar el régimen patrimonial con el que pretenden someter sus relaciones económicas futuras.

511. Cfr.: Cafferata, José Ignacio, *Derecho de Familia*, Mediterránea, Córdoba, 2005, T.1, p. 154 y ss.

ciones de familia, Título II Régimen patrimonial del matrimonio, arts. 446 á 508⁵¹² se estatuye de manera apartada el régimen patrimonial, luego de establecer la regulación del matrimonio en el Título I arts. 401 á 445 -.

Se legislan dos regímenes patrimoniales: el de comunidad de ganancias y el de separación de bienes.

Los futuros cónyuges pueden expresar su voluntad de optar por el régimen de separación de bienes: si nada dicen, quedan sujetos al régimen de comunidad de ganancias.

Esta opción no es definitiva, y puede ser modificada cumplidos los trámites y plazos que establece la ley.

La sistemática utilizada es correcta ya que presenta al inicio las disposiciones generales a todos los regímenes, y luego, las normas de cada uno de los dos regímenes patrimoniales anunciados, el de comunidad y el de separación de bienes.

La propuesta responde a la mirada constitucional consagrando el principio de libertad, permitiendo el ejercicio de la autonomía personal de los futuros cónyuges: pueden ejercer la autonomía de la voluntad en relación al régimen de bienes.

Si bien este ejercicio es limitado, pues solo pueden optar por el régimen de separación de bienes, satisface el precepto la manda constitucional, pues a falta de elección, rige el de comunidad de ganancias, por entender que es el que protege todos los intereses familiares, así como equilibra las relaciones económicas, en función del proyecto de vida matrimonial siendo el que respondería al conocimiento y a los hábitos de los ciudadanos, pues es el que rige obligatoriamente en el Código actual. Y, el principio de diversidad familiar, ya que numerosas familias conforman grupos ensamblados, que esperan la posibilidad de contar con un régimen de bienes diferente al de la comunidad de ganancias.

512. El Título II sobre el régimen patrimonial del matrimonio, consta de tres capítulos: Disposiciones generales (Cap. 1), Régimen de comunidad (Cap. 2) y Régimen de separación de bienes (Cap. 3).

Las notas características de este proyecto son, de modo abreviado: a) contemplar dos regímenes patrimoniales de modo sistemático el de comunidad y el de separación; b) disponer la flexibilización del régimen patrimonial al permitir la opción de los contrayentes por un régimen de separación de bienes; c) esta opción y ejercicio de la libertad, no puede desconocer los límites que fijan los derechos fundamentales de las personas, lo que explica que cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio al que están sujetos los cónyuges, rige el piso mínimo, o las disposiciones comunes a todos los regímenes (arts. 454 á 462), demarcación que reconoce el principio de solidaridad, en protección de terceros y de los mismos cónyuges; c) consecuentemente, se legislan las convenciones matrimoniales, que se revalorizan y amplían según lo proyectado (art. 446).

Se flexibiliza el régimen legal en materia de bienes en el matrimonio forzoso e imperativo que prima actualmente, entendiéndose que un sistema cerrado y único viola el principio constitucional de libertad y autonomía personal.

Se organiza un régimen legal ligado al principio de libertad, con solidaridad y responsabilidad: a) las convenciones matrimoniales quedan restringidas a las que permite la ley, lo que configura una valla a la autorregulación por los futuros cónyuges o por los cónyuge (446, 447); b) la mutabilidad del régimen de bienes también responde al mandato constitucional, ya que es posible cambiar de un régimen a otro, aunque tiene algunas escasas limitaciones para proteger los derechos de terceros y de los mismos miembros de la unión (449); c) la opción por un régimen u otro, no desconoce los derechos básicos de tutela a las relaciones de familia, estructurándose un sistema común, para ambos (454 á 462), que estatuye el deber de contribución (455); la exigencia del asentimiento para disponer de derechos sobre la vivienda familiar y los muebles (456 y ss.); el mandado entre cónyuges (459); la responsabilidad solidaria por obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades del hogar, o el sostenimiento y educación de los hijos comunes (461); los actos de administración y disposición de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce uno (462).

La recepción del principio constitucional de la libertad nutre las disposiciones proyectadas, lo que explica la opción entre otros del régimen patrimonial llamado régimen primario. Sin embargo, se asientan límites que

resguardan derechos fundamentales: un conjunto de reglas y prohibiciones, que viabilizan el amparo a la institución del matrimonio, perfilando un desarrollo sostenido de la familia, más allá del régimen de bienes por el que se haya optado.

Se legislan separadamente el régimen de comunidad (463 á 504) y el régimen de separación de bienes (505 á 508).

Se perfecciona el régimen de comunidad, elaborándose normas sobre los bienes de los cónyuges, las deudas, la gestión de los bienes, la extinción de la comunidad, la indivisión post comunitaria, la liquidación de la comunidad, y la partición.

En el abordaje de la crisis matrimonial, a través del divorcio, se prevé la figura de la compensación económica (441)⁵¹³, como un derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio el produce un empeoramiento en

la situación económica de la que gozaba en el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte⁵¹⁴.

4. Las relaciones patrimoniales en las uniones convivenciales

Las uniones estables no matrimoniales no recibieron una regulación completa en el derecho privado argentino.

Sí se contemplaron algunos efectos, o situaciones específicas, para otorgar alguna respuesta en el derecho previsional, en el derecho sucesorio respecto a la caducidad de la vocación hereditaria conyugal, en la caducidad de los alimentos conyugales, entre otros.

Se estudia el derecho vigente y el derecho proyectado, por separado, en cuanto a las relaciones económicas entre los convivientes.

513. Medina Graciela, Matrimonio y disolución, ps 334 y ss. En: Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Director: Julio Cesar Rivera; Coordinadora, Graciela Medina, AbeledoPerrot, Bs. As. 2012.

514. Para el derecho español, véase: YzquierdoTolsada, Mariano. Tratado de Derecho de Familia, Vol II, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 519.

4.1. Derecho vigente y uniones convivenciales

La unión convivencial o de hecho - o el concubinato, en términos tradicionales - puede ser definida como la unión estable, de hecho, entre dos personas de igual o distinto sexo, que acarrea una serie de efectos jurídicos derivados de las relaciones personales y patrimoniales que emergen de tal unión.

En Argentina, esta institución no tiene una recepción normativa sistemática, pero sí se comprenden en tales uniones fácticas, numerosas alianzas como realidad social en las relaciones interpersonales actuales ⁵¹⁵.

La unión convivencial o de hecho es una figura familiar diferente al matrimonio, ya que si bien ostenta varios elementos configurantes de la unión conyugal, tiene un fundamento y un desarrollo diferenciado..

Así, puede referirse en la unión convivencial o de hecho, el consentimiento como el acto formal a través del cual nace la unión, estable y permanente entre dos personas libres y capaces.

Por su parte, en la Argentina para la validez del matrimonio se requiere un acto formal que otorgue eficacia y efectos a la unión de dos personas, con forme a la ley 26618 del año 2010 - como en otras legislaciones que contemplan el matrimonio entre personas del mismo sexo ⁵¹⁶ -.

Es decir que en el matrimonio el acto fundacional es relevante ⁵¹⁷.

La unión convivencial carece de este acto formal a través del cual se “crea” el matrimonio, y se constituye así en una unión de hecho con alcances más restringidos y con una laguna legislativa que amerita diversas interpretaciones. Estas uniones convivenciales son situaciones en las que un hombre y una

515. En Uruguay tienen recepción legislativa. Véase: Rivero, Mabel; Ramos, Beatriz, *Unión Concubinaria*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

516. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil Español en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE núm. 157, Sábado 2 julio 2005. Esta ley en el art. 1, adiciona un segundo párrafo al art. 44 del C.C., que dice: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

517. Cfr.: Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Astrea, Bs. As., 1998, 5ª edic. act y ampl, t. 1, p. 243 y ss., par. 167. Astrea. Bs.As. 2006. Para el matrimonio analizando la heterosexualidad.

mujer, o bien, una mujer y una mujer, o bien, un hombre y un hombre, se unen en una comunidad de vida, con formal apariencia y cierta permanencia, a los fines de compartir personal y patrimonialmente los efectos derivados de dicha unión⁵¹⁸.

Debemos entender que en el siglo XXI las uniones de hecho, comprenden cada vez más⁵¹⁹, tanto las personas de distintos sexo (un hombre y una mujer), como a las personas del mismo sexo (dos mujeres, o dos hombres).

Esta nueva tendencia y realidad, que naturalmente también ha generado un derecho específico para las uniones de hecho cualquiera sea su conformación personas de distinto sexo o personas de igual sexo o de tendencia sexual análoga, exige un estudio diferente al efectuado hasta ahora de estas uniones

que no se han conformado según las reglas del matrimonio entre un hombre y una mujer.

No es suficiente ya, referir la unión convivencial de un hombre y una mujer como si fuera toda la realidad de las uniones de hecho, y todo el derecho sobre ellas. Se requiere el abordaje de todas las uniones convivenciales, que comprenden tanto las personas de diferente sexo cuanto las personas del mismo sexo.

Utilizamos la voz uniones convivenciales para las clásicamente nominadas uniones de hecho, persiguiendo superar la utilización de la voz concubinato, por ser claramente connotada.

4.1.1. Terminología: del “concubinato” o “uniones de hecho” a las “uniones convivenciales”

La denominación uniones de hecho o convivenciales viene a “mejorar” la vieja terminología que refiere al “concubinato”⁵²⁰ como una unión de cierto

518. Cfr.: Morello, Augusto M.; Morello de Ramírez, María S., *Novedades, en Francia y España, en el derecho de familia*, JA 1998-III-928, Lexis N° 0003/000513.

519. Aludiendo al alza de la convivencia extramatrimonial y la disminución de la nupcialidad, véase: MartinicGaletovyc, María Dora, *Algunas reflexiones en torno a las uniones de hecho en Chile, en el Derecho Comparado y particularmente en el MERCOSUR*, En: *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados*, Directora: Cecilia P. Grosman; coordinadora: Marisa Herrera; LexisNexis, Bs. As., 2007, p. 57 y ss.

520. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22.ª Edición (2001). Espasa

tinte ilegítimo que hay que erradicar, sanar, curar, evitar, en virtud del disvalioso tratamiento concedido por la legislación mundial, y especialmente la Argentina, y que ostenta en la actualidad – el término concubinato cierta carga conceptual negativa.

Es un sustantivo adjetivado en referencias lingüísticas que conlleva una valoración especial.

Es un término, un concepto, que trae aparejado un juicio de valor otorgado por las circunstancias que fomentaron la carga lingüística que se aplica.

Es decir, que nominar a la institución que analizamos con el concepto de “concubinato” implica, de cierta forma, otorgar un tratamiento disvalioso a la institución que regula la unión estable, permanente, que estudiamos.

Así el concubinato fue referenciado como “inmoral” en el marco de las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil en punto a los requisitos para conceder la adopción (en la ya derogada ley 19.134) donde se sostuvo⁵²¹ que “afirmamos entonces, categóricamente, que el concubinato es inmoral, y por tanto será, "prima facie", un índice de "inconveniencia". Sin embargo, no es insalvable, pues en el caso concreto, a pesar de esa conducta inmoral del solicitante, puede ser conveniente...”

Es por ello, que se esboza una nueva nominación en la moderna legislación, y se alude con la expresión “unión de hecho” o “unión convivencial” o “uniones de pareja”, o “uniones maritales de hecho”, o similares a la tradicional locución “el concubinato”.

Esta “unión de hecho” o “convivencial” se intenta contraponer a la “unión de derecho” que ha cubierto los recaudos formales, solemnes y necesarios para contraer matrimonio conforme a la normativa vigente.

De todos modos, la cuestión constitucional no radica en la nominación,

Calpe, Madrid. Voz: Concubinato: relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados. T. I, p. 532.

521. Cfr: Barbero, Omar U., *Adopción y concubinato en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil*, LL 1979-A, 818.

aunque obviamente no pueden sostenerse aquellas expresiones que sean discriminatorias o que intenten otorgar un trato disvalioso a los miembros que integran la pareja.

Igualmente, la expresión estará connotada, según sea la realidad socio cultural a que se aluda y a la que se aplique; por ejemplo, en Paraguay, la voz concubinato no tiene en general consecuencias prejuiciosas.

Sí nos parece conveniente apuntar a las uniones que no han sido originadas en el matrimonio civil, como “uniones convivenciales”, pues con ello solo se alude a una situación fáctica en el origen de la relación.

4.1.2. Las leyes locales anteriores al Proyecto de reforma

En el derecho vigente en ausencia de toda regulación de las uniones no matrimoniales, varias provincias y ciudades, decidieron legislar sobre las uniones civiles, o uniones de parejas estables, comprendiendo en general, tanto las parejas del mismo sexo como aquellas de diferente sexo.

Por eso se consignan algunas de esas legislaciones, en función de la importancia que han tenido en el país.

La ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires del 2003

Esta ley de la ciudad autónoma, establece que se entiende por Unión Civil, la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual, exigiendo que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común (art. 1).

Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción, y debe ser inscripta la unión en el Registro Público de Uniones Civiles ⁵²² (art. 1).

⁵²². Ley N° 1004 de la Ciudad de Buenos Aires, Union Civil, sanción: 12/12/2002; promulgación: Decreto N° 63 del 17/01/2003; BOCBA N° 1617 del 27/01/2003.

Rio Cuarto

Por ordenanza aprobada por el Concejo Deliberante el 7 de mayo de 2009 se permite la unión civil. La Ordenanza n° 279/09, fue modificada por la Ordenanza n° 344/09.

Este estatuto de las uniones de parejas estables, sufrió un sinnúmero de avatares.

La ciudad de Rio Cuarto de la Provincia de Córdoba, dictó esta regulación locales, sobre unión civil a través del Consejo Deliberante, en el año 2009.

Rio Negro

La Provincia de Rio Negro, dictó la ley 3.736, sancionada el 10/04/2003⁵²³, nominada convivencia homosexual.

Establece que las parejas del mismo sexo podrán efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente (art. 1).

Villa Carlos Paz

La ciudad de Villa Carlos Paz, de la Provincia de Córdoba, el 27 de noviembre de 2007, modificó el art. 55 de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Villa Carlos Paz,

En la Carta orgánica referida, en su Primera parte, nominada Declaraciones, Derechos, Obligaciones, Principios de gobierno y políticas especiales, en el título Segundo⁵²⁴, legisla la unión civil.

Dice el art. 55 de dicha Carta, que “El municipio reconoce la Unión Civil entre personas de igual o distinto sexo que acrediten residencia en la Ciudad no menor a cinco (5) años, organizándose a tal efecto un Registro que cer-

523. Prov de Rio Negro, ley 3.736, promulgada: 09/05/2003, B.O: 15/05/2003 - Número: 4097

524. Carta Orgánica Municipalidad de Villa Carlos Paz. Título Segundo: De los Derechos, Obligaciones, Principios de Gobierno y Políticas Especiales. Sección Tercera: Políticas Especiales. Capítulo I: Políticas para las Personas.

tifique el hecho, reglamentándose con ordenanza que se dicte a tal efecto”.

Esta tendencia local a legislar sobre las uniones estables no matrimoniales, evidencia la terminante necesidad de un sistema general nacional sobre tales uniones.

4.1.3. Las respuestas en el derecho vigente a las uniones convivenciales

En el derecho vigente, las situaciones de las parejas estables son una preocupación constante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

A los diferentes supuestos que llegan a los tribunales, particularmente en el tema económico ante el quiebre de la unión estable, las respuestas son diferentes, y sin que exista una previsión específica, los jueces otorgan alguna contestación seleccionando normas compatibles con la cuestión debatida ⁵²⁵.

En algunas hipótesis se regulan en la actualidad en el C.C., en las leyes complementarias, y en general en el derecho reglamentario, ciertos efectos ⁵²⁶ de las uniones o parejas convivenciales, sobre temas relevantes y trascendentes, como los que enunciamos seguidamente ⁵²⁷.

- La continuación de la locación a favor del conviviente del locatario ⁵²⁸ ;
- El derecho a pensión a favor de la o el conviviente ⁵²⁹ ;
- La donación en vida de órganos o materiales anatómicos a favor del conviviente ⁵³⁰ ;

525. Cfr.: Lloveras; Nora, Convivencias de pareja heterosexuales y los efectos patrimoniales, p. 159 y ss. En: Revista de Derecho de Familia, N° 46, julio/agosto 2010, Las relaciones de hecho en la familia, Dirección; Grosman, Cecilia P, Bs.As., AbeledoPerrot.

526. Véase también: Bossert, Gustavo A. Régimen Jurídico del Concubinato. Bs. As. Astrea. 1990.

527. Entre otros efectos regulados, ya que solo incluimos los que apuntamos en el texto a título ejemplificativo.

528. Ley 23091, de Locaciones Urbanas B.O. 16.10. 1984. El art. 9 autoriza la continuación de la locación por el conviviente en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario.

529. En punto al derecho a pensión de los convivientes de hecho, deviene una reforma que modifica y deroga en gran parte la legislación anterior. Esta ley que replantea las pensiones de los convivientes de hecho es la ley n° 24.241 de 1993.

530. Ley 24193 sancionada el 24/03/1993; BO 26/04/1993 sobre: Transplante de órganos y

- La presunción de paternidad del concubino (art. 257 C.C.) ⁵³¹;
- La configuración del matrimonio in extremis, que contempla la hipótesis de que las nupcias se hubieren celebrado para regularizar una situación anterior de hecho (art. 3573 C.C.) ⁵³²;
- La inclusión en el régimen de nulidad del matrimonio, del supuesto del contraído por ambos de mala fe, en que se disolverá el régimen patrimonial, como una sociedad de hecho (art. 223, inc. 2 C.C.) ⁵³³;
- La ley de regularización dominial que prevé como beneficiarios a las personas que hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar ⁵³⁴ ;
- El beneficio extraordinario respecto de personas desaparecidas en cuanto a las uniones matrimoniales de hecho que tuviesen una antigüedad de por lo menos dos años anteriores a la desaparición o fallecimiento ⁵³⁵.
- La pérdida del derecho alimentario, por vivir en concubinato, reglado a favor del cónyuge inocente de la separación personal y al cónyuge inocente del divorcio vincular (art. 210 y 218 C.C.) ⁵³⁶.

materiales anatómicos, reformado por la Ley 26066 del 2005, BO 22/12/2005. La nueva ley estatuye en el art. 21 en el orden de requerimiento, la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma continua e ininterrumpida.

531. El art. 257 C.C. dice: “El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.

532. El art. 3573 C.C. contempla la excepción a la exclusión hereditaria conyugal, en caso de que el matrimonio in extremis se celebre para regularizar una situación de hecho.

533. El art. 223, inc. 2 C.C. regula el supuesto.

534. Ley 24.374, B.O. 27.09.1994. Ley de Regularización Dominial. El art. 2 contempla a las personas, que sin ser sucesores, hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, en las condiciones fijadas.

535. Ley 24.411, B.O. 03/01/1995. Desaparición Forzada de Personas. Beneficio Extraordinario. El art. 4º establece que los efectos y beneficios de esta ley se aplicarán a las uniones matrimoniales de hecho que tuviesen una antigüedad de por lo menos dos años anteriores a la desaparición o fallecimiento, postulando algunas presunciones.

536. El art. 210 CC establece que “Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge”. El art. 218 CC dispone: “La prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge”.

-La pérdida de la vocación hereditaria por vivir en concubinato, por parte del cónyuge inocente de la separación personal que conservaba dicha vocación (arts. 202⁵³⁷, 204⁵³⁸, segunda hipótesis, 214, inc. 1º⁵³⁹ y cc. C.C., art. 3574⁵⁴⁰ C.C.);

-La pérdida de la vocación hereditaria por vivir en concubinato, respecto del cónyuge “enfermo” en la separación personal por la causal objetiva del art. 203 C.C. que la había conservado⁵⁴¹ (art. 3574, 3575 C.C.⁵⁴²);

-La pérdida de la vocación hereditaria, en el supuesto de la separación de hecho, para el cónyuge inocente de esa separación de hecho, que hubiere vivido en concubinato (art. 3575 C.C.);

-La pérdida del derecho a pensión, para los beneficiarios cuyo derecho a pensión dependiere de que fueren solteros desde que contrajeran matrimonio o si hicieren vida marital de hecho⁵⁴³;

537. El art. 202 CC establece las causas de separación personal, que pueden fundar la demanda y/o sentencia, nominadas subjetivas, por ser atributivas de responsabilidad o culpa.

538. El art. 204 CC admite la separación de hecho prolongada como causal objetiva de la separación personal, que se extiende también al divorcio vincular.

539. El art. 214 instituye que “son causas de divorcio vincular: 1. Las establecidas en el artículo 202”.

540. El art. 3574 CC establece la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge separado personalmente por culpa (art. 202). El cónyuge “enfermo” (art. 203 CC) conserva la vocación hereditaria. En los casos de los artículos 204, primer párrafo y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro. En todos los casos en que uno de los esposos conserva la vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.

541. El art. 203 CC expone que “uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos...”.

542. El art. 3575 establece: “Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574”.

543. Sobre la pérdida del derecho a pensión véase: La Ley 21.388, Seguridad Social. BO 20/08/1976, y sus modificatorias, ley 22.611 Sanc. 18/06/1982, BO 24/06/1982, la que fue derogada a su vez por la ley 23.570, (B.O., 25/07/1988). En el art. 1 preceptúa: “Sustitúyese el inc. b) del art. 2 del decreto ley 17562/1967, modificado por decreto ley 20314/1973, por el siguiente: b) Para el cónyuge supérstite, para la madre o padre viudos o que enviudaren para las hijas viudas y para los beneficiarios cuyo derecho a pensión dependiere de que fueren solteros, desde que contrajeran matrimonio o si hicieren vida marital de hecho”. El art. 8 de la ley 23.570 dispone: “Modifícase el inc. b) del art. 2 de la ley 17562 en la forma

- El abordaje del fenómeno de la Violencia Familiar tanto en el ámbito nacional ⁵⁴⁴ como en la provincia de Córdoba ⁵⁴⁵, comprende dentro de las relaciones familiares a las uniones de hecho o las relaciones afectivas.

Hemos sostenido ⁵⁴⁶ que la ausencia en la ley de definición de “familia”, y la expresa inclusión de la noción de “uniones de hecho”, permiten proteger por igual a la familia mas allá de su enclave jurídico, y posibilita asimismo evitar discriminaciones ⁵⁴⁷ entre familias y uniones de hecho hétero u homosexuales ⁵⁴⁸.

Como se observa, los aspectos regulados por la ley actual argentina, de las parejas convivientes, son puntuales, parciales, y en modo alguno conforman un ordenamiento integrado de la problemática de las uniones maritales de hecho, lo que es de desear ocurra en el futuro.

que se indica a continuación:

Inc. b).-Para la madre o padre viudos o que enviudaren, para las hijas viudas y para los beneficiarios cuyo derecho a pensión dependiere de que fueren solteros desde que contrajeran matrimonio o si hicieren vida marital de hecho”.

544. En el ámbito Nacional rige la Ley 24.417, de 1994, BO 03/01/1995. La normativa dispone en el art.1 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..... A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

545. Ley 9283. Violencia Familiar. sanc. 01/03/2006; publ. 13/03/2006. y su Decreto Reglamentario 308/2007. B.O. 08.04.07. Se expresa que la normativa contempla una concepción amplia de las formas familiares, entendiéndose por tal las surgidas del matrimonio, de uniones de hecho o de relaciones afectivas, sean convivientes o no, persista o haya cesado el vínculo, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales, abarcando los casos de violencia física, psicológica o emocional, sexual y económica (arts. 4 y 5, ley 9283). Cfr.: Lloveras, Nora; Orlandi, Olga. La “Ley de Violencia Familiar” de Córdoba. Una herramienta en el contexto de las políticas públicas de prevención de la violencia familiar. Fuente: LNC 2006-3-269. Lexis N° 0003/70023033-1. Véase: Tagle de Ferreira, Graciela y Palacio de Caeiro, Silvia B. A meses de la puesta en vigencia de la ley de violencia familiar n. 9283. LNC 2006-6-549. Lexis N° 0003/70024341-1.

546. 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. RubinzalCulzoni. P. 389.

547. Véase: Fleitas Ortiz de Rozas, Abel; Roveda, Eduardo G. *Manual de Derecho de Familia*, LexisNexis. Bs. As. 2004. P. 52. Al entender de los autores, quedan excluidos del concepto doctrinario de concubinato, las uniones homosexuales y las de carácter circunstancial, esporádico, transitorio, clandestino o promiscuo. P. 52.

548. Para mayor abundamiento sobre uniones de hecho homosexuales, véase: Medina, Graciela, *Uniones de Hecho Homosexuales*, Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2001.

No puede omitirse de consignar que ya sea por vía legislativa - como se ha reseñado -, ya por vía jurisprudencial, en ciertos casos - que se han apuntado-, se ha reconocido la unión de hecho en sus aspectos de secuelas, consecuencias, tanto personales cuanto patrimoniales, ya que la unión convivencial

trasciende en estados aparentes de matrimonio ⁵⁴⁹, describiéndose fácticamente una comunidad de vida entre los integrantes de la pareja.

En conclusión, la ley argentina actual responde a la unión convivencial, con normas parciales, puntuales, escasas, dispersas, insuficientes, que en modo alguno conforman una regulación integral de tales uniones maritales de hecho.

En síntesis, la respuesta de la ley argentina es coyuntural: la ley va normando frente a los reclamos sociales, algunos aspectos y consecuencias de estas uniones estables de pareja, o uniones convivenciales.

Esta respuesta de la ley argentina “ a la demanda” colectiva en nada beneficia a la visión global que del tema de las uniones estables de pareja debiera existir en Argentina.

4.1.3.1. Las miradas desde el derecho vigente: relaciones económicas y unión convivencial

La ausencia de respuestas específicas en la ley el ámbito del derecho de familia crea numerosas situaciones de debate - particularmente en los casos de ruptura de las parejas - en relación a la asistencia, a la vivienda, al modo de distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia y a la protección económica del conviviente supérstite.

Consignamos dentro de cada área económica, los aspectos relevantes.

4.1.3.1.1. La Protección a la vivienda

Si bien el derecho vigente no contempla la protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales, la jurisprudencia fue interpretando esa omi-

⁵⁴⁹ Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*. Astrea. Bs. As. 1998. t. II. p. 276, parágrafo 836.

sión, en el sentido de viabilizar la tutela del hogar habitación en estas formas familiares ⁵⁵⁰.

En la doctrina, se aúnan en general las voces, para admitir la misma protección que tiene la vivienda en la unión matrimonial, en las uniones convivenciales ⁵⁵¹, habiendo entendido por nuestra parte que beneficiario en la ley 14394 es también el o la integrante de la pareja de hecho o convivencial, ya que no puede desconocerse la vigencia de la Constitución Nacional reformada en 1994, y los principios que la presiden ⁵⁵².

En este sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo también esta protección de la vivienda en las uniones convencibles.

La CNCiv, Sala "H", resolvió revocando una decisión del Director del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, disponer la afectación del inmueble de propiedad de los miembros de una unión convivenciales, al régimen de bien de familia ⁵⁵³, en tanto otro tribunal admitió la designación de beneficiarios de los hijos de una unión convivencial ⁵⁵⁴.

En conclusión, una de las tendencias expresa la negativa a comprender, en el régimen de bien de familia protector de la vivienda, al conviviente como beneficiario, y en una mirada más reciente, otro sector judicial, otorga una respuesta favorable a la protección del hogar conyugal en la unión convivencial o de hecho, aun de modo indirecto, a la luz del derecho constitucional vigente.

550. En la doctrina: Fuster, Gabriel Aníbal, *El bien de familia frente a los condóminos convivientes que no son cónyuges*, LL 02/12/2010, 4; Lloveras, Nora, *Bien de Familia y divorcio*, ps. 205 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1, Bien de Familia, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2011.

551. Se admite doctrinariamente la posibilidad de incluir al hijo afín como beneficiario del régimen de la ley 14.394, siempre que quien lo instituye así lo disponga en el acto de constitución. Cfr.: Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 312.

552. Cfr.: Lloveras, Nora. *Convivencias de parejas heterosexuales y los efectos patrimoniales*, p. 159 y ss. En: Revista Derecho de Familia. N° 46 (julio – agosto 2010), AbeledoPerrot. Buenos Aires.

553. CNCiv, sala H, Máximo Vittorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez, 28/05/2010, LL 29/07/2010, 29/07/2010, 7 - LL 2010-D, 561 - DFyP 2010 (octubre), 113 - LL 02/12/2010, 4, con nota de Gabriel Aníbal Fuster, Cita Online: AR/JUR/31563/2010.

554. C. Civ y Com. Rosario, sala 1ª, 13/10/1997, "Q., A. R. A. y otra", LL 1998-1-552.

4.1.3.1.2. La disolución y liquidación patrimonial

Son diferentes los abordajes que se realizan al intentar decidirse los temas patrimoniales específicos ante el cese de la unión.

a. Sociedad de hecho

Es posible, a los fines de disolver los bienes existentes en la unión convivencial, recurrir como se observa en diferentes peticiones de las partes y decisiones jurisprudenciales, a la figura de la sociedad de hecho. En este supuesto, se aplicarán las reglas que regulan la disolución y liquidación de una sociedad de hecho⁵⁵⁵.

El inconveniente de recurrir a esta figura de la sociedad de hecho, es que deben acreditarse los siguientes elementos: existencia de una sociedad de hecho; existencia de aportes comunes; fin de lucro y obtención de utilidades.

Se expresa de modo reiterado, que la convivencia estable por sí misma, no configura la sociedad de hecho

b. Comunidad de bienes e intereses

A los fines de saltar el obstáculo del fin de lucro consignado como exigencia, se ha recurrido a la construcción jurídica de una comunidad de bienes e intereses para resolver el conflicto de los bienes existentes en la unión convivencial al tiempo de la ruptura.

Es decir, en caso de que se descartase la existencia de la sociedad de hecho por ausencia de una actividad lucrativa de la pareja, se suele encuadrar el caso en una relación genérica de comunidad de bienes e intereses conforme lo dispuesto en el art. 1663 CCiv., correspondiendo también su disolución y liquidación a la ruptura de la convivencia estable.

⁵⁵⁵. Arts. 223 inc. 1° y 2°, 1648, 1655, 1662, 1670, 1702, 1703, 1758, 1760, 1777, y ss CC., arts. 22, 25, 101, 109 y cc, Ley 19550. El art. 1548 CC. (id., art. 22 ley 19550), modificada por las leyes 23576 y 24435 establece que "Habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirían entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado". A su vez, el art. 1663 CCiv. señala que "Cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse por falta del instrumento o por cualquiera otra causa, los socios que hubiesen estado en comunidad de bienes o de intereses, podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad".

El inconveniente de esta figura comunidad de bienes e intereses, es la inexistencia de normas legales (más allá de la citada), que respalde la disolución y liquidación de lo aportado por los miembros de la unión convivencial y otras consecuencias.

c. Condominio

Desde otro sector, suelen aplicarse las reglas de la división de condominio para resolver el conflicto de los bienes frente a la ruptura de la unión convivencial, aún cuando la titularidad registral del bien luce en cabeza de uno de los miembros de la unión convivencial.

El inconveniente de esta posición radica en que la acción de división en condominio, en general, es una acción real que exige, para que pueda ser interpuesta, que existan dos o más titulares registrales.

En suma, posicionarse en la acción de división de condominio para disolver y liquidar los bienes existentes en la unión convivencial, puede exhibir el obstáculo de la legitimación procesal.

d. Aplicación analógica de las normas de la sociedad conyugal

En otro sentido, una posición absolutamente minoritaria afirma que podrían aplicarse analógicamente a la unión convivencial estable, las normas referidas a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y distribuirse por mitades los bienes existentes a su disolución (arg. arts. 1291, 1315 y cc.C-Civ).

En realidad, en principio no creemos que esta sea una opción independiente, sino que cuando no se ha demostrado la cuantía de los aportes se observa en la jurisprudencia la decisión de atribución por mitades a los dos convivientes, de los bienes adquiridos durante la unión – como si se tratara de bienes “comunes” - , teniendo en cuenta los principios de la sociedad conyugal.

e. Enriquecimiento sin causa

Es principio del derecho que toda atribución patrimonial debe obedecer a una justa causa.

Es por ello que cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona al de otra enriqueciéndosela sin título o razón jurídica que lo justifique, se está configurando el instituto del "enriquecimiento sin causa".

Este instituto puede ser considerado como principio general de derecho u otorgándole a la acción in rem verso autonomía y características propias⁵⁵⁶. Con referencia a la posibilidad de invocar el enriquecimiento sin causa y el consecuente ejercicio de la acción in rem verso, destaca la doctrina que no podrá mediar entre los convivientes una relación jurídica tal como un vínculo societario o una relación laboral, debiendo el reclamante recurrir a la disolución de sociedad o al reclamo de pago de remuneraciones. Tampoco quedará expedita la acción si el bien se encontrare a nombre de uno de ellos habiéndose adquirido con aportes del otro, debiendo en ese caso recurrirse a la acción de simulación. En suma, la acción no puede constituirse para eludir las normas que regulan los contratos u otro instituto de Derecho de fondo (principio de subsidiariedad). Sí podría ser intentada, sostiene el autor, si se estuviera ante otro tipo de prestaciones de un sujeto que han enriquecido al otro. Cita por caso las mejoras a un bien inmueble efectuadas con el trabajo personal o con aportes materiales, el trabajo personal o servicio, siempre que ello fuere de su profesión o modo de vida y lo hubiere prestado con anterioridad a la unión -a beneficio del que se constituyera en concubino- y no acreditado que se trata de una liberalidad o donación propia de la colaboración nacida del afecto y del tipo de relación -arg. arts. 1627 y 1628 CCiv - .

La figura del enriquecimiento sin causa, es muy utilizada, y tiende a hacer nacer una obligación⁵⁵⁷ personal en cabeza de uno de los integrantes de la unión de hecho, el titular del bien, consistente en restituir lo aportado por el otro miembro de la unión (arts. 582, 589, 591, 2309, 2310 y cc del CCiv.).

El fundamento radica en que, de no restituirse los aportes, se consolidaría una verdadera injusticia y un enriquecimiento sin causa, por parte de uno de los miembros de la unión convivencial, a costa exclusiva del otro miembro,

556. Bossert, Gustavo A. Régimen Jurídico del concubinato. 3era. edic. act. y ampliada. Astrea. Bs.As. 1990. p. 107 y ss.

557. Bossert, Gustavo A. Régimen Jurídico del concubinato. 3era. edic. act. y ampliada. Astrea. Bs.As. 1990. p. 108 y ss.

situación que no puede merecer amparo ni en la ley ni en la justicia.

La doctrina expresa que “por lo tanto, el demandado – o sus herederos – no pueden beneficiarse injustamente con los frutos del esfuerzo de otros, lo que es imposible que sea amparado. En definitiva, debe evitarse que una vez llegada la hora de la separación, una persona se enriquezca sin causa, a expensas de otra”.

Por lo tanto, desde esta línea de pensamiento se intenta evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro.

Es decir, habría una transmisión patrimonial desde el patrimonio de uno de los integrantes de la unión, hacia el del otro integrante, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico, con fundamento en los arts. 582, 589, 591, 2309 y 2310 del Código Civil.

4.2. Derecho proyectado y uniones convivenciales

El Proyecto CCivCom regula y reconoce un conjunto mínimo de derechos a las parejas que tienen un proyecto de vida en común pero que por razones de diversa fuente u origen - en función del art. 19 CN - no celebran matrimonio (509 y ss).

En estas conformaciones diferentes, la autonomía personal juega un papel relevante que se admite por la ley, aunque también se establecen límites al juego de esa autonomía en función del piso mínimo de derechos, que no pueden ser objeto de pacto o negociación alguna.

Estas uniones convivenciales, conforman relaciones afectivas de convivencia, que deben cumplir requisitos: la persona humana constituye núcleos familiares diversos, entre otros la unión convivencial erigida sobre el afecto.

Se establece un régimen legal que expresa cuando se configura una unión convivencial, y los efectos que produce, tanto en la convivencia como ante el cese o quiebra de la unión.

Los convivientes pueden o no suscribir un pacto de convivencia: a) si suscriben el pacto convivencial, quedan sujetos a él; y b) si no protagonizan un

pacto de convivencia, quedan sometidos al régimen establecido en el Título III, del Código proyectado.

La novedad relevante, es la posibilidad de formular un pacto, en tanto este convenio regirá sus relaciones en el plano personal y patrimonial.

Sólo cuando no suscriban un pacto, serán aplicables las normas insertas en el título III.

En cuanto al contenido del pacto se estipula que no podrá dejarse de lado el contenido de los artículos 519 á 522, y en lo atinente a sus formas, se establece su necesaria realización por escrito.

El punto eje de la reforma propuesta es que se intenta respetar la decisión autónoma de los miembros de la unión, pero se la limita sólo en cuanto resulte o pudiere resultar lesiva a los derechos fundamentales que titularizan los miembros de la unión, o pudiere causar un perjuicio a legítimos intereses de terceros.

Tienen la posibilidad de establecer con libertad variadas cláusulas que rijan su vida convivencial, y si nada prevén, regirán las normas del Título III, que tienden a asegurar una adecuada tutela a los integrantes del grupo familiar y a terceros que se encuentran vinculados a él de una u otra manera.

A partir de esta armonía entre autonomía y derechos fundamentales, las normas persiguen garantizar la cláusula constitucional de la protección integral a la familia, logrando asimismo no inmiscuirse indebidamente en la esfera de intimidad de los integrantes de la unión.

En el pacto de convivencia podrán establecer cómo contribuirán a las cargas de la vivienda durante la vida en común, fijando también soluciones a conflictos que pueden plantearse una vez disuelta la unión, como a quién corresponderá continuar habitando en el hogar compartido, o bien la cuestión de la división de los bienes obtenidos a partir del esfuerzo común (514). Estos pactos pueden modificados, rescindidos y opera también la extinción (516).

Los convivientes al suscribir el convenio, regirán sus relaciones en el plano

personal y patrimonial, con los siguientes límites en su contenido: no podrá dejar de lado el contenido de los artículos 519 á 522, y en lo atinente a sus formas, se establece su necesaria realización por escrito – a ello se agrega el límite genérico del art. 515-.

El régimen obligatorio de las uniones convivenciales – el piso mínimo no pactable - se centra en: la asistencia durante la convivencia (519); las contribuciones a los gastos del hogar (520); la responsabilidad por las deudas frente a terceros (521); y la protección de la vivienda familiar (522).

Las relaciones patrimoniales durante la convivencia, entre los integrantes de la unión convivencial se rigen por el principio de autonomía de la voluntad expresado en el pacto de convivencia, En caso de ausencia de pacto, cada miembro de la unión ejerce la libre la administración y disposición de los bienes de su titularidad con la restricción prevista en el artículo 522 del Proyecto en cuanto a la vivienda familiar y a los muebles indispensables que se encuentren en ella, no existiendo un régimen patrimonial legal supletorio como en el caso del matrimonio.

El cese de la convivencia se contempla mediante una enumeración de las causales por las que cuales se produce; algunas de ellas reconocen una fuente ajena a la voluntad de los miembros de la unión, como ser la muerte de uno, y otras que nacen de la voluntad de los miembros de la pareja, verbigracia el matrimonio de los convivientes entre sí o de alguno de ellos con un tercero. Se introduce – como en la unión matrimonial – la compensación económica (524).

La figura se presenta como una prestación concreta, de naturaleza autónoma y diversa a las alimentarias, establecida en favor del conviviente a quien la disolución de la unión le provoque un “desequilibrio manifiesto” y un consecuente “empeoramiento de su situación económica”, en tanto esa situación encuentre causa adecuada en la ruptura de la convivencia preexistente.

La ruptura de la unión puede generar una situación que el derecho debe contemplar, y que reconoce una modificación imprevista en el modo, de vida que se venía desarrollando, quiebre que puede generar ese desequilibrio a alguno de sus miembros. Diferentes Estados regulan la compensación eco-

nómica ante la disolución del matrimonio, como España⁵⁵⁸ y Chile⁵⁵⁹.

La vivienda familiar que fue sede del hogar se atribuye a uno de los convivientes, frente al cese de la unión, ante determinadas circunstancias (art. 526), y ante la muerte de uno de ellos, se efectúa una previsión con respecto al sobreviviente (art. 527), reconociéndole el derecho real de habitación gratuito por un plazo determinado de dos años, ante circunstancias que se exigen configurar.

La distribución de bienes se rige por el pacto de convivencia. Y, si no se ha suscripto un pacto, se mantienen los bienes en el patrimonio del miembro de la unión al que ingresaron. Se dejan establecidos la eventual aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causas, la interposición de personas y otros que puedan corresponder (528).

5. Nuestras Conclusiones

A manera de síntesis consignamos nuestras principales conclusiones.

a. La tendencia

El consenso general indica que existen y deben regularse las diversas formas familiares.

b. Las legislaciones

En numerosos países solo hay un modelo sistemático regulado, desconociendo las diferentes formas de familias.

c. El ángulo constitucional

Desde el ángulo constitucional, la igualdad exige, que se atribuya un trato igual a las relaciones familiares que sean sustancialmente análogas.

558. En el Código Civil español, art. 97.

559. En ley chilena N° 19.947 de Matrimonio Civil., art. 61 al 63.

d. Las diversas formas familiares

El entrecruzamiento entre relaciones económicas y familias se estudia desde el esquema de la diversidad familiar, en las uniones matrimoniales y las uniones no matrimoniales, aunque estas dos formas no agoten las diferentes formas familiares.

d. Objeto de estudio

El estudio debe dirigirse al régimen patrimonial del matrimonio, por un lado, y en las uniones convivenciales, el régimen de bienes.

e. Impacto en las relaciones de familia

Las estructuras económicas tienen un gran impacto en las relaciones familiares, y de ello dan cuenta, entre otros, las normas sobre las uniones de pareja, las relaciones entre padres e hijos, las maneras y modos de definir los proyectos personales en las relaciones internas, los sistemas sucesorios, etc.

f. Vinculación entre economía y familia

La vinculación entre economía y familias, depende en gran medida, de las funciones que cumpla o pueda cumplir la familia, las que han cambiado en los últimos decenios del S. XX y en el S. XXI, de modo claro.

g. Modelos económicos

Los nuevos modelos económicos de la sociedad capitalista en los S. XIX y XX, perforaron los patrones con que se venía desarrollando la vida de las familias.

h. El régimen patrimonial del matrimonio

En Argentina se apunta el derecho vigente y el derecho proyectado, en torno al régimen patrimonial del matrimonio.

h.1. Derecho vigente

A diferencia de lo que se observa en el derecho foráneo, el sistema argentino es un sistema legal y único, inmodificable e imperativo en su origen, de comunidad restringida a los bienes gananciales, diferida a la disolución, de gestión separada con determinados elementos de gestión conjunta.

h.2. El derecho proyectado

Se perfilan dos regímenes patrimoniales: el de comunidad de ganancias y el de separación de bienes.

Los futuros cónyuges pueden expresar su voluntad de optar por el régimen de separación de bienes: si nada dicen, quedan sujetos al régimen de comunidad de ganancias.

Esta opción no es definitiva, y puede ser modificada cumplidos los trámites y plazos que establece la ley.

La propuesta responde a la mirada constitucional consagrando el principio de libertad, permitiendo el ejercicio de la autonomía personal de los futuros cónyuges: pueden ejercer la autonomía de la voluntad en relación al régimen de bienes.

i. Las relaciones patrimoniales en las uniones convivenciales

Las uniones estables no matrimoniales no recibieron una regulación completa en el derecho privado en general, tendencia que se ha revertido desde finales del S.XX, y en Argentina, recién de modo sistemático es el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en tratamiento en el Parlamento en el año 2013, el que las comprende.

i.1. El derecho vigente

En Argentina, esta unión estable de parejas, no tiene una recepción normativa sistemática, aunque la ley reglamentaria, la doctrina y la ju-

risprudencia, reconocen ciertos efectos o consecuencias jurídicas a la unión convivencial.

En el derecho vigente – en ausencia de toda regulación de las uniones no matrimoniales- , varias provincias y ciudades, decidieron legislar sobre las uniones civiles, o uniones de parejas estables, comprendiendo en general, tanto las parejas del mismo sexo como aquellas de diferente sexo.

i.2.El derecho proyectado

El Proyecto CCivyCom regula y reconoce un conjunto mínimo de derechos a las parejas que tienen un proyecto de vida en común pero que por razones de diversa fuente u origen - en función del art. 19 CN - no celebran matrimonio.

i.2.1.La autonomía personal

En estas conformaciones diferentes, la autonomía personal juega un papel relevante que se admite por la ley, aunque también se establecen límites al juego de esa autonomía en función del piso mínimo de derechos, que no pueden ser objeto de pacto o negociación alguna.

i.2.2.La distribución de bienes

La distribución de bienes se rige por el pacto de convivencia. Y, si no se ha suscripto un pacto, se mantienen los bienes en el patrimonio del miembro de la unión al que ingresaron.

Se dejan establecidos la eventual aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causas, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

7. EL LUGAR DE LA JUSTICIA EN LA RUPTURA MATRIMONIAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN QUE SE AVECINA EN LA ARGENTINA: BASES PARA LEER EL RÉGIMEN DE DIVORCIO INCAUSADO⁵⁶⁰

Marisa Herrera

Sumario:

Palabras introductorias, De dónde venimos y hacia dónde vamos o a dónde vamos y desde dónde venimos 2.1 Introducción. 2.2 Las consecuencias perversas del divorcio culpable o sanción. 2.3 El tiempo en la mira. 3. Lo que se aproxima; el divorcio incausado. 3.1 Introducción. 3.2 la ¿temida? Derogación de fidelidad como deber jurídico. 3.3 Cuando la moral prima; la convivencia como deber jurídico. 3.4 El mantenimiento del divorcio judicial. 3.5 La derogación de la separación personal. 3.6 Derogación del divorcio causado subjetivo y objetivo. 3.7 Letigimación: petición unilateral o bilateral. 4. Baja el telón.

1. Palabras introductorias

Así como el mundo de los niños y adolescentes tiene un lugar (“su” lugar) en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, el mundo de los adultos no se ha quedado atrás, viéndose actualizado, modernizado y *aggiornado* a la realidad social que se la tilda –y con razón- de compleja.

El mundo de los adultos en las relaciones familiares comprende una gran cantidad de temáticas y conflictos –algunos más interdisciplinarios que otros- como ser, el matrimonio, las parejas que no se casan o uniones convivenciales en terminología del instrumento proyectado en análisis, el régi-

560. Las ideas esgrimidas en este trabajo, forman parte de una mirada constitucional-convencional o humanizada del derecho de familia sobre el cual se viene pregonando y profundizando desde la obra en coautoría con Gil Domínguez y Famá, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006 y que en el materia de divorcio se ha actualizado en Herrera, Marisa, “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?” en obra colectiva Roberto Gargarella (coordinador), *Constitucionalismo 2020*, Editores Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 85 y ss.; “Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia de hoy. Principios, bases y fundamentos”, *Microjuris MJ-DOC-5595-AR | MJ5595* y de manera más reciente, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, *Revista Derecho Privado*, Infojis, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, número 6, Buenos Aires, 2013, p. 109 y ss, volcándose en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, al integrar el equipo que ha trabajado en las temáticas de familia, infancia y adolescencia.

men de bienes, la vivienda, entre otros, incluso excediéndose el campo del derecho de familia e incursionando en otros ámbitos del derecho como el sucesorio, penal, tributario o el derecho comercial.

En esta oportunidad, nos centraremos en el régimen jurídico del divorcio y sus novedades en el nuevo Código Civil argentino que se avecina. Sucede, que el régimen matrimonial en general, sufre sustanciales y necesarias modificaciones, afirmación de fácil comprobación al compulsar la normativa que se propone en lo relativo a los derechos y deberes matrimoniales, como así, a su correlato o impacto en el sistema legal referido a la ruptura del vínculo matrimonial por causa de divorcio.

A modo de punta pié inicial, cabe interrogarse acerca de qué le interesa al Estado –a través de uno de sus tres poderes, el Legislativo- o cuál es el papel que debe asumir para regular, limitar y controlar las situaciones de crisis matrimoniales a la luz de un principio constitucional básico que está asentado en el art. 19 de la Constitución Argentina cuando expresa: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Aquí está el quid de la cuestión, preguntarse sobre el rol de la ley y el lugar que se le brinda a otro de los poderes estatales, el judicial, ante la ruptura del vínculo matrimonial. Es que sólo desentrañando que hay más allá o cuál es el fundamento que sostiene un sistema legal a modo de columna vertebral, se va a poder comprender en toda su extensión la propuesta legislativa proyectada.

Para ello, resulta imprescindible llevar adelante un breve racconto histórico, al menos de lo acontecido en los últimos tiempos que a modo de termómetro, va marcando la línea legislativa más acorde en esta búsqueda constante por acortar la brecha entre Derecho y Realidad.

2. De dónde venimos y hacia dónde vamos o a dónde vamos y desde dónde venimos

El Código Civil argentino actual recepta un doble régimen legal a modo de respuesta jurídica ante la crisis matrimonial: 1) dos figuras: la separación personal y el divorcio vincular y 2) dos sistemas: subjetivo, sancionatorio o basado en la culpa y remedio fundado en razones objetivas que demuestran el desquicio matrimonial (exponer conjuntamente razones que hacen moralmente imposible la vida en común, siempre que se haya cumplido un lapso temporal mínimo de matrimonio, o un plazo de separación de hecho). Como se puede concluir, el Código Civil regula un régimen de divorcio causado, mediante el acaecimiento de causas culpables o de causas objetivas.

¿Qué significa que deba existir una “causa” –o varias- para que recién ahí la ley habilite a una pareja a divorciarse? Más precisamente, ¿pasa el test de razonabilidad que la ley obligue a las personas a seguir casadas hasta un determinado tiempo, 3 años desde la celebración del matrimonio si peticionan el divorcio de manera conjunta o 3 años de separados de hecho para que lo pueda peticionar uno solo de conformidad con los arts. 204, 205, 214 inc. 2 y 215 del Código Civil argentino?

Esta no sería la única tensión constitucional- convencional que presenta la regulación vigente, ya que la ley deposita en los jueces una confianza o más aún, cierto “poderío” infundado en que éstos pretendan “reconciliar” a los cónyuges, presumiendo el Estado a través de la ley que el divorcio es perjudicial para las personas, siendo loable que todas las personas permanezcan casadas. Así, el art. 236 del Código Civil que regula el procedimiento judicial en los divorcios por presentación conjunta, expresa en su parte pertinente que *“Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. (...). Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación (...).”*⁵⁶¹.

Si el divorcio en sí sería una cuestión privada o que hace a la intimidad de las personas, claro está que la regulación tal como está planteada en la legislación civil implicaría una injerencia estatal ilegítima, es decir, infundada e

561. El destacado nos pertenece.

irrazonable. En otras palabras, el divorcio estaría exento de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Carta Magna) en lo que hace a la voluntad de desvincularse matrimonialmente, más allá de que tal decisión deba culminar o verse sellada en una sentencia judicial que se inscribe en el pertinente registro civil por estar en juego el estado civil de las personas.

Ahora bien, la crítica al régimen jurídico actual no se centra sólo en la necesidad de que los cónyuges deban esperar un determinado tiempo (totalmente arbitrario, que hoy es de 3 años pero que en otros países difiere sustancialmente, fijado en 1 año, en 6 meses o incluso en 3 meses tras la reforma por la ley española (Ley 15/2005 de 8 de Julio de 2005), sino también en la posibilidad de plantear la violación a uno o varios derechos deberes matrimoniales: fidelidad, cohabitación y asistencia ⁵⁶².

Desde esta óptica, el proceso judicial tiende a mostrar y demostrar que uno o ambos cónyuges incumplieron obligaciones que el Código Civil impone. Pero ¿la justicia está preparada para conocer con certeza si hay un cónyuge culpable o ambos son culpables de la ruptura matrimonial? ¿Esa indagación colabora a mantener lazos familiares de afecto a pesar de la desavenencia conyugal? ¿Tiene sentido remover el pasado con las consecuencias negativas para resolver el futuro?

2.1. Las consecuencias perversas del divorcio culpable o sanción

La mirada crítica sobre el sistema legal vigente, en particular, el centrado en la idea de culpa, no es nueva. Todo lo contrario, ya el magistrado Kiper en su voto en disidencia en el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil en pleno del 20/09/1994 por mayoría, se admitió la reparación del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio ⁵⁶³, apelándose a la teoría sistémica, en la cual se afirmó que la familia es un *“sistema en permanente cambio, que transcurre por el tiempo presentando una dinámica que es tipificada en distintas etapas, que configuran la “normalidad” de la trama familiar (...) Estas*

562. Ver Herrera, Marisa, “Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en RDF 2009-44-75 y Culaciati, Martín M., “La distancia entre las relaciones afectivas y la ficción jurídica. Una mirada desde el derecho comparado”, RDF 2009-44-219.

563. CNCiv., en pleno, 20/09/1994, G. G. G. v. B. de G., S.; JA, 1994- IV- 549.

sucesivas interfases que atraviesa la familia en su ciclo vital, no están exentas de riesgo y sufrimiento, sino que, muy por el contrario, configuran situaciones de profundos cambios en la estructura de aquélla, lo que genera intenso dolor y stress, tales situaciones son normalmente superadas por las familias, pero cuando la crisis "normal" se proyecta con singular intensidad, afianzándose en el tiempo, por lo general, sobreviene una ruptura". Por lo tanto, "Estudiada la dinámica familiar a la luz de los referidos enfoques teóricos, la noción de la culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente, cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional que, finalmente, provoque una fractura que haga imposible la convivencia, es preciso que dos personas adopten posturas que posibiliten el acaecimiento de tales hechos".

Esta misma línea es retomada y profundizada por un autor Mizrahi, quien como integrante de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, se expidió en varias ocasiones pregonando una línea argumental sumamente restrictiva en torno a la admisión del divorcio culpable. Esto se ha observado en sus siguientes posturas: a) controvertir la llamada presunción hominis sobre el deber de cohabitación, por la cual se afirma que probado el alejamiento del hogar se presume –iuris tantum- que tal actitud es voluntaria y maliciosa hábil para plantear el divorcio por la causal prevista en el art. 202 inc. 5, entendiendo que el mero “desquicio matrimonial” constituye una causa de justificación para rebatir tal presunción ⁵⁶⁴; b) la posibilidad de decretar el divorcio objetivo a pesar de que las partes lo hayan petitionado alegando causas culpables ⁵⁶⁵ y c) el rechazo del reclamo de daños y perjuicios ⁵⁶⁶. Todos estos dilemas –entre tantos otros- son resueltos al receptarse un régimen de divorcio incausado.

⁵⁶⁴ CNCiv. sala B, 29/09/2006, “Y., A. M. v. V., D.”, en ABELEDO PERROT N°: 70057305 y del 20/05/2008, “C. C., C. c. R., B. L.”, LA LEY 2008-D, 199.

⁵⁶⁵ Esta es la postura minoritaria esgrimida en el resonado fallo plenario de Cámara Nacional en lo Civil del 28/10/2010, en el caso “MIL c/ OJO”, La Ley online AR/JUR/64416/2010.

⁵⁶⁶ Mizrahi, Mauricio, Familia, matrimonio y divorcio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 487 y ss.

Centrado en la crítica general relativa al divorcio sanción, Mizrahi ha sostenido: *“En efecto, respecto a las causales subjetivas -el juicio de reproche- es conocido el severo cuestionamiento que ha merecido tanto en el ámbito jurídico como en el de la interdisciplina. Por un lado, porque en este tipo de procesos es harto improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable -si es que existe- del fracaso conyugal. Es que no debe perderse de vista que en el vínculo matrimonial se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación. Son conocidas al respecto las agudas reflexiones de Díez Picazo y Gullón, cuando afirmaron que la ubicación de un culpable en el divorcio demandará una tarea de búsqueda nada convincente, y a veces escandalosa, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal (...)”*⁵⁶⁷.

Todas estas aseveraciones están más que presentes en el futuro Código Civil argentino, claramente explicitadas en el Anteproyecto que le dio vida, cuando en los “Fundamentos” se afirma: “Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”. Este es el punto de partida realista sobre el cual se construye el régimen de divorcio que plantea el código proyectado, el que se ahondará en breve.

2.2. El tiempo en la mira

La puesta en crisis del régimen jurídico en materia de divorcio, no sólo involucra al divorcio sanción sino también al divorcio remedio.

En este sentido, todos los plazos que recepta el Código Civil han sido puestos en tela de juicio. Así, tanto la causal de separación de hecho sin voluntad

⁵⁶⁷. CNCiv., sala B, “C.C.C. c/ R.B.L. s/ divorcio”, 20/05/2008, elDial.com - AA4981.

de unirse por un plazo determinado -3 años para el divorcio vincular y 2 para la separación personal, previstos en los arts. 204 y 214 inc. 2 del Código Civil - como el mismo lapso temporal pero desde la celebración del matrimonio para la causal de presentación conjunta (art. 205 y 215 del mismo cuerpo normativo) fundado en razones que hacen “moralmente imposible la vida en común”, han sido materia de controversia ya en varias ocasiones. En este último supuesto, las vicisitudes no sólo han sido por el tiempo para la configuración de la causal, sino también debido al mayor tiempo que insume el proceso al establecer dos audiencias entre las cuales no puede haber más de 3 meses ni menos de 2 meses de diferencia entre ambas.

El primer caso resonado en el que se decretó la inconstitucionalidad del plazo de un divorcio objetivo, es el dictado por el Tribunal Colegiado de Familia nro. 5 de fecha 14/11/2006⁵⁶⁸ en el que se puso en crisis el plazo de 3 años para solicitar el divorcio vincular fundado en la causal prevista en el art. 214 inciso 2. En esta oportunidad, por mayoría, se sostuvo: *“Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues “solamente” estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente -en un año- a la Justicia para obtener su divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio”*; agregándose: *“Tampoco parece una decisión sensata diferir el dictado de la sentencia hasta tanto transcurra el plazo de tres años exigido por el ordenamiento civil, aunque éste no hubiere estado cumplido al tiempo de la presentación de la demanda; ni “ordenar” el proceso vía interpretación de los arts. 215 y 236 del Código Civil, cuando el propio legislador acepta como única prueba en la causal objetiva sin atribución de culpa, el reconocimiento de los hechos, pues el art. 232 del mismo Código “deja ver que en la prueba de la causal no interesa el orden público”*. Después de este leading case, se han dictado otros precedentes en el mismo sentido, citándose uno más actual como el sentenciado por el Juzgado de Familia de Bariloche de fecha 26/02/2013⁵⁶⁹ en el que se hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad del plazo que prevé el art. 214 inc. 2do: a) por co-

568. Trib. Col. Fam., Nro. 5, Rosario, “M., D. G. c. G., F. A.”, 14/11/2006, LLLitoral 2007 (febrero), 110.

569. Juzg. Familia No. 7, Bariloche, 26/02/2013, “A. M. E. C/ R. M. S/ Divorcio por presentación conjunta” (Expte. 16742/12), El Dial, 13/03/2013, Citar: elDial AA7D0E.

lisionar directamente con el principio constitucional de autodeterminación y derecho a contar y desarrollar el propio plan de vida que asiste a todos los ciudadanos y b) porque “Existe un derecho a la intimidad inextricablemente vinculado a la autonomía de la voluntad, exento de la autoridad de los magistrados, y si ambos cónyuges coinciden en la voluntad de divorciarse en este momento, no corresponde exigirles que aguarden al sólo efecto de cumplir con un requisito legal, manteniendo un matrimonio ficto”.

Focalizando en algunas particularidades, cabe traer a colación el fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul del 05/06/2012⁵⁷⁰ en que se confirma la declaración de inconstitucionalidad de oficio sentenciada en la instancia anterior en un divorcio que era peticionado por uno solo de los cónyuges, aseverándose que *“el plazo fijado en los arts. 204 y 214 inc. 2 que exige tres años, como mínimo, desde la separación de hecho y la voluntad conjunta de ambos esposos de que no pueden reconciliarse, conculca los derechos de la actora a la libre autodeterminación e intimidad, a la igualdad y no discriminación y a la elección del proyecto de vida individual y familiar (arts. 14, 16, 19, 75 inc. 22 y concs. Const. Nac.)”*.

También la doctrina como la jurisprudencia ha puesto en tela de juicio el plazo previsto por el Código Civil anterior para el divorcio vincular o separación personal por presentación conjunta. En este caso y a modo de síntesis sobre el tema, cabe destacar el precedente dictado por el Tribunal de Familia nro 2 de Mar del Plata en fecha 03/09/2008⁵⁷¹. Aquí la magistrada preopinante, Loyarte, esgrimió varios interrogantes a los fines de dilucidar el pedido de inconstitucionalidad ante un matrimonio que no contaba con los 3 años desde la celebración de las nupcias. En primer lugar, se preguntó: *“¿cuál es la finalidad del tiempo?”*, al que respondió que si bien lo es “para evitar que, sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven pueda sin más, recurrir al tribunal solicitando la separación”, lo cierto es que *“dicha intención de protección resulta prudente o excesiva a esta altura de la evolución de la vida social y de nuestro ordenamiento jurídico considerado en forma integral”*. Tras ello explicita otra serie de interrogantes en

570. Capel., Civ. y Com., Azul, sala II, “Z. S. S. c. P. E. H. s/ divorcio vincular”, 05/06/2012, LLBA 2012 (septiembre), 883.

571. Trib. Col. Fam., Nro. 2, Mar del Plata, “M., M. G.”, 03/09/2008, ABELEDO PERROT N°: 70055102.

el mismo sentido: “¿Responde al contexto actual de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente que el Estado restrinja el ejercicio de la libertad personalísima de dos cónyuges plenamente capaces para decidir respecto del divorcio por presentación conjunta? ¿Existe un interés superior de la sociedad o del Estado jurídicamente tutelable o distinto de los propios cónyuges que permita imponer una unión jurídica que sólo a ellos afecta y que ellos ya no desean? ¿Existe un interés superior que obligue a mantener la unión jurídica, formal y exenta de contenido afectivo de parte de sus protagonistas, cuando no se afectan derechos de terceros?”. Sobre la base de estas indagaciones concluye: “(...) la intervención judicial, deberá permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni interés jurídico social en mantener la existencia formal de un matrimonio que no interesa a los cónyuges. Además, aceptar la petición de la presentación conjunta y dar curso al proceso, implica admitir la posibilidad jurídica de transitar un iter que podrá, oportunamente, dar encuadre jurídico a la situación de hecho y, contribuir a prevenir las dificultades e incertidumbres jurídicas que puede provocar la separación de hecho”; agregándose que “se encuentra reñida con las normas de derecho constitucional mencionadas la exigencia de los tres años desde la celebración del matrimonio para la promoción de la demanda de divorcio por presentación conjunta, frente a la inexistencia de un derecho que pueda ser afectado por esa limitación de la libertad” y por ende, que “la exigencia absoluta del requisito del lapso y la consecuente existencia de un término en el cual se impide la promoción del divorcio por presentación conjunta importa establecer la indisolubilidad temporal del matrimonio a espaldas de la voluntad de los cónyuges directamente afectados”.

Esta relectura de las causales de divorcio objetivo pero causado centrado en el plazo con algunos otros elementos (la no voluntariedad de unirse o de reconciliación o el convencer al juez que existen motivos que hacen moralmente la vida en común), también se extendió al plano procedimental al tildarse de inconstitucional el art. 236 de la legislación civil que establece dos audiencias para el proceso especial previsto para la causal de los arts. 205 y 215. En este sentido, nuevamente el Tribunal de Familia nro. 2 de Mar del Plata pero en un precedente anterior, del 06/07/2006⁵⁷², dispuso que

572. Trib. Col. Fam., Mar del Plata, n. 2, “B., R. B. y L., M. A.”, 6/7/2006.

“Acoger el desistimiento a celebrar la segunda audiencia en el proceso de divorcio solicitada por ambos cónyuges no afecta el orden público, pues aquellos derechos han sido previstos por el legislador en protección del interés particular de los cónyuges y son renunciables”. Esta fue una de las primeras voces jurisprudenciales tendientes a flexibilizar desde el aspecto procesal las causales objetivas de divorcio y de esta manera, acceder de manera sencilla y más rápida a lo que desean los cónyuges: divorciarse.

Este apartado dedicado a los plazos en el divorcio y su innegable restricción a la libertad y autodeterminación, no se vería analizado en toda su extensión si no se menciona un precedente que coloca en crisis la última normativa que quedaba en pie del régimen de divorcio que establece un determinado plazo. Nos referimos a la figura de la conversión de separación personal en divorcio vincular, el que puede peticionarse de común acuerdo al año ⁵⁷³ de que la sentencia de separación haya quedado firme, o tres años si es de modo unilateral. Estas consideraciones reguladas en el art. 238 del Código Civil anterior también fueron rebatidas a partir de un pedido de inconstitucionalidad. Nos referimos al fallo de la Cámara de Familia, 1ra Nominación, Córdoba en fecha 20/07/2009 ⁵⁷⁴, que decretó la inconstitucionalidad del mencionado plazo previsto en el art. 238 de la legislación civil anterior al entenderse que *“La norma cuestionada impone, inequitativamente, más exigencia temporal para obtener el divorcio a los separados judicialmente que a los esposos que no lo han intentado, pese a que la crisis matrimonial de los primeros ya ha sido verificada en una sentencia. Se afecta así la igualdad jurídica que debe reinar en similares circunstancias y que garantiza el orden constitucional (arts. 16 y 28 CN y Tratados referidos)”*.

Todas estas declaraciones de inconstitucionalidad son la clara expresión de la puesta en crisis, desde la obligada perspectiva constitucional-convencional, del régimen del divorcio sostenido hasta la actualidad. Sabidos son los problemas de interpretación y prácticos que trae consigo la declaración de inconstitucionalidad (de parte o de oficio) difusa, ya que ello implica que las

573. Salvo que se trate del supuesto especial de separación personal que prevé el art. 203, es decir, la causal de cónyuge enfermo.

574. Cam, Fam., 1a Nom., Córdoba, 20/07/2009, “F., J. A. v. G., R. A.”, ABELEDO PERROT Nº: 70054106.

causales de divorcio –en este caso, las de carácter objetivo- dependen del magistrado que intervenga; y ello constituye una abierta violación de derechos, que los justiciables no sepan de antemano cómo se resuelve su conflicto, máxime cuando los divorcios por causales objetivas (separación de hecho sin voluntad de unirse en primer término, seguido de la presentación conjunta) son, ampliamente, las vías más utilizadas en la práctica judicial.

Esta perspectiva crítica hacia el régimen vigente es sorteada en la legislación proyectada. Al decir de Mizrahi: *“a nuestro juicio, el gran acierto de las normas proyectadas es que se ha logrado amalgamar, por un lado, el respeto a la intimidad de los sujetos sin que el Estado —tras la invocación de un orden público hoy intolerable para la comunidad— interfiera en la vida privada de cada cual y en la elección autónoma de sus planes de vida; y, por el otro, mantener principios esenciales que hacen a la solidaridad familiar, concretados en preceptos específicos”* y culmina aseverando: *“creemos que el cuerpo normativo propuesto tiene el gran valor de resguardar la libertad individual, privacidad y dignidad de los sujetos; como así también, al mismo tiempo, logra insertar reglas esenciales que hacen a la solidaridad familiar; priorizando a su vez la defensa de los derechos de los niños, tras la eliminación del juicio contencioso de divorcio”*⁵⁷⁵.

Y ya hace muchos años –a principios de los 80, antes de la sanción de la ley 23.515- destacaba Grosman con ese don vanguardista que la caracteriza: *“En el movimiento legislativo actual se observa una orientación dirigida a eliminar el criterio de “culpa” en la declaración del divorcio. Se ha dicho que esta “culpa” verificada judicialmente puede no corresponder a la auténtica responsabilidad de los cónyuges en el fracaso matrimonial, es decir, que muchas veces resulta difícil determinar quién es el auténtico culpable. Por otra parte, la búsqueda de “un culpable” para definir las consecuencias de un divorcio, acrecienta la animosidad entre los esposos y perjudica las posibilidades de una reconciliación. Es misión de la ley, entonces, atenuar la controversia en lugar de estimularla”*⁵⁷⁶.

575. MIZRAHI, Mauricio L., Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto, LA LEY 2012-D, 888.

576. Grosman, Cecilia P, “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, LA LEY 1982-A, 750.

3. Lo que se aproxima: el divorcio incausado ⁵⁷⁷

En los Fundamentos del Anteproyecto, herramienta de interpretación hábil para desentrañar el verdadero espíritu de la legislación proyectada, se resalta: *“Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”*. Como se verá más adelante, el deber de convivencia regresó al texto sancionado en Senadores de la mano de sus representantes más conservadores y por presión de la Iglesia Católica, obligando entonces a reinterpretar este deber en el marco de un divorcio incausado, que ya este sistema sería un “derecho adquirido” o un debate sobre el cual no habría –y en buena hora- vuelta atrás.

Más allá de este traspie fundado en razones morales (básicamente, la moral cristiana) y no jurídicas (y por ende, laica como debería ser), lo cierto es que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético que el jurídico porque en este último, el incumplimiento de ciertos derechos y deberes no trae consigo ninguna sanción jurídica.

¿Cuál es la razón de este cambio trascendental en la ley? Admitir y recep-

577. Tantísimas voces doctrinarias se han expedido a favor de este régimen. Ver entre tantos otros: Lloveras, Nora, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, 20/06/2012, 2012-II, p. 16 y ss.; de la misma autora conjuntamente con Juan Pablo Ríos, “El divorcio incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012”, *Microjuris*, 20/08/2013, Cita: MJ-DOC-6394-AR | MJD6394; Hollweck, Mariana, “Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto”, *Revista Persona y Derecho de Familia*, 2012 (julio), p. 73 y ss.; Duprat, Carolina, “El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil”, *Microjuris*, 17/08/2012, Cita: MJ-DOC-5924-AR | MJD5924; Culaciati, Martín Miguel, “Reinterpretación del divorcio”, *LA LEY* 25/07/2013, p. 1 y ss. y Roveda, Eduardo G. Sasso, Marcela Lorena Robba, Mercedes, “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 36; Cataldi, Myriam y Califano, Lucía, “El sistema del divorcio actual y un mensaje alentador: existe un futuro constitucional”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, agosto 2013, 2013-IV, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 104 y ss; Sabin Paz, Eduardo, “Inconstitucionalidad de plazo para divorciarse: la primacía de la realidad frente a las fórmulas procesales”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, diciembre 2012, 2012-VI, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 179 y ss; y Chechile, Ana María, “El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 57, noviembre 2012, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 167 y ss.

tar las transformaciones que observan las relaciones familiares en general, siendo éstas una realidad social que el derecho no puede silenciar, esconder o impedir. Como bien se ha señalado: *“Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. Como factores, para tratar y valorar los cambios familiares en los últimos años, han de tenerse en cuenta: la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionamientos morales; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida”*⁵⁷⁸. Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede –ni debería pretender evitar o retrasar– han sido destacados, promovidos y repotenciados por la emancipación de la mujer. En este sentido, se agrega: *“La igualdad entre mujeres y hombres se advierte una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia”*⁵⁷⁹.

Todas estas modificaciones han puesto en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que “en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque

578. Sánchez Martínez, María Olga, Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad Alcalá- Defensor del Pueblo- Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares (Madrid), 2011, p. 34.

579. Sánchez Martínez, María Olga, op. Cit. ps. 35 y 36.

el desarrollo económico y la democracia sólo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicional”, aquella basada en la “potestad” del hombre por sobre la mujer y los hijos; o en otras palabras: “Un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, violencia”.

El divorcio incausado es una decisión clave para entender a la ley como una herramienta de pacificación y a la vez de prevención, al desincentivar disputas en otros ámbitos directamente relacionados como lo son los vínculos parentales o también de parentesco, en aquellas situaciones donde un ex cónyuge - por lo general, las mujeres- impiden la comunicación con los abuelos u otros familiares paternos. En este contexto, el sistema incausado de divorcio es la clara manifestación desde la ley dado su valor pedagógico, en diferenciar los procesos civiles de los procesos de familia; es decir, en el que se prioriza la idea de que la mejor resolución de un caso no es aquella en el que hay un “ganador” y un “perdedor”, sino por el contrario, en la que ambos ganan si se sale de esa lógica donde, por lo general cuando hay hijos, ellos son el “trofeo” a disputarse tras un divorcio destructivo.

El proyecto al regular un único sistema incausado admite que el vínculo matrimonial –como todas las relaciones humanas- es un complejo devenir, un ida y vuelta, en el que nunca se podrá saber quién es el verdadero –si es que existe una verdad- “culpable” de la desavenencia matrimonial. Se trata de no dar –ni malgastar- un espacio como la justicia para que los cónyuges revisen el pasado, sino para que sólo miren, planifiquen y piensen hacia el futuro.

En este sentido, tantos años en el estudio sobre las virtudes y los beneficios de la práctica de la mediación, la especialidad y la interdisciplina, habrían servido para colocar en crisis sistemas legales rígidos y perimidos; en los que se sabe que el poder judicial es poco lo que puede hacer para intentar recomponer un vínculo social que los propios protagonistas ya no quieren mantener ni fortalecer. Todos estos avances, en buena hora, son tenidos en cuenta en la reforma.

El texto proyectado da especial cuenta acerca de todas estas transformaciones sociales que además, seguirán avanzando y complejizando más aún de conformidad con el tinte dinámico y el constante movimiento que las ca-

racteriza. Es por ello que una ley que pretenda tener eficacia y validez para varios años como toda reforma integral de una normativa de fondo como esta, debe estar interesada de lo que acontece en la sociedad. Por ello, la flexibilización en el régimen del derecho matrimonial en sentido amplio, no sólo en los derechos y deberes que se derivan del matrimonio sino también en lo atinente a su ruptura; la regulación de otras formas de vivir en familia; la noción de “coparentalidad” como principio básico en las relaciones entre padres e hijos, evitando priorizar un progenitor por sobre el otro; entre tantas modificaciones que introduce la reforma, siguen una misma lógica: una ley que acepta las transformaciones sociales que tanto impacto e incidencia tienen en las relaciones de familia.

El proyecto, varios años después, recepta lo que hace tantos años se debate en doctrina –cada vez con mayor fuerza y adhesión- acompañada por el derecho comparado. En consonancia con el sistema de divorcio incausado, determinados derechos y deberes matrimoniales cuya violación generaban la posibilidad de que uno o ambos sean considerados “culpables” de la ruptura matrimonial, perdieron su lugar como tales pasando a ser considerados derechos y deberes morales, es decir, dentro del ámbito de reserva que establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

La recepción de un sistema de divorcio incausado ha sido aplaudida por varias voces doctrinarias. A modo de ejemplo, citamos a López del Carril (h) quien ha destacado: *“La Reforma tiene todos los méritos que una reforma debe tener: Se condice con la realidad social, se basa en la mala experiencia del régimen que deroga, establece un sistema ético compartido por la mayoría del plexo social, se adapta a las reformas que se fueron produciendo durante los últimos tiempos y que dejaban en una obsolescencia absurda la sistémica normativa vigente”*. Concluyendo: *“La sociedad tendrá al momento de aprobarse el Proyecto, en este punto, una razón para celebrar: Nadie será más esclavo de su decisión de casarse, nadie será más ultrajado en su privacidad, nadie estará en boca de extraños, nadie será víctima de criterios éticos obsoletos, nadie seguirá casado porque ‘no hay mejor cárcel que no tener adónde ir’”*⁵⁸⁰.

580. López del Carril, Luis María, “El divorcio en el Proyecto de reforma”, Columna de Opinión, Diario La Ley, 12/09/2012, p. 5.

El propio Guillermo Borda (h) –autor que se lo podría tildar de conservador– al referirse a la reforma en materia de divorcio admitió: *“Si bien he tenido oportunidad de pronunciarme en reiteradas oportunidades de la necesidad de terminar con el divorcio sanción, no es menos cierto, que ello invalida que alguno de los cónyuges pretenda y pueda dejar a salvo su inocencia en la ruptura matrimonial”*. Y agrega: *“En esta línea es que entiendo acertada la eliminación de las causales subjetivas para reclamar el divorcio. Es una forma de poner fin a largos y engorrosos juicios tendientes a probar la mayor o menos culpa de uno u otro cónyuge, cuya principal consecuencia es, como ya señalara, el agravamiento de la desunión familiar, además de ventilar las miserias humanas, los agravios, que entre cosas, en lugar de construir, destruyen la familia”*⁵⁸¹.

Otra autora crítica del régimen proyectado también destaca ciertas virtudes al decir: *“Al tiempo de pensar, aunque con pequeños reparos relacionados con cuestiones puntuales, reconocemos que esta reticencia fue transformándose en una postura abierta al cambio. Ello en el entendimiento de que las nuevas realidades que avientan también novedosos planteos, demuestran que el derecho es sustancia viva, que avanza, que se transforma, como también lo hacen las personas y las maneras que encuentran de expresarse y vincularse con otras”*. Y agrega: *“Este nuevo sistema, como lo hacen los sistemas modernos, tienen, en este sentido, como vértice a la persona humana y al humanismo como valor supremo”*⁵⁸².

Estas mismas conclusiones son las que se abordan al comentar un fallo contradictorio sentenciado por la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 04/05/2012, en el cual la comentarista al comparar este precedente a la luz de la entonces reforma en estudio aseveró: *“Encontramos que la solución brindada es coherente con el derecho vigente, y la estructura del actual código permite este tipo de situaciones. Estos procesos contradictorios producen que los conflictos familiares (muchas veces situaciones morbosas, desagradables e inmorales) vean la luz en las hojas de los expedientes*

581. Borda, Guillermo (h), “Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 4, número 6, julio de 2012, La Ley, Buenos Aires, p. 35.

582. Veloso, Sandra, “El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista Derecho de Familia y de las Personas, año 4, nro. 6, julio 2012, La Ley, Buenos Aires, ps. 53 y 54.

de manera innecesaria, instaurando una guerra que no deja vencedores, sino solamente vencidos. La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas. Simplemente con la lectura del caso comentado, nos hemos enterado de la intimidad no solo de dos personas, sino de varias y de las conductas morbosas que han protagonizado. En definitiva, nos debemos preguntar, si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan solo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos (que en este caso, como en otros, son varios)”,⁵⁸³.

Línea argumental que se reafirma a la luz de la cantidad de precedentes judiciales post- reforma que se han expedido a favor de la inconstitucionalidad del régimen de divorcio objetivo del Código Civil fundado, entre otras consideraciones, en el régimen que se avecina. Por ejemplo, el Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, en un precedente del 31/07/2013 declaró la inconstitucionalidad del art. 215 del Código Civil exponiendo: *“Consecuentemente con dicho análisis, resulta interesante resaltar que en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha favorecido la intimidad y la vida privada de los esposos por sobre el orden público. Se ha optado, como es también tendencia mundial, por la eliminación de las causales objetivas y subjetivas, creando un divorcio incausado, y eliminando la totalidad de los plazos, en pos de que la ley aliente a la superación de los conflictos dado una respuesta integral a la crisis matrimonial”*.⁵⁸⁴

Esta introducción general sobre las bases, razones y fundamentos del régimen de divorcio incausado que recepta el proyecto de reforma, no estaría completo si no se alude –al menos de manera somera- a cuáles han sido los “contra- argumentos” esgrimidos por cierto sector de la doctrina nacional,

583. Bigliardi, Karina A. y De Oliveira, Juan José, “¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado”, Revista Derecho de Familia y Persona, 2012 (septiembre), 01/09/2012, p. 103 y ss.

584. Este precedente está sintetizado en la página web de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación: www.nuevocodigocivil.com, en el que se sintetizan los principales fallos que citan o fundan sus sentencias en la normativa proyectada, dando cuenta de la necesidad de un nuevo texto civil y a la vez, de cómo las normas proyectadas ya son de utilidad para los conflictos judiciales que se presentan en la actualidad. Este precedente proveniente de Río Negro no es el único que se ha dictado en materia de divorcio y en el que se alude de manera expresa, al régimen de divorcio incausado; todo lo contrario.

resistentes a los cambios sociales y por ende, a que la ley deba replantearse su rol y el de la justicia ante la ruptura matrimonial.

Veamos, autores ya clásicos en la mirada tradicional y eclesiástica del derecho de familia contemporáneo han esgrimido diversos argumentos como ser: a) Basset expuso: *“En el Proyecto de Código hay libertad de ser swinger, de llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes”*⁵⁸⁵; b) Alejandro Borda que *“Hay hijos que quieren vivir con ambos padres, que necesitan compartir sus alegrías y tristezas, sus triunfos y decepciones, sin tener que esperar “el día de visitas”. Y me parece que esta responsabilidad paterna y social, lamentablemente, se ha diluido. No quiero decir con esto que no se recepte el divorcio, pero no parece lógico que la manera de disolver el vínculo matrimonial tenga menos exigencias que resolver un contrato, cuando las personas afectadas en el primer caso son más, si se cae en la cuenta que no sólo son los contrayentes sino también sus hijos”*⁵⁸⁶; c) Sambrizzi sostiene que *“(…) se pueda producir un desgaste emocional en los esposos cuando se opta por un divorcio contencioso, no puede constituir un argumento para la eliminación de las causales culpables, resultando más nocivo el hecho de que en razón de no tener el divorcio consecuencia alguna para el esposo que, por hipótesis, realiza actos contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí, el mismo tenga “piedra libre” al respecto (…)* No creemos en la conveniencia de que cuando uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio, pueda demandar el divorcio sólo porque no tiene interés en continuar casado y sin que ello le acarree consecuencia alguna, siendo la referida una “solución” de un acendrado y criticable individualismo, que además del compromiso asumido al contraer matrimonio, también olvida contemplar los derechos del otro cónyuge, como asimismo el de los hijos, que suelen ser los principales afectados por la situación”⁵⁸⁷ y d) Starópoli y Millán: *“Se deslegitima el matrimonio al considerarse no solo irrelevante*

585. Basset, Ursula, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, LL, 2012-E, 912.

586. Borda, Alejandro, “Matrimonio y familia”, LA LEY 2012-E, 1345.

587. Sambrizzi, Eduardo A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, en DFyP 2012 (julio), 90. -

la infidelidad, sino que también prohíbe que los cónyuges pacten entre sí la obligación de ser fieles por la falta de consecuencias en el derecho. Se deslegitima el matrimonio cuando se auspicia una alternativa de divorcio expreso tornándolo obligatorio para aquellos cónyuges que se planteen un tiempo de espera. Pero además incurre en una absurda paradoja cuando el proyecto releva del deber de cohabitar a los esposos y tengan sin embargo la obligación de divorciarse. El proyecto del Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos”⁵⁸⁸.

¿A qué se debe ese miedo infundado a la libertad de que cada pareja pueda armar y desarmar el proyecto de vida en común sin la necesidad de que la ley imponga deberes jurídicos que en la práctica se pactan cotidianamente a espaldas de éstos?

Los argumentos en contra del divorcio incausado son elocuentes para terminar de comprender por qué el sistema legal que se proyecta es el más adecuado y pertinente desde la obligada perspectiva laica, humana y realista del derecho de familia.

Con esta base general, fácil se podrá comprender el fundamento de algunos cambios en materia de derechos y deberes matrimoniales que se han planteado durante todo el proceso que insumió la aprobación del proyecto en Senadores. Básicamente, la razón por la cual se regula el deber moral de fidelidad, y más irrazonable aún, la reincorporación del deber de convivencia en la versión aprobada en Senadores.

3.2. La ¿temida? derogación de la fidelidad como deber jurídico

Si se implementa un régimen de divorcio incausado o sin expresión de causa como señalan algunos autores que sería más preciso denominar⁵⁸⁹, la consecuencia jurídica obligada es sólo regular como derechos y deberes matrimoniales aquellos que, efectivamente, causan o producen un determinado efecto jurídico. En otras palabras, si se deroga el sistema de divorcio subjetivo el incumplimiento de la fidelidad o al cohabitación, no haría nacer el derecho

588. Millán, Liliana Luján y Starópoli, María del Carmen, “El ocaso del matrimonio y la imprevista del concubinato”, DFyP 2013 (junio), 6.

589. Esta cuestión será retomada y ampliada más adelante.

a peticionar el divorcio por alguna causal culpable, ya que tales derechos- deberes quedarían automáticamente, vacíos de contenido legal siendo que su interés y virtualidad queda circunscripto al ámbito ético o moral pero fuera del plano jurídico. No sería la primera vez que un derecho – deber derivado del matrimonio queda afuera del texto legal; esto mismo ha acontecido con el deber de respeto mutuo en el marco del Código Civil actual, siendo que ninguno de los artículos referidos al tema (arts. 198, 199 y 200) se ocupan de manera expresa de este deber de respeto mutuo, más allá de que la doctrina entiende que se encuentra receptado de manera implícito. La diferencia entre el régimen actual y el proyectado, es que en el primero al estructurarse un sistema de divorcio subjetivo o causal, la violación a derechos – deberes matrimoniales –explícitos o implícitos- tiene como sanción el ser declarado culpable del divorcio con las consecuencias jurídicas que se derivaban de ello; en cambio, en el marco de un régimen de divorcio incausado, los derechos- deberes implícitos como los explícitos pero de tinte “morales”, no generan ningún efecto en el plano jurídico.

¿Cuál es la razón por la cual el art. 431 proyectado menciona un deber moral como lo es la fidelidad, dejándose afuera la cantidad de deberes morales que no están ni deberán estar en un Código Civil? La respuesta sincera es la que se presume: la presión de la Iglesia Católica. Sucede que se está sumamente huérfano de argumentos jurídicos para tener que defender una incorporación fundado sólo en razones religiosas, siendo que éstas están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (conf. art. 19 de la Carta Magna); en este caso, debería quedar fuera de la legislación civil. Es por ello que el texto del Anteproyecto nace con esta primera concesión. Parecería, como lo fue en su momento al debatirse la ley 23.515, que no es fácil lograr una normativa civil alejada de dogmas religiosos, proviniendo siempre del mismo credo o sector.

Sin embargo, esta razón no fue explicitada como aquí sí se lo hace por razones de decoro y diplomacia. En los Fundamentos del Anteproyecto se focaliza en la idea de que el deber de fidelidad siempre habría tenido un valor axiológico de peso o diferencial dentro del listado de derechos y deberes matrimoniales y que por ello *“Parece innegable reconocer, que una cosa es la fidelidad asumida por los esposos, en forma vital y hasta diríamos existencial, y otra muy distinta la fidelidad impuesta a los esposos no obstante el*

divorcio; porque aquélla es riqueza de la unión y su transgresión constituye la más grave afrenta matrimonial, mientras que ésta es carga de la separación y obligación formal de una unión que pertenece al pasado”⁵⁹⁰. ¿Por qué será que siempre las cuestiones relacionadas a lo “sexual” han incomodado tanto al Derecho?

En el Código Civil vigente, se sabe que uno de los derechos-deberes derivados del matrimonio como es la fidelidad presenta una doble vertiente: a) material (abstenerse de mantener relaciones sexuales con un tercero) y b) moral (abstenerse de colocarse en situaciones equívocas, irregulares o indecorosas, incompatibles con el estado civil de casado). La violación a este deber en su faz material da lugar a la causal culpable de adulterio siendo considerado un ilícito civil (art. 202 inc. 1ro⁵⁹¹), y en su faz moral a la de injurias graves (art. 202 inc. 4). Ahora bien, en este contexto legislativo cabe preguntarse si los propios cónyuges no podrían dispensarse mutuamente del deber de fidelidad en su totalidad o en alguna de sus dos vertientes. Para la ley y para varios de sus intérpretes, esta posibilidad es jurídica, más no fáctica ya que si un matrimonio no ventila este tipo de actitudes, jamás un tercero podrá peticionarlo a expensas o espaldas de los propios involucrados.

Históricamente se entendió que los deberes del matrimonio son de orden público y por lo tanto, quedan afuera de la autonomía de la voluntad de sus protagonistas. Tan es así, que incluso aún subsisten voces doctrinarias y jurisprudenciales que defienden la idea de que el deber de fidelidad subsiste durante la separación de hecho de los cónyuges, es decir, incluso aún después de producida la ruptura de la convivencia, debiéndose mostrar un “celibato permanente”⁵⁹².

590. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 04/04/86, R., J. E. c. A. de R., S.) LL, 1986-D, 406

591. ¿Es casual que el artículo 202 dedicado a enumerar las causales culpables enuncie en primer lugar la violación al deber de fidelidad material, aquél relacionado con los aspectos sexuales dentro del matrimonio? Nos produce cierta incertidumbre saber las razones por las cuales a nuestros legisladores las cuestiones relativas a la sexualidad los han incomodado siempre, otorgándoles una regulación especial, restrictiva y sensible.

592. Esta es la expresión que utiliza Kemelmajer de Carlucci en su excelente voto como integrante de la Sala Ira de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza en un precedente del 11/07/2003 donde, precisamente, se sigue y abre la postura opuesta, en la cual se defiende la idea del cese del deber de fidelidad durante la separación de hecho (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 11/07/2003, G., A. B. c. A. C., C., LLGran Cuyo 2003 -diciembre-, 868).

Desde la obligada mirada constitucional-convencional, el proyecto de reforma entendió que era hora de preguntarse si la fidelidad es, realmente, un derecho-deber derivado del matrimonio o si, por el contrario, integra esa cantidad de decisiones personales que caen bajo el principio de reserva que prevé la Constitución Nacional en su art. 19.

Con el objeto de reafirmar y reforzar por qué la fidelidad no es un deber jurídico, cabe desmitificar y así desnaturalizar la idea de que la fidelidad está ínsita en el matrimonio. Esta afirmación se contrasta fácilmente al observarse el derecho comparado, del cual surge que en la gran mayoría de legislaciones que regulan las uniones convivenciales, la fidelidad no es considerada un deber que se deriva de este tipo de relaciones afectivas no formales –incluso en aquellas legislaciones donde es necesario que se registren– por lo tanto, fácil se aprecia que la “monogamia sexual” no formaría parte de la “esencia” de las relaciones de pareja sino una decisión de política legislativa.

¿Acaso no sería posible interpelar al Derecho preguntándole cuál es el fundamento razonable por el cual la fidelidad debería ser un derecho-deber derivado del matrimonio y no formar parte del ámbito de intimidad, privacidad y libertad de las personas?

¿Cómo es posible pasar de un divorcio causado a uno incausado? Tomándose como punto de partida una verdad irrefutable que emana de la realidad social. El matrimonio se construye y se sostiene de a dos, por ende, si uno deja de estar comprometido con este lazo primordialmente afectivo, es entendible que no pueda ser mantenido en contra de la voluntad de uno o ambos de los protagonistas; más allá de las razones por las cuales la unión llega a su fin.

Un régimen de divorcio incausado no sólo facilita y flexibiliza la regulación o requisitos de fondo, sino que también –y así está planteado en la reforma– en lo que respecta a los elementos de forma.

Por otra parte, y siguiéndose siempre una perspectiva sistémica e integral como debe ser a los fines de alcanzar legislaciones que no confundan o brinden información parcializada o poco clara a los justiciables, cabe recordar que al desprenderse el nuevo código de la noción de culpa, los efectos deri-

vados del divorcio se inclinan o adoptan otro concepto colocándose en un lugar de privilegio a la vulnerabilidad. Esto se lo observa de manera elocuente al regular el régimen en materia alimentaria o al incorporarse la figura de la compensación económica. Para ambas instituciones no interesa la noción de culpa sino de vulnerabilidad, que es bien diferente.

Entonces, siendo la fidelidad un deber moral, éste no puede traer aparejada ninguna sanción civil; básicamente, ni ser causal de divorcio por adulterio o en su defecto, injurias graves, y las consecuencias negativas que se derivan para el cónyuge culpable; ni la posibilidad de petitionar la reparación de los daños y perjuicios al no estarse más ante un hecho ilícito, antijurídico.

Con relación a los daños y perjuicios derivados del divorcio que durante algunos y varios años ha desvelado a la doctrina y jurisprudencia nacional, debiéndose llegar a un fallo plenario⁵⁹³, el interrogante que está detrás del régimen proyectado es si el deber moral de fidelidad puede originar un daño jurídicamente reparable. La respuesta está claramente expuesta en los Fundamentos del Anteproyecto que dice: *“Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”*. Esta mirada negativa sobre los daños y perjuicios derivados del divorcio se condice con la tésis de la legislación proyectada. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de alguno o varios derechos- deberes jurídicos del matrimonio los que al configurar un hecho ilícito generan el deber de reparar. Por ende, y a contrario sensu, si la fidelidad no es un derecho deber jurídico sino moral, mal puede configurar un hecho ilícito por no ser antijurídico, no dándose así los presupuestos de la responsabilidad civil. Y más aún, si ya varios autores observan una mirada negativa de los daños y perjuicios en el marco de un divorcio culpable, colándose en varias interpretaciones judiciales⁵⁹⁴; más aún cuando se recepta un régimen incausado.

593. Cám. Nac. Civ. en pleno, 20/9/94, “G., G. G. c. B. de G., S. M.”, LA LEY 1994-E, 538.

594. A modo de ejemplo, en un precedente se ha afirmado: “Al analizar el reclamo de una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio corresponde aclarar que la acreditación de causales de divorcio culpable atribuida a alguno de los cónyuges, no es suficiente para generar un derecho a la reparación moral a favor del otro, porque “no será el divorcio

Voz autorizada para sintetizar el debate contemporáneo en torno a los daños derivados del divorcio es Zannoni quien en alguna oportunidad afirmó: *“Creemos importante, aquí, comenzar por señalar que hemos modificado significativamente la posición amplia y favorable al resarcimiento de los daños y perjuicios que expusimos en anteriores ediciones a esta obra”*. Tras este sinceramiento, agregó: *“En los últimos años se advierte una tendencia doctrinaria a restringir los casos en que procede la invocación de tales hechos como fuentes de daños. Decimos, obviamente, restringir, no negar, aunque también se han sumado voces contrarias a la posición tradicional”*⁵⁹⁵. Si esto lo expresaba este reconocido autor en 1998 y en el marco de un sistema de divorcio culpable, más aún se debería defender la postura negativa de los daños y perjuicios derivados de un divorcio que sólo y siempre sería incausado como el que se proyecta.

Por todas las razones sintetizadas, el deber moral de fidelidad no puede ser causa fuente de la reparación civil; con total independencia que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño que sí sea jurídicamente reparable por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil como ser, por ejemplo, actos de violencia que un cónyuge propine al otro, o situaciones que afecten al honor o la intimidad como ser difamar por las redes sociales o en lugares públicos a un cónyuge o ex cónyuge. En todos estos casos, el deber de reparar no deriva de la violación a un derecho-deber moral del matrimonio como lo es la fidelidad, sino por el hecho de ser persona y ver conculcados derechos que lo afectan y agravian de manera directa. Asimismo, cabe agregar que en los casos de violencia en la pareja,

en sí, que porta su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa del resarcimiento...(…), pero que la cuestión cambia ‘... cuando ese obrar malicioso, realizado por un cónyuge hacia otro tiene una “clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge (...)”. Agregándose que “En estos supuestos la fuente del resarcimiento no es el divorcio sino la conducta ilícita que lesiona el honor del cónyuge inocente, como lo sostuvo este Tribunal recientemente (L.S. 118164, 19/05/08), pues el resarcimiento de los daños y perjuicios no será el divorcio en sí que porta, como lo señala el a quo su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa del resarcimiento, sino supuestos en los cuales el cónyuge ofensor incurre en un hecho ilícito que lesiona la dignidad o integridad física o moral del otro, de sus derechos personalísimos, con un obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de su calidad de cónyuge sino como cualquier persona afectada por un hecho ilícito” (Cám. Apel. Civ., Com. de Paz y Trib., 2a , Mendoza, 10/11/2011, “C., R. I. c. A., S. s/ div. vinc. Cont”, LLGran Cuyo2012 (marzo), 189. Cita Online: AR/JUR/78632/2011).

595. Zannoni, Eduardo A, Derecho de Familia, op. cit. ps. 228 y 231.

596. Sostiene Úrsula Basset: “La separación de hecho consiste en que uno o ambos cónyuges infrinjan deliberadamente, sin intervención de la jurisdicción, el deber de convivencia emergente del matrimonio, que es de orden público, Supone una omisión antijurídica –violación del

la ley 26.485 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales” del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos al expresar en su art. 35: *“Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”*.

Pero aquí no se acaba la simplificación del régimen legal proyectado al circunscribir la fidelidad a un deber moral y por ende, sólo reservada a Dios y exenta de la voluntad de los magistrados; también se pone fin a todo un debate jurídico y fáctico absurdo en torno a la subsistencia o no del deber de fidelidad durante la separación de hecho.

Al respecto, cabe recordar que la separación de hecho implica de por sí el cese del deber de cohabitación y salvo algún autor en forma aislada⁵⁹⁶, no se tilda a la separación de hecho –la ruptura de la convivencia de común acuerdo- de una situación antijurídica o contraria a la ley –a tal punto, que la ley 23.515 la consideraba una causal de divorcio vincular o separación personal cuando concurrían otros elementos, temporal y la no voluntariedad de volver a unirse o la falta de reconciliación-; esta misma mirada contemplativa o más flexible no se aceptaba o extendía de manera unánime cuando se trataba del deber de fidelidad⁵⁹⁷. Este debate ha generado tres posturas: 1) amplia, que pregona el cese del deber de fidelidad tras la separación de hecho; 2) intermedia: defiende el cese del deber de fidelidad recién cuando transcurre el plazo que el Código Civil anterior establecía para solicitar el divorcio vincular o separación personal remedio u objetivo y 3) restrictivo: que el cese del

deber de convivencia por omisión de éste- e ilícita –el cónyuge abandonante, o ambos, viven al margen de la ley en forma continuada, sin regularizar su situación ante el organismo jurisdiccional”. Aunque esta misma autora reconoce que “Sin embargo, y pese a estas razones de peso, la doctrina contemporánea se inclina a dar virtualidad creciente a la separación de hecho. Más aún, el reformador de 1968, sucedido por aquel de 1986, consideraron conveniente y aun moralizador otorgar determinados efectos a esta separación” (Basset, Úrsula, La calificación de bienes en la sociedad conyugal, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 702).

597. Belluscio, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, t. 1, 8ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 387, parág. 172; Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia” t. I, 10ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 195 y ss., Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “Una mirada crítica sobre el deber de fidelidad durante la separación de hecho”, eDial.com del 26/12/2005, supl. extr. “La subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho”; Ana María Chechile, “Invocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio”, JA 2000-II-449; Solari, Néstor E., “La conducta de los cónyuges durante la separación de hecho”, LL del 18/2/2008.

deber de fidelidad recién ocurre cuando hay sentencia de divorcio vincular o separación personal⁵⁹⁸.

En suma, fácil se comprende cómo interactúa y se retroalimenta el régimen de divorcio con los deberes matrimoniales. La simplificación del primero implica, de por sí, la simplificación del segundo.

3.3. Cuando la moral prima: la convivencia como deber jurídico

Es evidente que si se derogaba el régimen de divorcio culpable, la violación al deber de cohabitar no daría lugar a sanción alguna, de allí que la cohabitación había sido quitada del elenco de derechos y deberes jurídicos enunciados en el art. 431 de la normativa proyectada, incluso, tampoco era calificado de deber moral como o conjuntamente con el de fidelidad.

Por otra parte, y tratándose de un nuevo código que pretende tener vigencia legal como también real, por muchos años en una sociedad eminentemente dinámica y cambiante, la supresión del deber de cohabitación estaba acorde con una organización familiar que empieza a tener cada vez mayor presencia. Nos referimos a las llamadas por el derecho anglosajón parejas “LAT” (siglas en inglés: “living aparttogether” traducido como parejas con domesticidad común), que son aquellas parejas –matrimoniales o no- con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, parejas que viven juntos pero separadas⁵⁹⁹.

¿Puede una pareja nacer “separada de techo”? A diferencia de lo que acontece en los supuestos que se dirimieron en la justicia alegándose separación de hecho como causal de divorcio por matrimonios que viven en el mismo hogar (elemento objetivo) pero sin la finalidad de continuar un proyecto de vida en común (elemento subjetivo); en este tipo de relaciones afectivas que

598. Cabe destacar que de manera aislada, Belluscio sostiene que después de dictada la sentencia de separación personal subsiste el deber de fidelidad, al afirmar de manera categórica: “cabe concluir en que el deber de fidelidad no desaparece por la mera separación personal” (Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, décima edición actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 696)

599. Para profundizar sobre este tema ver Ortiz Diego, “Las nuevas parejas LAT (‘living aparttogether’) en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Microjuris, 29/11/2012, Cita: MJ-DOC-6088-AR | MJD6088.

muestra la realidad contemporánea, sucede totalmente lo contrario. El elemento subjetivo, el proyecto en común está latente y ausente le convivencia bajo el mismo techo.

Por lo general, son segundas o terceras uniones cuyos integrantes tienen hijos de parejas anteriores y por diversas razones eligen –autonomía de la voluntad- no compartir el mismo techo. ¿Acaso dos personas que prestan el consentimiento ante el oficial del registro civil, tienen un proyecto de vida en común y deciden vivir uno en una vivienda y el otro en el piso de arriba, a la vuelta o a algunas cuadras de distancia porque ambos tienen hijos adolescentes y no quieren unir ambas familias se puede considerar que no son un matrimonio sólo porque no cumplen con el deber de cohabitación? Según el proyecto de reforma hasta los cambios que tuvo de último momento antes de su sanción en Senadores, esta particular tipología familiar tenía su espacio en total consonancia con las nociones de pluralidad y “multiculturalidad” que campeaban el Anteproyecto.

¿Qué sucedió durante el debate en el Congreso, básicamente, días antes de la sanción en la Cámara de Senadores? Se modificó la redacción del art. 431 del siguiente modo: *“Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”*.

Como se puede apreciar, la convivencia vuelve a adquirir el papel de deber jurídico. ¿Qué importancia –desde el plano jurídico- tiene en el marco de un divorcio incausado? La única respuesta posible: ninguna. ¿Qué efecto jurídico tendría la violación de este deber jurídico? Una vez más el fantasma de los daños y perjuicios –que se pretendió excluir del proyecto de reforma y que ya hoy en día está en franca retirada- vuelve a instalarse.

¿Cuál habría sido la razón de esta reincorporación? Una respuesta posible podría ser el fundamentalismo conservador y tradicional ya mencionado que se resiste a que el derecho de familia caiga bajo las redes de la obligada perspectiva constitucional- convencional y por ende, humana. La otra, ceder ante el engañoso slogan de que la convivencia no puede ser un elemento sine qua non en las uniones convivenciales y estar ausente en el matrimonio. Esta afirmación es más efectista que real.

Veamos. Cabe recordar que no se incurre en un tratamiento discriminatorio cuando se regula distinto lo que es de por sí, diferente. El matrimonio es un acto formal; por el contrario, la unión convivencial es eminentemente informal. ¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente “fuerte” para que el Derecho no le pueda dar la espalda y debe reconocer ciertos o determinados efectos legales? Para el reconocimiento como tales, deben contar con determinados requisitos, ente los cuales se encuentra la convivencia (singular, pública, notoria, estable y permanente tal como surge del art. 509 proyectado) sostenida durante un lapso mínimo de tiempo (2 años, según lo dispuesto en el art. 510) para evitar la judicialización acerca de cuánto tiempo debe transcurrir para que una persona pueda gozar de los derechos que el proyecto le otorga a las pareja que conforman una unión convivencial. En el matrimonio, dada la formalidad que lo rodea, no es necesario tener que cumplir todos estos requisitos para ser considerado tal, es en ese contexto, que la convivencia no se lo observa un elemento central para la existencia de un matrimonio.

Con la redacción del art. 431 tal como quedó tras la sanción en Senadores, se empeora considerablemente el régimen matrimonial ya que en la actualidad, el art. 199 prevé algunos supuestos de excepción al deber de cohabitación que establece el art. 198, como ser cuestiones de trabajo, estudio u otras razones que habilitan el cese de la cohabitación de manera transitoria que no afectan el verdadero sentido y finalidad del matrimonio: el proyecto de vida en común. En el texto sancionado en Senadores no se establece ninguna excepción al deber de convivir, por lo cual, esto obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito. ¿Acaso un nuevo Código Civil no debería tener entre sus principales finalidades evitar la mayor cantidad de debates interpretativos, ser un instrumento legal lo más claro y preciso posible?

¿Qué sucedería si un cónyuge se va a cursar un doctorado al exterior y en el interín, su pareja fallece? ¿Se trataría de un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia? Es claro que la intención del matrimonio era seguir adelante con su proyecto de vida marital, por lo cual, es esperable que el juez que intervenga en el proceso sucesorio tenga la habilidad de hacer llevar adelante un análisis integral de la normativa proyectada y a la vez, tenga en cuenta que este cambio que ha sufrido el art.

431 responde más a presiones irrazonables que a una modificación a tono o coherente con el todo el régimen proyectado.

Sólo basta con observar qué autores y con qué fundamentos están a favor de que la convivencia vuelva a ser un deber jurídico para reafirmar que la postura adoptada por el Anteproyecto era, claramente, la correcta⁶⁰⁰. Como es sabido, aún queda el debate en la Cámara de Diputados.

3.4. El mantenimiento del divorcio judicial

El proyecto de reforma mantiene el divorcio como una figura a la cual se llega mediante el dictado de una sentencia después de un proceso judicial. De esta manera, no se sigue la postura que adoptan varios países que regulan el divorcio administrativo o notarial, es decir, lo quitan de la órbita de la justicia. El divorcio ante funcionarios del registro civil fue analizado y debatido dentro del equipo de trabajo que elaboró el primer armado del capítulo sobre divorcio.

El divorcio extrajudicial fue descartado por varias razones que se pasan a exponer sintéticamente.

En primer lugar, porque al regularse un único proceso con pautas claras, bien sencillo y rápido, se entendía que no era necesario introducir una modificación sustancial sobre quién es el organismo estatal interviniente en materia de divorcio si el tiempo que insumiría el proceso sería casi idéntico. Por ende, si lo que se pretendía con quitar de la órbita de la justicia las peticiones de divorcio porque en otro ámbito serían más rápidas, ello no se hubiera logrado de conformidad con la regulación que se proyecta.

600. Expresa Basset: “Por suerte, ha primado la sensatez en materia de convivencia. La cohabitación es el fundamento de la regulación del hogar conyugal y de las presunciones filiatorias. De ella depende la construcción de los onerammatrimonii, la virtualidad de la separación de hecho, la regulación de la responsabilidad parental y tantas otras instituciones más. ¡Cómo apenas ver la cantidad de dificultades y desarmonías en que se incurría por afán de modernidad!. Las revoluciones se cobran su rédito de la coherencia, porque las reglas jurídicas normalmente se elaboran durante siglos de tradición. Borrarlas y redactarlas de nuevo exige un tiempo prolongado de reflexión. Los dos años de este proyecto son insuficientes frente a más de veinticinco siglos de tradición jurídica. Por lo pronto, no estaría mal plasmar en el Código al hombre común, como decía Miguel Reale en Brasil. Y con la redacción anterior, millones de matrimonios estaban proscriptos del Proyecto por afán modernista. Es bueno que el Código siga las costumbres sociales, genialidad que supo seguir nuestro Codificador cordobés y que tal vez ahora finalmente encontró desembocadura en el Proyecto” (Basset, Úrsula C., “Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción”, La Ley, 16/12/2013, p. 1 y ss, Cita Online: AR/DOC/4581/2013).

En segundo término, la derogación total del divorcio judicial hubiera sido imposible ya que en algunas oportunidades (la mayoría, cuando existen hijos menores de edad) debía seguir tramitando en sede judicial a los fines de cumplir con la intervención secundaria del Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 del proyecto. Sucede que la práctica indica que este organismo no suele tener intervención real en el ámbito administrativo, sino que por diversas razones –en particular, funcionales, de caudal de trabajo, entre otros - sólo lo hacen cuando el asunto se tramita en sede judicial.

Por último, porque la gran mayoría de los divorcios involucraría una intervención mixta, administrativa en lo relativo al vínculo jurídico matrimonial y su cese procediéndose a su inscripción, pero judicial con relación a todos los efectos que necesitan la correspondiente homologación judicial o también la intervención del juez a los fines de arribarse a un acuerdo. Por lo tanto, esta doble intervención hubiera sido más engorrosa e insumiría mayor tiempo, lo que se pretendía evitar con la instauración del divorcio extrajudicial, la cual no debía ser analizada sólo en su faz teórica, sino principalmente, en la práctica. En esta necesaria ecuación, el divorcio judicial simplificado arrojaba mejores resultados y de allí su permanencia en el régimen proyectado.

3.5. La derogación de la separación personal

La legislación proyectada deroga la separación personal; sólo mantiene el divorcio vincular como única figura ante la ruptura de las nupcias o desavenencia matrimonial, por ello se quita la mención de “vincular”, aludiéndose simplemente al divorcio a secas, institución que, precisamente, produce la ruptura del vínculo matrimonial. Sucede que en el régimen aún vigente subsisten la separación personal y el divorcio vincular y referirse a lo “vincular” era el elemento más importante que diferenciaba una figura de la otra. Por ello, antes de la sanción de la ley 23.515 que introdujo modificaciones sustanciales al régimen matrimonial y en particular, incorporó al derecho argentino el divorcio vincular como institución autónoma, se decía divorcio a secas a la separación personal ya que hasta ese momento, el divorcio era no vincular ya que no producía la disolución del vínculo matrimonial ni permitía a los esposos divorciados celebrar nuevo matrimonio.

El proyecto retoma entonces, la noción de “divorcio” a secas, sin ninguna

otra alusión, pero a diferencia de lo que acontecía antes de la ley 23.515, este divorcio sí trae consigo o produce como efecto la ruptura del vínculo matrimonial y la consecuente reaptitud nupcial.

Es sabido que el mantenimiento de ambos sistemas en la ley 23.515 fue una abierta concesión realizada por los entonces “divorcistas” en favor de los “antidivorcistas”. Básicamente y una vez más aparece en la escena familiar, la Iglesia Católica. De este modo, si bien la ley 23.515 introdujo el divorcio vincular, lo cierto es que se decidió mantener el divorcio no vincular –la separación personal- para aquellas personas que por razones religiosas deseaban sustraerse a ciertos derechos y deberes (para algunos autores, incluido el de fidelidad) pero que no producía la ruptura del vínculo matrimonial. Así, se observa de manera clara la interacción entre Derecho y Religión en el campo del derecho de familia y en especial, en el derecho matrimonial.

La necesidad de lograr una legislación civil laica se deriva, entre tantos fundamentos, de la reiterada mirada obligada constitucional- convencional, la cual pregonaba la defensa de los derechos humanos con total independencia de la creencia, religión y tantas otras variables, que tenga cada persona. Desde este punto de partida, la separación Estado – Iglesia constituye uno de los tantos objetivos que debería lograr el texto proyectado, a través de la regulación de instituciones alejadas de argumentos “morales”, extra o metajurídicos⁶⁰¹.

Tal como se lo explicita en los Fundamentos del Anteproyecto, la reforma se edifica sobre la noción de “pluralismo” y esto significa, indudablemente, salirse de dogmas religiosos y morales; o en otras palabras, salirse de una vez por todas del apego al derecho canónico con el cual nació el derecho de fa-

601. Es imposible aislar los textos de sus contextos, o en otras palabras, lo que se dice desde el lugar en que se lo hace. En este sentido, no es un dato menor que ciertos autores que son referentes del derecho de familia contemporáneo más conservador son, a la vez, asesores legales de la Conferencia Episcopal Argentina (conf. debate “Cambios que llegan: Duro debate sobre el futuro de la familia en la Argentina en http://www.clarin.com/sociedad/Cambios-llegan_0_775122596.html). Y es desde allí que se debe leer afirmaciones tales como: “*Aún otra reflexión nos conduce a que la sección más revolucionaria del Proyecto, y que más polémica ha suscitado, es la del libro de las relaciones de familia. No es para festejarlo. La sociedad argentina queda exiliada. Las costumbres argentinas, que otrora habían informado la regulación de Vélez, sabiduría tan bien expresada en su correspondencia con Sarmiento, quedan ahora en un cono de sombra. Estamos seguros de que una contemporización mayor en el libro de familia abriría muchas puertas que se cerraron. La moderación hubiera ayudado a una mayor aceptación. Pensemos tan sólo en la virtual supresión de la palabra “madre”, tan significativa para nuestro acervo cultural, sacrificada en aras del altar de la neutralidad de género. No se*

milia y aún hoy sigue atado. Es que la idea de “multiculturalidad” conmina a alejar cualquier tipo de regulación a valores, ritos o postulados religiosos.

Siguiéndose esta línea argumental, resulta coherente derogar una institución que en su momento fueron una clara “transacción” con la Iglesia Católica; y que además, desde el punto de vista práctico ha dejado de tener sentido, ya que la escasa cantidad de matrimonios⁶⁰² que solicitan la separación personal, no lo hace por razones “morales” sino porque carecen del lapso temporal mínimo (3 años) para petitionar directamente el divorcio vincular. Se trata de matrimonios jóvenes, en su mayoría sin hijos que por no encontrar cumplido el plazo mínimo para poder solicitar la ruptura del vínculo matrimonial encuentran, al menos, en la figura de la separación personal la posibilidad de sustraerse a varios derechos y deberes matrimoniales como así también, lograr disolver el régimen de comunidad de bienes⁶⁰³. En este mismo sentido, apoyándose en información cuantitativa, se dijo: “*Acompaña así el proyecto una tendencia hacia la eliminación de las causales subjetivas y avanza sobre las objetivas, eliminándolas. Es el proyecto consecuente con las estadísticas en la materia, así, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el 89,74% de los divorcios tramitan por causales objetivas, registrándose tan sólo 192 expedientes de separación personal*”⁶⁰⁴.

explica por qué en lugar de convivir proyectos de vida distintos, para reconocer uno, hay que suprimir al otro en la letra y el espíritu. Genera división social. (...). Un código no tiene que ser revolucionario. Todo lo contrario, siempre tiene que estar un paso atrás de las costumbres, para no turbarlas. Más aún si es para “amoralizarlas” cuando la familia y los muchos jóvenes que andan sin rumbo, lo que necesitan es mayor contención. El Código Civil de Vélez Sársfield es tan noble, que soportaría bien modificaciones parciales al estilo del Código Civil Francés o del Español. Y si esta reforma prospera, sería óptimo que sea meditada sosegadamente, como las reformas italiana, brasileña, holandesa o los cuarenta y cinco años que llevó el Código de Quebec. No hay que temerle al tiempo, cuando el vino es bueno, lo mejora. Así el caso de nuestro querido y viejo Código y el caso del Proyecto, con las correcciones que necesita si llegara a prosperar” (Basset, Ursula, Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción, ya citado).

602. Tomando los datos de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, por lo cual, arroja resultados de lo que acontece en la Ciudad de Buenos Aires en el marco de la justicia nacional en lo civil con competencia en asuntos de familia, expone que del total de causas ingresadas al fuero en el 2012 (para tomar un año completo) que fueron 33.022, 7.688 fueron causas de divorcio vincular y separación personal (un 23%). De este total de causas de divorcio vincular y separación personal, sólo el 2% fueron de separación personal (179 causas).

603. Tófaló, Ariel, “El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales”, Revista Interdisciplinaria. Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 53, marzo 2012, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 247 y ss.

604. Roveda, Eduardo, Sasso, Marcela Lorena y Robba, Mercedes, “El divorcio en el proyecto de Código Civil”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 4, nro. 6, julio 2012, La Ley, Buenos Aires, p.36.

De esta manera, fácilmente se puede apreciar que aquellas razones por las cuales la ley 23.515 se vio obligada a mantener el divorcio no vincular –llamada separación personal- se habrían perdido o de mínima, habrían dejado de tener virtualidad.

3.6. Derogación del divorcio causado subjetivo y objetivo

Un error bastante común es confundir divorcio objetivo, causado e incausado. El régimen vigente es causado, tanto culpable o subjetivo como objetivo. Siempre es necesario plantear o demostrar una causa, la que puede ser subjetiva debido al acaecimiento de uno o varios hechos ilícitos o incumplimiento de derechos- deberes matrimoniales; u objetivo, porque ha transcurrido un mínimo de 3 años desde la celebración del matrimonio y existen causas que hacen moralmente imposible la vida en común y ambos cónyuges deben exponerlas en una audiencia en privado con el juez, o porque se ha producido la separación de hecho sin voluntad de unirse también por el lapso de 3 años. De este modo y bajo el sistema legal aún vigente, uno o ambos cónyuges deben dar causas para petitionar el divorcio.

Por el contrario, en el régimen proyectado el divorcio es sin expresión de causa, sea ésta de tinte subjetiva u objetiva, planteo que puede provenir de uno o ambos cónyuges.

Esta regulación es coherente con la idea –realista por cierto- que si un matrimonio se celebra y mantiene por la voluntad de dos personas, si una de ellas ya no quiere continuar o seguir adelante con el proyecto de vida en común, el matrimonio no puede continuar y es por ello que se debe habilitar a uno o a ambos a petitionar el divorcio. De este modo, si ambos integrantes están de acuerdo, es claro que la petición será conjunta; pero ya si uno de ellos no quiere continuar el matrimonio, también se habilita a que este solo solicite el divorcio por aplicación del principio de libertad y autonomía personal.

Por otra parte, esta doble posibilidad es, en definitiva, más beneficioso para todo el grupo familiar, al no obligar a uno de los cónyuges a mantener una verdadera ficción con las consecuencias negativas que se deriva de la imposición de lazos jurídicos, o lo que es más perverso aún, que la ley promueva la hipocresía⁶⁰⁵.

De este modo, el proyecto de reforma recepta un único régimen de divorcio de tipo incausado, en el que las causas por las cuales los cónyuges deciden –o uno de ellos- poner fin al matrimonio no interesan que sean ventiladas en un proceso judicial.

Algunos autores entienden que sería más adecuado denominarlo “divorcio sin expresión de causa” ya que siempre habría una causa o razones por las cuales se produce la ruptura matrimonial, siendo que únicamente la o las causas no se las expresan al juez. Justamente, esto mismo es lo que se pretende decir con el término “incausado”, que no hay causas que sean jurídicamente relevantes o que deban ser puestas de manifiesto ante el afuera –el juez en un proceso judicial- que deban ser ventiladas y analizadas por un tercero totalmente ajeno a la relación de pareja.

En otras palabras, el divorcio incausado constituye un régimen jurídico que sólo se interesa por las consecuencias o efectos que efectivamente se generan en el plano jurídico y a la vez, se desentiende del plano axiológico o moral, de allí la idea de ser “incausado” o “no causa”, focalizándose así en la irrelevancia de las razones por las cuales se llega a plantear la ruptura matrimonial, y revalorizando a la vez, sólo aquellos efectos o consecuencias jurídicas que se derivan de tal ruptura.

De manera más coloquial y básica aún: a la ley no le importa el por qué las personas se divorcian, sino cómo van a manejarse como matrimonio di-

605. Belluscio critica este tipo de afirmaciones al decir: *“Desde mi punto de vista, la imposición de otros recaudos, como las causas, aun objetivas, y la imposición de plazos, no afecta la libertad y autonomía de la persona humana, como se sostiene en los fundamentos. Se trata de una materia que no es solamente del interés de los cónyuges, sino también de los hijos y de la sociedad en general, que indudablemente se benefician de la estabilidad de los vínculos”* (Belluscio, Augusto C., “El matrimonio en el Proyecto de Reformas”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2013, ps. 319 y 320). Fácil se advierte como este autor (que en el recordado caso Sejean de la Corte Federal votó en minoría, defendiendo a fines de 1986 la constitucionalidad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial) no brinda ningún argumentos de peso acerca de cómo la supuesta “estabilidad” del matrimonio en contra de los propios cónyuges sería “beneficioso” para los hijos, incluso para la sociedad en general. ¿No le interesaría más a la sociedad en general e incluso a los hijos, el mantenimiento de vínculos o lazos sinceros y no hipócritas? Si ello es así, y siendo que las parejas no se divorcian si ellas o alguno de ellos no lo desean, no habría razón para tener miedo de receptar una normativa que no establece causa ni plazo alguno. Por lo general, la gente se casa y mantienen su matrimonio sin andar consultando al Código Civil, sólo apela a él ante la existencia de un conflicto una ruptura de facto del vínculo matrimonial, y es aquí donde la ley debe ser lo más respetuosa posible, no imponiendo requisitos o condiciones para retrasar una decisión que ya ha tomado uno o ambos cónyuges. Claramente, la ley tiene un límite, no tiene el “poder” de evitar que parejas dejen de querer seguir adelante con un proyecto de vida en común.

vorciado, es decir, se interesa por el presente y el futuro y no por el pasado sobre el cual el juez no tiene absolutamente nada para aportar, ni debería estar facultado a remover, so pena de incurrirse en una injerencia estatal injustificada.

Retomando la cuestión del lenguaje, es sabido que varios autores y medios de comunicación han definido al régimen proyectado de “divorcio express” de modo peyorativo. Aquí hay una gran confusión –o dificultad en poder ver la complejidad de las relaciones humanas y entre ellas, las de pareja- máxime, cuando es sabido que la gran mayoría de los matrimonios que llegan a la justicia peticionando su divorcio, ya se encuentran de facto, distanciados o “divorciados” desde el plano emocional hace bastante tiempo, entendiendo que el proceso judicial constituye sólo un trámite que pretenden que dure lo mínimo posible.

Esta no es la única respuesta que amerita el adjetivo “express”. Al respecto, se ha dicho: *“cuestionamos y rechazamos por nuestra parte la denominación utilizada por algunos sectores contrarios al proyecto que se habilitaría con la sanción, un ‘divorcio express’; utilizan este término para significar que el matrimonio pierde todo valor en los textos proyectados. Según nuestra opinión, denominarlo ‘divorcio express’, es un reduccionismo de lo que significa. Lo que ocurre es que hoy un hombre o una mujer pueden lograr una sentencia de divorcio a través de un proceso contencioso acreditando que el otro cónyuge es culpable por haber incurrido en alguna de las causales subjetivas (...) El proyecto no busca sancionar a uno por ser culpable. En esa instancia poco importa si es culpable o inocente, lo que ahora se quiere reconocer es que ha ocurrido la ruptura de la relación; no se perderá tiempo discutiendo quien tiene razón y quien no la tiene respecto de los hechos que han motivado que los cónyuges ya no pueden seguir conviviendo (...) En conclusión, el divorcio será más rápido; porque no se discutirán las causas, pero no significa que será ‘express’, porque hay una carga muy importante, que es proponer acuerdos personales y patrimoniales (...)”*⁶⁰⁶.

3.7. Legitimación: petición unilateral o bilateral

606. Corbo, Carlos María, “Análisis del Proyecto en materia de divorcio”, Revista Derecho de Familia y de las Personas, año 4, nro. 6, julio 2012, La ley, Buenos Aires, p. 66.

El proyecto no sólo simplifica y facilita el divorcio en los aspectos de fondo, sino también lo hace en el ámbito procedimental. Siendo que al régimen de divorcio incausado no le importan las causas o razones por las cuales los cónyuges deciden la ruptura del vínculo matrimonial, el proceso se flexibiliza y también se readecúa el rol de los jueces en este tipo de trámites. Así, deja de ser un funcionario dedicado a indagar el pasado de la relación matrimonial, sino dedicado a acompañarlos en cómo serán los efectos que se derivan del divorcio, priorizando el arribo de acuerdos que puedan alcanzar, siempre respetando límites básicos y mínimos fundados en el interés de los integrantes de la familia.

La reforma reconoce que el proyecto de vida en común puede extinguirse por decisión conjunta –por ambos cónyuges- o por uno de ellos; si ello es así en la realidad de las parejas matrimoniales, se debe reconocer que también lo sea en el plano jurídico permitiendo que la petición sea solicitada por uno o por ambos cónyuges. Esta diferencia tiene implicancias en el plano procedimental, siendo la propuesta en sentido estricto la pieza fundamental en las peticiones unilaterales y el convenio regulador en las peticiones bilaterales.

En suma, la construcción jurídica de un régimen incausado plantea modificaciones sustanciales en lo relativo a las cuestiones de fondo como de forma. Ambas son observadas de manera integral y coherente en la reforma.

Veamos, en total consonancia con la falta de causa (jurídica o establecida por la ley) para poder petitionar el divorcio, el proyecto considera que la sola ruptura del proyecto de vida en común genera la posibilidad de petitionar el divorcio.

El mencionado principio por el cual entiende que un matrimonio se celebra y mantiene de a dos y que si uno de ellos ya no desea mantener vivo el proyecto de vida en común, es uno de los principales argumentos por el cual en el plano procedimental se permite que la petición de divorcio sea conjunta o incluso, unilateral.

Esta doble fuente en la legitimación para petitionar el divorcio está expresamente prevista en el art. 437 proyectado.

La diferencia en ser unilateral o bilateral lo será en cómo se va a desarrollar el proceso, pero no en la habilitación para peticionar el divorcio, como así tampoco en la imposibilidad de retrasar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

El art. 438 establece los requisitos mínimos de carácter procedimental que estructuran el proceso de divorcio incausado, diferenciando si se trata de una petición unilateral o bilateral, tal como se expondrá en los próximos apartados. Ahora bien, sí regula dos cuestiones comunes o iguales para ambas tipologías.

La primera se refiere a la necesidad de que se presente una propuesta. ¿Ello que significa? Para poder comprender con mayor exactitud lo que se pretende alcanzar con esta previsión, debe recordarse el alto valor pedagógico de la ley. En este contexto, la necesidad de que se presente una propuesta implica que los cónyuges deben pensarse –conjuntamente con su letrado– cómo se ve como divorciado. Cabe recordar que a la regulación proyectada le interesa las consecuencias jurídicas del divorcio, es decir, el futuro, cómo será la dinámica familiar tras la ruptura del vínculo matrimonial. A los fines de tener mayor previsibilidad y evitar –prevenir– la mayor cantidad de conflictos, la ley exige la presentación de una, dos propuestas o un convenio según el grado de acuerdo que se logre. Este es el modo que ha encontrado la reforma para colaborar en esta especial etapa de la vida familiar, reafirmando la idea de “justicia de acompañamiento” uno de los tantos aportes del recordado maestro Morello⁶⁰⁷.

Sea la petición unilateral o bilateral, esta debe ser acompañada de una propuesta (si es unilateral) o si es bilateral, puede ser de dos propuestas (una de cada una) o un convenio regulador si los cónyuges han arribado a un acuerdo total o parcial sobre los efectos del divorcio. Sucede que las posibilidades que se pueden presentar son varias. Además de la propuesta si es unilateral o el convenio si es bilateral, puede darse el supuesto –excepcional por cierto– de que la petición sea conjunta pero como los cónyuges no arribaron a

607. Morello, Augusto M., “Un nuevo modelo de justicia”, LL 1986-C-800; Pettigiani, Eduardo J., “Familia y justicia (hacia una realización del derecho justicial material en el derecho de familia)”, RDF 1999-14-51; Cárdenas, Eduardo J., “La familia y el sistema judicial - Una experiencia innovadora”, Emecé, Buenos Aires, 1988; Berizonce, Roberto, “Tribunales y proceso de familia”, Platense, La Plata, 2001.

un acuerdo, cada uno acompañe en la misma petición o escrito su propia propuesta sobre los efectos que se derivan de la ruptura matrimonial.

De este modo, la noción de propuesta en sentido estricto se la observa para los casos de petición unilateral como principio general, siendo de manera excepcional posible también en el marco de una petición conjunta de divorcio, en el que el principio general es el convenio regulador. En todos estos casos, la propuesta –en sentido amplio, como manifestación de voluntad de cada cónyuge sobre lo que espera para el futuro en materia de efectos- constituye un elemento central para dar trámite a la petición, sea unilateral o bilateral.

El segundo requisito común para ambos tipos de legitimación, unilateral y conjunta, se refiere a la imposibilidad de que un juez pueda limitar o retrasar la sentencia de divorcio.

Así, la legislación proyectada diferencia bien el proyecto de vida en común que ya no se mantiene ni se sostiene (del pasado hasta el presente), de las consecuencias jurídicas que se derivan de esta ruptura (del presente al futuro).

Ahora pasamos a analizar los requisitos o consideraciones particulares de ambos tipos de divorcio.

b) Petición y procedimiento unilateral

El divorcio incausado puede ser unilateral o bilateral, siendo el segundo el más aceptado en la legislación comparada por aplicación del principio de autonomía personal: si ambos cónyuges no quieren mantener el vínculo matrimonial, es entendible que ambos puedan manifestar esta circunstancia y que ello tenga como efecto en el plano jurídico, el divorcio o ruptura de la unión matrimonial.

Sin embargo, el proyecto es más amplio y extiende la posibilidad a la petición unilateral del divorcio por otro fundamento que también se basa en el principio de libertad y autonomía, ya no de la pareja como tal, sino de cada cónyuge en su individualidad. Como se adelantó, el matrimonio es una institución –como así también un acto jurídico- bilateral, que depen-

de de la decisión unánime de dos personas –con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes-. Se trata de un proyecto de vida “en común”, siendo este último uno de los caracteres del cual se puede derivar que no sólo depende de la voluntad unánime de dos personas para el inicio del vínculo, sino también para su mantenimiento. En este sentido, si uno de los cónyuges, cualquiera sea las razones, deja o no desea mantener ese proyecto que hasta se entonces era “en común”, lo cierto es que el Código Civil debe permitir solicitar el divorcio porque ya se habría extinguido uno de los elementos para la existencia del matrimonio. ¿Acaso es posible mantener un vínculo que si bien es jurídico, lo que lo sostiene y le da su razón de ser es lo afectivo y esto último ya no está más? La respuesta negativa se impone y esto es lo que se plasma en la reforma al permitir la petición del divorcio de manera unilateral.

Que la petición del divorcio sea unilateral o bilateral en las cuestiones de fondo, no tiene ninguna incidencia, sí en el aspecto procedimental que el mismo proyecto se encarga de regular en el art. 438.

Si bien es sabido que las cuestiones procesales son competencia local al quedar reservadas a la legislación provincial (los códigos procesales), lo cierto es que en la legislación civil siempre ha habido disposiciones tendientes a unificar criterios y estructurar conflictos de fondo. Sucede que entre fondo y forma existe una interacción en la que una responde, incide o condiciona a la otra. Tan es así que en el Código Civil –al igual que el Proyecto de reforma de 1998- se le dedica un capítulo especial a los procesos de familia. Más allá de esta consideración general, lo cierto es que en el divorcio ya el Código Civil aún vigente en su art. 236 se ocupa de regular el proceso de presentación conjunta previsto en los arts. 205 y 215, siguiendo el recordado art. 67 bis que introdujo la ley 17.711 que modificó la entonces ley 2393 de matrimonio civil.

Siguiendo esta línea legislativa, el proyecto sienta algunos principios mínimos de carácter procedimental diferenciando el supuesto de que sea una petición de divorcio unilateral o bilateral y también previendo algunos elementos comunes.

Si la propuesta es unilateral, elaborada por uno solo de los cónyuges, quien peticiona o insta el divorcio, el proyecto habilita a que el otro cónyuge al responder, pueda ofrecer una propuesta diferente. De esta manera, el cónyuge que no peticionó el divorcio puede estar de acuerdo con todas las cuestio-

nes que propone el cónyuge que inicia el trámite; sólo con algunas de las propuestas que se esgriman o con ninguna. Por otra parte, y tal como se ha adelantado, de manera excepcional y no estando prohibido en el proyecto, se podría plantear que los cónyuges peticionen de manera conjunta el divorcio pero que en dicha presentación cada uno de los cónyuges adjunte una propuesta diferente.

Todas estas similitudes y diferencias entre los aún cónyuges, son analizadas por el juez para lo cual deberá señalar una audiencia a los fines de llevar adelante una intervención de tipo conciliatoria. Para ello, la legislación proyectada permite que los cónyuges, además de sus propuestas, acompañen toda la documentación que las respalde.

Estos elementos que los cónyuges pueden acompañar para fundar sus propuestas pueden ser, además, ordenados de oficio si el juez observa que habría algunos elementos que no habrían sido acompañados por las partes y que podría ser de interés para acercarlas, ya que en esas cuestiones podrían existir diferencias hábiles de ser resueltas si el juez conociera en profundidad lo que está en discusión y que los cónyuges por diferentes razones fueron negligentes al omitir documentación o información adecuada para entender con mayor profundidad la conflictiva en debate.

Como se expuso, sea la petición unilateral o bilateral, cualquier tipo de desacuerdo en torno a los efectos derivados del divorcio (como ser, atribución de la vivienda, cuidado personal de los hijos, régimen de comunicación, reorganización familiar para fechas festivas, etc.), no tiene incidencia alguna en la ruptura del vínculo matrimonial mediante el dictado de la correspondiente sentencia. En este sentido, si se está de acuerdo en todos los efectos derivados del divorcio, el juez procede, además de disolver el vínculo, a homologar los acuerdos arribados. Si el acuerdo es parcial, el juez disuelve el vínculo y homologa sólo en aquellas consecuencias en las cuales los cónyuges arribaron a un acuerdo y el resto, debe tramitar por la vía que corresponda “de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local” (conf. art. 438), que por lo general, es la vía incidental. Y si los cónyuges no logran ponerse de acuerdo sobre ningún efecto derivado del divorcio, el juez procede a dictar sentencia por la cual se disuelven las nupcias, debiendo tramitar por la vía incidental todos los conflictos complementarios o que se derivan de dicha

disolución.

En síntesis, el panorama de las diferentes posibilidades que pueden darse en el marco de un divorcio unilateral se lo puede observar en el siguiente gráfico:



c) Petición y procedimiento bilateral o conjunto

Cuando la petición es conjunta aparece en escena la figura del convenio regulador al que el proyecto le otorga un lugar especial. Por aplicación del principio de libertad y autonomía de la voluntad, son los propios protagonistas –los ex cónyuges- las personas más adecuadas para regular –y cumplir- los efectos que se derivan de su divorcio. El proyecto reconoce que son los ex cónyuges quienes están en mejores condiciones para establecer las pautas y el modo en que, en adelante, vivirán como ex cónyuges, ya sea al distribuirse los bienes –que pueden hacerlo de manera total o parcial-; quién se queda

o cómo se liquida —si es que eso deciden— la vivienda que fue sede del hogar conyugal si es que han cohabitado; la posible fijación de una cuota alimentaria o la fijación de una pensión compensatoria. De este modo, la legislación proyectada establece una serie de pautas a modo de regulación supletoria, es decir, ante la falta de acuerdo, siendo este instrumento el que más se valora en el proyecto tal como acontece en la actualidad. De este modo, la regulación del convenio regulador no es otra cosa que la incorporación expresa al texto proyectado de una práctica consolidada.

Si bien el proyecto permite dos causas fuente en materia de legitimación en el divorcio, la bilateral es vista con mayor bondad. Se la considera la más beneficiosa porque reconoce el trabajo previo de los cónyuges (después ex cónyuges, tras la correspondiente sentencia) y sus letrados (dos o uno según las reglas procesales del ámbito local en el que tramita el proceso) en arribar a un acuerdo sobre todos o la mayor cantidad de aspectos que trae consigo la ruptura del matrimonio.

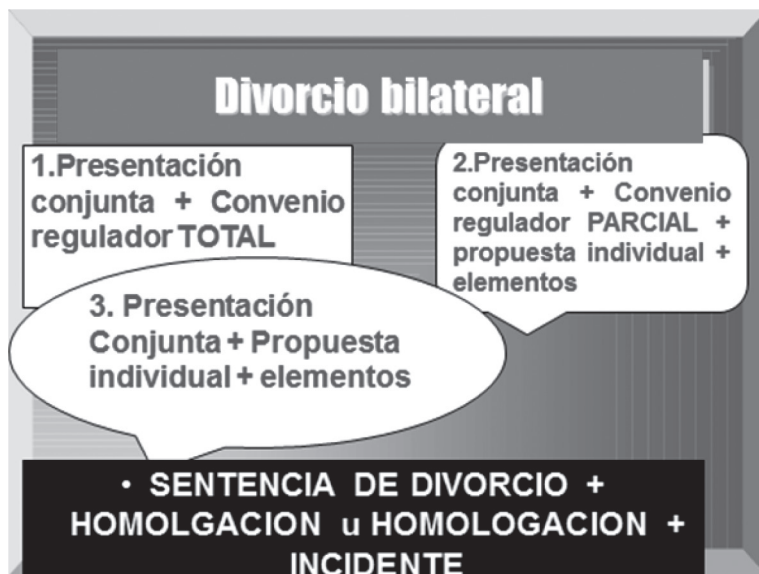
El proyecto reconoce que los jueces, personas que los cónyuges por lo general no conocen hasta ese momento y por ende, es un tercero totalmente ajeno a ellos, no debe pretender indagar ni en las causas o las razones por las cuales pretenden divorciarse, ni tampoco y en principio, en cómo dirimen sus diferencias, expectativas o deseos en torno a los efectos derivados del divorcio. En principio, son los mismos cónyuges quienes deben debatir entre ellos con su correspondiente asesoramiento legal, estos temas y arribar a un acuerdo⁶⁰⁸. De ahí, que no sólo el proyecto deroga las causales de divorcio sino también, este papel poco realista de los jueces como personas hábiles para “reconciliarlas” a través de una o dos audiencias como máximo como lo establece el art. 236 del Código Civil. Este papel que la ley le otorga a los jueces es muy criticado, a tal punto que en la práctica ya está perdiendo virtualidad al entender, con acierto, que ello constituye una clara injerencia estatal, sobreponiendo el orden público y un supuesto y falaz consecuente interés social, por sobre la voluntad e interés de los principales protagonistas, los cónyuges.

608. Sobre este punto, se recomienda leer una obra muy interesante que revaloriza más aún el rol de los propios cónyuges en el proceso —no sólo judicial— de su divorcio, Cárdenas, Eduardo J., *El cliente negocio y el abogado lo asesora: una variante poco usada en los conflictos de familia*, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 2005.

El proyecto introduce modificaciones sustanciales en materia de divorcio, a tal punto que reconceptualiza el rol de los jueces en este tipo de procesos. Desde una visión realista, no siempre los cónyuges se encuentran en el mismo plano o nivel de conocimiento, información y momento anímico y afectivo. Es por ello que el proyecto otorga a los jueces el deber de controlar o verificar los convenios reguladores que no perjudiquen, principalmente, los intereses de los integrantes del grupo familiar (conf. art. 438 última parte).

Si bien se destaca en la norma que este límite es a modo de pauta o principio que los jueces deben tener en cuenta para rechazar o no homologar un convenio, o algunas estipulaciones en particular como lo hace el art. 236 del Código Civil aún vigente; lo cierto es que desde una necesaria perspectiva sistémica e integral, es claro que hay otros límites que los jueces deben verificar como ser el respeto por los principios generales enunciados en los arts. 9, 10 y 12 proyectados que se refieren a la buena fe, el abuso del derecho y el orden público.

En síntesis, el panorama de las diferentes posibilidades que pueden darse en el marco de un divorcio bilateral se lo puede observar en el siguiente gráfico:



3.7. Las transiciones en las “Disposiciones transitorias”

a) De la separación personal al divorcio

El proyecto resuelve de manera expresa dentro del título referido a “Normas complementarias” qué sucede ante los supuestos de separación personal cuando entre en vigencia la reforma que deroga esta figura. Al respecto, el art. 8 dispone: *“En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve, sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación”*.

La reforma prevé, de manera excepcional y sólo de manera transitoria, un proceso judicial de conversión en el que se pueda peticionar, de manera conjunta o unilateral que la sentencia de separación personal dictada bajo el régimen anterior pueda ser convertida en divorcio a secas, o sea, en divorcio que produce la ruptura del vínculo matrimonial y la consecuente readquisición de la aptitud nupcial.

Se trata de un proceso judicial expeditivo, sencillo y flexible, el que no necesita el paso de un lapso de tiempo determinado para que los cónyuges separados personalmente puedan, de manera conjunta o individualmente, peticionar la conversión de una institución que deroga el nuevo Código Civil a otra figura, la única que se prevé ante la ruptura del proyecto de vida en común.

Más allá de ser un trámite judicial sin ninguna complejidad, lo cierto es que se diferencia si se trata de petición de conversión conjunta o unilateral. Para el supuesto de ser conjunta, simplemente el juez debe sin más trámite –así lo señala el texto- dictar la pertinente homologación del pedido de conversión

y librarse el correspondiente oficio para su inscripción en el registro civil. En cambio, si es unilateral se le debe dar traslado al otro cónyuge para que el juez decreta en un plazo breve –de tres días- la conversión. Aunque la petición sea unilateral, no puede controvertirse o el otro cónyuge impedir la conversión por aplicación del principio de libertad y el derecho a readquirir la reaptitud nupcial que implica, de por sí, el derecho a contraer matrimonio con otra persona cuando así lo desee. Por lo tanto, sea la petición conjunta o unilateral, no se puede obstaculizar de ningún modo la correspondiente declaración judicial de conversión.

b) Del divorcio subjetivo al divorcio incausado

Qué sucede si durante el trámite judicial en el que se dirime un divorcio controvertido o contradictorio en el que se debaten causales culpables, entra en vigencia el proyecto convertido en nuevo Código Civil que deroga el régimen subjetivo. Esta disyuntiva no está expresamente prevista en el proyecto ya que el conflicto no amerita una aplicación especial o diferente que el régimen general⁶⁰⁹. ¿Qué acontece con todos los conflictos jurídicos en los que en medio de un proceso se pone en vigencia una nueva legislación? Se aplica el principio general previsto en el art. 7: la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes.

Por lo tanto, en medio de un proceso judicial sin sentencia judicial firme –por ende, sin haber derechos adquiridos- se debe aplicar la nueva ley, siendo entonces imposible que el juez decreta el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges; debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código Civil en materia de divorcio, que como recepta un único sistema, lo será al de divorcio incausado.

Esta misma interpretación cabe para aquellos casos en los que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y por ende, debe aplicarse la nueva normativa.

609. Es por ello que se considera que las críticas o miedos expresados por Medina son infundados (ver Medina, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LL, 2012-E, 1302.

4. Se baja el telón

Como se puede concluir de todo lo expresado a lo largo de este trabajo, el proyecto de reforma introduce –en buena hora– varias modificaciones sustanciales en materia divorcio y por efecto transitivo, también en lo relativo a los derechos- deberes personales derivados del matrimonio, a los fines de defender y así lograr una normativa coherente en la materia. Esta coherencia habría sufrido algunos embates en la versión sancionada por la Cámara de Senadores. La última palabra aún no está dicha.

Es sabido que los principales cambios, incorporaciones y derogaciones que observa el proyecto de reforma en el campo del derecho de familia, se fundan en la obligada perspectiva constitucional- convencional. En el derecho matrimonial, en particular lo relativo al divorcio, no podía quedar aislado de esta especie de huracán que ha venido a interpelar todo el régimen jurídico a la luz de la doctrina internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, los principios de libertad, autonomía personal y desarrollo de la personalidad, se encuentran plenamente satisfechos en la regulación proyectada, tal como lo vienen poniendo en crisis voces doctrinarias y jurisprudenciales cada vez más consolidadas. ¿Acaso la declaración de inconstitucionalidad de normas sobre divorcio en el Código Civil aún vigente no es una conducta ya habitual en la práctica tribunalicia?

Las buenas relaciones humanas son aquellas que se generan, sostienen y consolidan por la actividad de sus propios protagonistas. Esto mismo acontece con el matrimonio y su ruptura. Si un matrimonio constituye un acto de trascendencia que para configurarse necesita no sólo ser celebrado sino también sostenido y enriquecido por la voluntad de dos personas, es dable comprender que si una de ellas no desea continuar con el vínculo afectivo, tal unión no puede ser mantenida por imperio de la ley. ¿Qué régimen jurídico puede estar a tono con esta afirmación incontestable? El divorcio incausado; el que recepta el proyecto de reforma.

El Anteproyecto explicita de manera clara y precisa en sus Fundamentos, la razón por la cual se introducen modificaciones radicales en el régimen de divorcio, el que va de un sistema causado (subjetivo/objetivo) a uno incausado.

Al respecto, se asevera que *“El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites. Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social”*.

Esta postura legislativa que adopta el proyecto se inspira en principios de Derechos Humanos debidamente receptados en el llamado “bloque de la constitucionalidad federal” y que se lo conoce como el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”, uno de los pilares o cimientos sobre los cuales se construye la reforma. El principio de libertad, autonomía y desarrollo de la personalidad con solidaridad y responsabilidad es el equilibrio que campea todo el régimen jurídico en las relaciones de familia, el que se lo observa de manera elocuente en el ámbito del derecho matrimonial y en especial, en el régimen del divorcio y sus efectos.

El proyecto no desconoce la relevancia del matrimonio, la intención de la gran mayoría de las parejas que esta decisión se mantenga y sostenga en el tiempo y que el proyecto de vida en común se afiance; pero todos estos deseos o valores no son jurídicos, sino axiológicos y deben quedar alejados de un texto normativo. Máxime, en una sociedad como la actual tan compleja, en la que conviven diferentes modelos de vivir las relaciones humanas, de las cuales los vínculos familiares no son ajenos a estas transformaciones.

Ni el Código Civil actual ni el proyectado obliga a las parejas a divorciarse, eso estaría en abierta violación a la reiterada libertad que pregona el art. 19

y tantos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ellas puedan durar todo el tiempo que ambos cónyuges decidan. Sucede que de conformidad con la noción de pluralidad, algunas parejas matrimoniales se separan al poco tiempo de la celebración de las nupcias y éstas también necesitan una solución legal a su problema. Más aún, como han sostenido algunas voces jurisprudenciales y doctrinarias y la reforma comparte, la ley no puede mantener el vínculo matrimonial que los principales protagonistas no desean continuar; de este modo, no se puede aceptar un régimen jurídico que por la supuesta protección de un interés social en abstracto, viole el derecho a la libertad y autonomía en concreto, de un matrimonio que ya no quiere ser tal. Una vez más, autonomía con solidaridad y responsabilidad son los pilares constitucionales- internacionales sobre los cuales se edifica el régimen en materia de divorcio; estructura sólida y coherente la que proponía el Anteproyecto y que la media sanción en Senadores ha pretendido desestabilizar. Aún resta la mitad del camino para animarse a preguntar y responder cuál es el miedo que se le tiene a la libertad cuando de matrimonio y divorcio se trata.

8. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS

Aída Kemelmajer de Carlucci

Lo importante no es discutir si existe o no existe el cielo; lo importante es que debemos terminar con este infierno

Padre Carlos Mugica.

Sumario:

1. Objetivo de estas líneas. 2. La competencia de la CIDH para imponer sanciones por violaciones a la CEDAW y a la Convención de Belém do Pará. 3. Un principio básico: la protección efectiva de la igualdad como centro del sistema de derechos humanos. 4. Otras reglas generales. 5. Las mujeres, principales víctimas del poder de las fuerzas policiales, de los conflictos armados y de las masacres a los pueblos originarios. 6. Las mujeres víctimas de violencia en lugares de encierro (cárceles y otros lugares de detención). 7. La violencia y el derecho a la salud de las mujeres. 8. ¿Siempre es necesario penalizar para que los derechos humanos de las mujeres estén protegidos? 9. Palabras de cierre.

1. Objetivo de estas líneas

Según diversas corrientes feministas, los derechos humanos de la mujer no han sido tomados en serio por la comunidad internacional⁶¹⁰. En este sentido, se ha señalado que aunque existen más de veinte tratados internacionales dedicados específicamente a los derechos de las mujeres y a cuestiones relacionadas con la discriminación por razón de género, en pocas áreas existe una brecha tan grande entre los criterios internacionales de protección y su efectiva aplicación y vigencia⁶¹¹. No niego este aserto formulado hace más de una década, pero también es cierto que en los últimos tiempos, diversos

610. PELE, Antonio, La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: alcance y límites, en AV, Perspectivas sobre feminismo y derecho, Madrid, ed. Dykinson, 2012, pág. 79.

611. RODRÍGUEZ, Marcela V., Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio, en ABREGU, M. y COURTIS, C., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Bs. As., ed. CELS, 1997, pág. 589.

organismos internacionales vienen trabajando para eliminar ese vicio⁶¹². Uno de esos organismos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante Corte IDH). Dado que existe escaso tratamiento de la jurisprudencia regional en los cursos ordinarios de las universidades⁶¹³, me propongo difundir algunas de las sentencias emanadas de ese tribunal vinculadas a violencia contra la mujer. Esta información es relevante. La Corte Federal⁶¹⁴, al ratificar la facultad de controlar de oficio la constitucionalidad de las leyes, dijo:

“11) Tras la reforma constitucional de 1994, deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente Mazzeo (Fallos":330:3248, 13-7-2007), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

612. Ver, entre muchos, SAULLE, María Rita, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei Diritti Umani*, Napoli, ed., Scientifiche Italiane, 1999 (en especial, capítulo IV. La condizione femminile. L'opera delle Nazioni Unite, degli istituti specializzati e delle organizzazioni regionali europee in favore della donna); RUBIO, Ana, Género y desarrollo: internacionalización de los derechos humanos de las mujeres, en GARCÍA INDA, Andrés y otra (coordinadores) *Género y derechos humanos*, Zaragoza, ed. Mira, 2002, pág. 279. Los aportes de la doctrina americana y europea de los últimos años es también muy significativa (Compulsar, entre otros, KNOP, Karen (ed) *Gender and Human Rights*, Oxford, ed. Oxford University Press, 2006; GARCÍA INDA, Andrés y otra (coordinadores) *Género y derechos humanos*, Zaragoza, ed. Mira, 2002; DURAN y LALAGUNA, Paloma, *Derechos humanos y mujeres. Sobre la titularidad o el sexo de los derechos*, en BALADO M., y otros, *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, ed. Bosch, 1998, pág.313; GALLINA, Nilda, *Una mirada de género sobre la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Sexualidad, género y familia*, JA 2008-III-1101).

613. La escasa enseñanza en la universidad no implica que la doctrina no se preocupe por el tema. Véase, fundamentalmente, GIALDINO, Rolando, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Bs As, A. Perrot, 2013; PINTO, Mónica, *Género y Derechos humanos en el sistema interamericano*, en FLAH, Lily (directora), *Los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI*, Bs. As., ed. Errepar, 2011, pág. 163; CASAS, Laura J., y BERTERAME, María C., *La perspectiva de género en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. El caso del penal Miguel Castro Castro*, en LL 2008-F-176; MEDINA, Graciela, *El valor de las decisiones judiciales para evitar la violencia contra la mujer. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos y argentina sobre derechos humanos de las mujeres*, en Rev.DFyP año 1, n° 1, set. 2009, pág. 161 (advierdo que en ese trabajo se cita el caso María Da Penha como un supuesto en el que hay pronunciamiento de la Corte Interamericana; no es así; el caso fue tratado ante la Comisión y no pasó a la Corte). El CEJIL ha publicado dos obras que contienen todas las sentencias y decisiones de la Comisión Interamericana sobre "Violencia de Género" y sobre "Salud y Derechos reproductivos", indispensables para tener una visión completa de la labor de los dos organismos. Ver *Violencia de género. Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos. Sumarios de Jurisprudencia*, 2° ed., Bs. As., ed. CEJIL, 2011, y *Salud y Derechos Reproductivos, Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos. Sumarios de Jurisprudencia*, Bs. As., ed. CEJIL, 2012.

614. CSN 27/11/2012, Rodríguez Pereyra, Jorge L. c/Ejército Argentino s/Daños y perjuicios, en LL 2013-B-54 y en Doc. Jud. Suplemento La Ley de Derecho Administrativo, Febrero 2013 n° 1 pág. 63, con nota de FALCÓN, Juan Pablo, *Mensajes y metamensajes. A propósito del fallo "Rodríguez Pereyra"*.

Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20). Se advirtió también que "la Corte IDH ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124, considerando. 12) Que en diversas ocasiones posteriores, la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente Almonacid. En efecto, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso* precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de *convencionalidad ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana ["Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128]... Recientemente, el citado Tribunal ha insistido que los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011).

Cada vez con mayor fuerza, entonces, la jurisprudencia de la Corte Federal Argentina subraya la obligatoriedad de seguir las decisiones del tribunal regional. No hay dudas, pues, que todos los operadores del derecho (abogados, jueces y otros funcionarios) tienen el deber de estar informados, como mínimo, de las líneas generales de esa jurisprudencia ⁶¹⁵.

615. Para el tema, ver, entre otros, LOIANNO, Adelina y GOZAINI, Osvaldo A., Los alcances del derecho a la salud ante del deber de realizar el control de convencionalidad, LL 2011-A-508

Aclaro que reseño sólo decisiones de la Corte ⁶¹⁶ y no trato casos abordados por la Comisión (de ahora en adelante CIDH) que, por una u otra razón, no tienen resolución del tribunal ⁶¹⁷. Reconozco que algunos son de relevancia mayúscula –por ej., el informe final n° 54/01 del 16/4/2001, en el caso *Maria Da Penha c/Brasil*, en el que la Comisión aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará, o la Resolución del 29/3/2011 en un caso contra la Argentina por no haber instrumentado medidas eficaces para poder interrumpir el embarazo de una mujer con discapacidad que fue violada ⁶¹⁸), o el informe del caso n° 121.626 del 24/7/2007, en el caso *González v Estados Unidos*, país denunciado por no haber protegido la vida de dos niñas asesinadas por el padre, bajo inacción culpable de la policía ⁶¹⁹; sin embargo, la índole de este trabajo me obliga a limitar sus alcances.

Marco una circunstancia desgraciada puesta de resalto por una autora italiana: los hechos violatorios de los derechos humanos objeto de juzgamiento por la Corte IDH en las sentencias que se analizan datan de momentos en los que no estaban en el poder fuerza militares, sino gobiernos elegidos por el pueblo democráticamente ⁶²⁰.

2. La competencia de la CIDH para imponer sanciones por violaciones a la CEDAW y a la Convención de Belém do Pará.

Como es sabido, la Corte IDH es competente para entender en las denuncias formuladas contra un país que ha ratificado esa Convención y ha reconocido la competencia contenciosa de ese tribunal (arts. 62 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Algunas de las decisiones que comento se fundan, además, en otras convenciones internacionales; concretamente, la Convención sobre la eliminación

⁶¹⁶. Todos los casos reseñados se pueden compulsar en la página web de la Corte Interamericana (www.corteidh.or.cr)

⁶¹⁷. Para estos supuestos, compulsar prolijo trabajo de PINTO, Mónica, *Género y Derechos humanos en el sistema interamericano*, en FLAH, Lily (directora), *Los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI*, Bs. As., ed. Errepar, 2011, pág. 163.

⁶¹⁸. Comisión interamericana de Derechos Humanos, 29/3/2011, V.D.A., en JA 2012-III-485.

⁶¹⁹. Ver Resumen en Rev. Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012-1-240.

⁶²⁰. CAPPUCCIO, Laura, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, en CAPPUCCIO y otras, *Le Corti regionali tra stati e diritti*, Napoli, ed. Scientifica SRL, 2012, pág. 123 y ss.

de todas las formas de discriminación contra la mujer (de ahora en adelante CEDM, o CEDAW, en inglés ⁶²¹), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ⁶²² (de ahora en adelante, “Convención de Belém do Pará”). Obviamente, el país denunciado debe haber ratificado esos documentos internacionales ⁶²³, pero la cuestión es si, aun ratificándolos, la CIDH es el órgano competente para entender en denuncias por violaciones cometidas por los Estados a los derechos consagrados en esos documentos.

La cuestión es de extrema importancia, pues en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, obligaciones reforzadas emanadas de esas dos convenciones específicas.

El problema ha debido ser tratado por la Corte IDH, pues más de una vez, algunos países denunciados le han negado tal competencia:

- a) El voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* 25-11-2006 se pregunta si, respecto de la Convención Belém do Pará, la Corte Interamericana tiene atribuciones “para formular la declaración relativa a esa afectación, que formaría

621. Con agudeza, un autor destaca que esta Convención no distingue entre los denominados derechos civiles y políticos y los llamados derechos económicos, sociales y culturales; en consecuencia, la garantía de igual reconocimiento y disfrute se extiende a todos los derechos del catálogo, sin exclusiones ni preferencias por un grupo de derechos por sobre otro. Subraya, además, el rol de supervisión del órgano creado, el Comité para la eliminación de discriminación contra la Mujer que, entre sus funciones, tiene la de recibir denuncias y resolverlas a través de Recomendaciones; en este sentido, relata casos contra Hungría, Austria, México (COURTIS, Christian, La aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer, en MONEREO ATIENZA, Cristina y otros –directores- Género y derechos fundamentales, Granada, Comares, 2010, pág. 767).

622. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer también ha creado órganos de seguimiento. Compulsar CARCEDO, Ana, Sistema de indicadores para evaluar desde la sociedad civil el cumplimiento estatal de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Belém do Pará (SIBdP), Panamá, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

623. Ver casos Fernández Ortega y otros vs. México, del 30-8-2010 y Rosendo Cantú y otra vs México resueltos el 31-8-2010, en los que, desde el inicio, la CIDH afirma que “el Estado depositó los instrumentos de ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el 22 de junio de 1987 y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer el 12 de noviembre de 1998”. El voto concurrente de la jueza Rhady Abreu Blondet recuerda que México interpuso como excepción preliminar la incompetencia de la CIDH para conocer de las peticiones realizadas producto de la violación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, pero luego desistió de la excepción. Igual situación se dio en Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24-11- 2009.

parte de la porción declarativa de una sentencia, y para disponer, a partir de ahí, ciertas consecuencias derivadas del hecho ilícito declarado, que sería parte de la porción condenatoria de la sentencia”

Responde:

16. [...]Un tribunal -y en el caso concreto, la Corte Interamericana- ha de explorar en el universo normativo al que debe disciplinar su desempeño las disposiciones que le confieren o le niegan atribuciones para conocer de ciertas contiendas...El punto no reviste mayor complicación cuando existe una norma clara, enfática, que de manera directa y explícita confiere esas atribuciones. Obviamente, tampoco la hay cuando la norma niega semejante posibilidad o la concede a un órgano diferente de aquel que está analizando y resolviendo sobre su propia competencia.

17. Existe una tercera situación, que se plantea cuando las disposiciones del ordenamiento sobre derechos humanos contienen algún régimen sobre el control de la materia por parte de los órganos internacionales de protección, pero la fórmula que utilizan no es por sí misma, *prima facie*, suficientemente explícita o unívoca, o difiere de la utilizada en otros casos. En esta hipótesis, el tribunal debe interpretar la disposición y hallar su significado. No digo, por supuesto, que debe “integrar” el ordenamiento y crear, a partir de su voluntad o de su imaginación, una competencia que no se encuentra recogida, en lo absoluto, en la norma sobre control de convencionalidad de los actos del Estado. Su poder no llega tan lejos: sólo debe desentrañar el sentido de la disposición oscura o elusiva y establecer, a través de ese proceso lógico-jurídico, su sentido y alcance. Es esto lo que ha hecho la Corte Interamericana a propósito de la Convención de Belém do Pará y su aplicabilidad al presente caso.

18. [...]Bajo el rubro “Mecanismos internacionales de protección”, la Convención de Belém do Pará se refiere a la facultad de los Estados partes en ésta y de la Comisión Interamericana *para solicitar a la Corte opinión consultiva* sobre la interpretación de la propia Convención (artículo 11). Esta norma no resulta indispensable, porque basta con las disposiciones de la CADH en materia consultiva (artículo 64) para sustentar la competencia de la Corte en este extremo. Y por lo que toca a cuestiones que pueden revestir carácter

contencioso, a partir de la violación de la Convención de Belém do Pará -específicamente, la transgresión del artículo 7- ésta abre la vía para la presentación de quejas o denuncias ante la Comisión Interamericana, que “las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (artículo 12).

28. [...]La Convención de Belém pone el acento en el control internacional al que dedica un capítulo específico, que abarca tanto la colaboración informativa y el análisis de ésta (artículo 10), como la atención consultiva (artículo 11) y la consideración litigiosa (artículo 12). En otros términos, no se ha querido detener la normativa internacional de la materia en el reconocimiento de los derechos y la determinación de los deberes públicos, sino se ha procurado, además, asegurar que esos reconocimiento y determinación se trasladen a la realidad, y para ello se ha empleado el medio del que se vale, a tal fin, la regulación internacional: supervisión y control a cargo de órganos dotados de atribuciones para ello. En otros términos: la Convención procura asegurar la *eficacia* de sus normas y el alcance de sus fines. Resulta natural e incluso obligada *la lectura conjunta* de la CADH, con su catálogo de derechos y garantías generales, y de la Convención de Belém do Pará, con su enunciado de deberes estatales específicos, a los que corresponden derechos de las mujeres, para la aplicación de ambas. *La segunda fija, ilustra o complementa el contenido de la primera en lo que atañe a los derechos de la mujer que derivan de la CADH.* Esa lectura conjunta permite integrar el panorama de los derechos y, por ende, el perfil de las violaciones a las que se ha referido la Corte Interamericana en la sentencia del Caso Castro Castro, y apreciar la entidad de aquéllas a la luz de los dos instrumentos, el general y el especial, como lo ha hecho la Corte en esta resolución, *primera en su género emitida por el Tribunal interamericano en el desempeño de su función contenciosa*”.

- b) En el caso *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, resuelto el 16/11/2009, el tribunal rechazó la excepción preliminar deducida por México (incompetencia para “determinar violaciones” a la Convención Belém do Pará), con estos argumentos:

Para resolver controversias sobre la interpretación de normas, la Corte ha invocado⁶²⁴ la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En lo

pertinente, esta Convención señala:

Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar, entonces, a partir de un modelo *basado en valores* que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar *cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los *valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida*. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado.

624. Cfr. Caso IvcherBronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 38, y Caso Blake Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 1999. Serie C No. 57, párr. 21.

Corresponde entonces analizar cómo se establece la competencia para el trámite de peticiones en la Convención Belém do Pará. Los artículos pertinentes de dicho instrumento señalan lo siguiente:

“Artículo 10. Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer”.

“Artículo 11. Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos *opinión consultiva* sobre la interpretación de esta Convención”.

“Artículo 12. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (subrayados fuera del texto)”.

México señaló que el citado artículo 12 “menciona expresa y exclusivamente a la Comisión Interamericana como el órgano encargado de la protección de la Convención, mediante el procedimiento de peticiones individuales”, y llega a la conclusión de que la Corte “es incompetente” para conocer de violaciones a dicho instrumento”.

El Tribunal considera errados los alegatos del Estado. La Convención *Bélem do Pará* establece que la Comisión considerará las peticiones respecto de su artículo 7 “de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana [...] y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión”. Esta formulación no excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por

lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Belém do Pará “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la Convención Americana]”, como lo dispone el artículo 41 de la misma Convención. El artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de “comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención”.

En suma, parece claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará concede competencia a la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales”.

De allí en más, la Corte IDH analiza sus antecedentes y afirma:

“En el caso del *Penal Miguel Castro Castro* el Tribunal declaró violada la Convención Belém do Pará, lo que es equivalente a declarar su competencia sobre ella. Asimismo, la Corte resalta que no sólo en dicho caso ha establecido su competencia en la materia. En efecto, en los casos *Ríos y otros Vs. Venezuela y Perozo y otros Vs. Venezuela*, si bien la Corte declaró que “no correspond[ía] analizar los hechos de [dichos casos] bajo las [...] disposiciones de la Convención de Belém do Pará” porque no se demostró que las agresiones fueron “especialmente dirigid[as] contra las mujeres” ni que “éstas se hayan debido a su condición [de mujer]”⁶²⁵, esta conclusión de no violación fue posible a partir del análisis de dicha Convención”.

c) Sobre la base de estos dos precedentes, en el caso *Valentina Rosendo Catú y otra vs México* resuelto el 31-8-2010⁶²⁶, la Corte IDH se consideró competente y declaró responsable al Estado mexicano por haber incumplido el deber establecido en el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

625. Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, supra nota ¡Error! Marcador no definido., párr. 279 y Caso *Perozo Vs. Venezuela*, supra nota ¡Error! Marcador no definido., párrs. 295 y 296.

la Mujer.

- d) Posteriormente, en el caso *J. c/Perú, 27/11/2013*, el tribunal aclaró que su competencia se abría para los hechos posteriores al momento en que el país denunciado ha ratificado esa Convención; por eso, en ese proceso, declaró su incompetencia, por los hechos se remontaban a 1992 y el Perú ratificó la Convención Belem do Pará recién en 1996.

3. Un principio básico: la protección efectiva de la *igualdad* como centro del sistema de derechos humanos

La CIDH ha dicho reiteradamente que “El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

Hoy se da un paso más adelante: se busca la igualdad real de todas las personas, por lo que se ha pasado de una igualdad entendida como no *discrimina-*

626. Las sentencias se reproducen parcialmente en DONNA, Edgardo (director) El código penal y su interpretación en la jurisprudencia, 2° ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2012 t. III pág242 y ss.

ción, a la de igualdad como protección de grupos vulnerables o subordinados⁶²⁷, entre los que se ubican las mujeres, de modo análogo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 23 de la Constitución argentina. Por eso, el tema no parece ser que mujeres y varones tienen los mismos derechos, sino si las mujeres “deben tener derechos específicos, o sea, derechos que le sean atribuidos por el hecho de ser tales”⁶²⁸.

4. Otras reglas generales

La Corte IDH ha señalado que el solo hecho de que una o varias mujeres hayan sido víctimas de los hechos atentatorios de derechos humanos no significa de que tales conductas, en sí mismas, sean discriminatorias en perjuicio de las mujeres.

En este sentido, en las sentencias recaídas en los casos *Ríos y otros vs. I*, 28/1/2009, y *Perozo y otros vs. Venezuela*,⁶²⁹ 28/1/2009, se lee: “Durante la audiencia pública, los representantes alegaron que varias mujeres periodistas fueron víctimas de agresiones y ataques, además de casos como la herida causada en la cara a Isabel Mavarez, y el de Laura Castellanos, quien estando embarazada, fue agredida dentro de la Asamblea Nacional por grupos organizados de oficialistas, sufriendo gravísimas consecuencias en la gestación que tenía, con alto riesgo de calcificación de útero y pérdida de líquido amniótico”; sostuvieron, entonces, que Venezuela había violado los derechos contenidos en los artículos 5, 13, 24, 8 y 25 de la Convención Americana en conexión con los artículos 1, 2 y 7.b) de la Convención de Belem do Pará, en relación con su obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos de las mujeres periodistas identificadas”. Pues bien, “es necesario aclarar que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Aunque las periodistas

627. ABRAMOVICH, Víctor, Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en JA 2013-I-1148.

628. GARCIA MANRIQUE, Ricardo, Derechos humanos e injusticias cotidianas, Bogotá, ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 43. El autor desarrolla la cuestión de los llamados “derechos humanos específicos” (derechos del niño, del trabajador, de la persona discapacitada, etc.)

629. LL 2009-E-33 (resumen), con nota de GONZALEZ CAMPAÑA, Germán, “Aló presidente”: las borrosas fronteras de los discursos oficiales”.

mujeres hayan sido agredidas, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres”. “Los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron especialmente dirigidas contra las mujeres, ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque *por su condición de mujer*”. “Por ésta y otras razones, a diferencia de lo ocurrido en otros precedentes⁶³⁰, no corresponde analizar los hechos bajo las disposiciones de la Convención de Belém do Pará”.

5. Las mujeres, principales víctimas del poder de las fuerzas policiales, de los conflictos armados y de las masacres a los pueblos originarios

Los conflictos armados perjudican a hombres y mujeres, ricos y pobres, pero lo hacen de manera diferente, según sus posiciones sociales y los roles del *género*⁶³¹. Esta circunstancia ha sido reconocida especialmente por la Corte IDH en diversas decisiones.

Así, en el caso Masacre de Mapiripánvs. Colombia, 15-9-2005dijo:

“175. Los motivos y las manifestaciones de la vulnerabilidad acentuada en los desplazados han sido caracterizados desde diversas perspectivas. Dicha vulnerabilidad es reforzada por su proveniencia rural y, en general, *afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazadas*, niñas y niños, jóvenes y personas de la tercera edad. La crisis del desplazamiento interno provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla”.

En el mismo sentido, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs Colombia, Medidas provisionales*, dictadas el 15-3-2005, la Corte resaltó el hecho “de que al seguirse produciendo los actos de violencia

630. Compulsar CASAS, Laura y BERTERAME, María C., La perspectiva de género en la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. El caso del penal Miguel Castro Castro, en LL 2008-F-175.

631. MANTILLA FALCÓN, Julissa, Apuntes sobre la comisión de la verdad y reconciliación en el Perú y la incorporación de la perspectiva de género, en Rev. de Derecho comparado n° 19, pág. 71. La autora comenta el informe final fechado 28/8/2003, de la Comisión de la verdad y la reconciliación (CVR) que tuvo por objetivo la investigación de los crímenes y violaciones de derechos humanos ocurridos entre mayo de 1980 y noviembre de 2000.

contra los miembros de la Comunidad de Paz, se afecta particularmente a los niños, mujeres y personas de edad avanzada integrantes de ésta”.

En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, del 4/9/2012 se repite la descripción:

“59. Igualmente, este Tribunal ha establecido que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u “operaciones de tierra arrasada”, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Además, cabe señalar que según la CEH, cuando eran perpetradas en contra de comunidades mayas, “las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo[... y] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad”.

Lamentablemente, estos casos son frecuentes en el sistema interamericano, tal como surge de las reseñas que desarrollo en este punto.

a) caso González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México, 16-11 2009⁶³²

(i) Objeto del proceso y contexto fáctico en el que se desarrollan los hechos.

La demanda trata sobre la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (en adelante “las jóvenes González, Herrera y Ramos”), cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonoero de Ciudad Juárez el día 6-11- 2001. Ramos tenía 17 años de edad y era estudiante del quinto semestre de la preparatoria; la última noticia que se conoció de ella fue una llamada que hizo a una amiga el sábado 22-9-2001 para avisar que estaba lista para ir a una fiesta; la denuncia señala que desapareció el martes 25-9-

632. Ver comentario de ABRAMOVICH, Víctor, Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso “Campo Algodonoero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en JA 2013-I-1148 y ss.

2001, sin ofrecer más detalles. González tenía 20 años de edad y trabajaba en una empresa maquiladora; según una amiga cercana, “casi siempre salía con el tiempo limitado ya que le ayudaba a su hermana con el cuidado de su hija menor, motivo por el cual llegaba a veces tarde al trabajo”; el 10-10-2001 llegó dos minutos tarde a la maquila, por lo que le fue impedida la entrada; ese mismo día desapareció. Herrera tenía 15 años y contaba con “grado de instrucción tercero de secundaria”; desapareció el lunes 29-10- 2001, luego de salir de la casa en la que trabajaba como empleada doméstica.

Las víctimas eran, pues, mujeres jóvenes, humildes, que salieron de su casa un día, y sus cuerpos fueron encontrados días o semanas más tarde en un campo algodonero con signos de violencia sexual y demás maltratos. En los días entre sus desapariciones y el hallazgo de sus cuerpos, sus madres y familiares acudieron a las autoridades en busca de respuestas, pero se encontraron con juicios de valor respecto al comportamiento de las víctimas y ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida aparte de la recepción de declaraciones.

Ciudad Juárez está ubicada en el norte del estado de Chihuahua, en la frontera con El Paso, Texas. Diversos informes nacionales e internacionales hacen mención a una serie de factores, como las desigualdades sociales y la proximidad de la frontera internacional, que han contribuido al desarrollo de diversas formas de delincuencia organizada, como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y el lavado de dinero, incrementando así los niveles de inseguridad y violencia.

La Comisión observó “la falta de diligencia con la que se han emprendido las acciones, por parte de la Procuraduría General de Justicia del Estado”. Al ser requerida oficialmente información actualizada “se recibió como respuesta que no estaban en posibilidad de saber cuál había sido el destino de 2.415 casos, toda vez que los expedientes no los tenían físicamente”.

La Corte IDH señala:

“164. Más allá de las cifras, sobre las cuales no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual y que, en general, han sido influenciados, tal

como lo acepta el Estado, *por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos.*

“Diversos informes de entidades nacionales e internacionales establecen los siguientes factores en común en varios de los homicidios: las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones”.

El informe de la CEDAW resalta que “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”.

Por su parte, la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU explica que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de “*una desigualdad de género arraigada en la sociedad*”. La Relatora se refirió a “fuerzas de cambio que ponen en entredicho las bases mismas del machismo”, entre las que incluyó la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, lo cual proporciona independencia económica y ofrece nuevas oportunidades de formarse.

Estos factores, aunque a la larga permitan a las mujeres superar la discriminación estructural, pueden exacerbar la violencia y el sufrimiento a corto plazo. La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos.

La Corte IDH reconoce “*que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres,*

no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna (alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc.), contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas”.

Los peritos que actuaron ante los organismos internacionales calificaron lo ocurrido en Ciudad Juárez como *femicidio* (figura penal prevista en México, en el art. 21 de la Ley General del Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, vigente desde 2007).

(ii) Falta de respuesta del sistema de protección (policial y judicial)

Como en tantos otros casos, la Corte IDH señala la insuficiencia, incapacidad, e ineficacia del sistema judicial:

“N°150. Conforme a la prueba aportada, las irregularidades en las investigaciones y en los procesos incluyen la demora en la iniciación de las investigaciones, la lentitud de las mismas o inactividad en los expedientes, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas, pérdida de información, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público, y la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género.

Después de una visita a Ciudad Juárez en el 2001, al Relator sobre la independencia judicial de la ONU, “[l]e sorprendió la absoluta ineficacia, incompetencia, indiferencia, insensibilidad y negligencia de la policía que había llevado hasta entonces las indagaciones”.

Por su parte, en su informe del 2006, la Fiscalía Especial señaló que de 139 averiguaciones previas analizadas, en más del 85% se detectaron responsabilidades atribuibles a servidores públicos, graves deficiencias y omisiones que “entorpecieron la resolución de los homicidios ahí relacionados, provocando impunidad”.

“154. Distintas pruebas señalaron que funcionarios del estado de Chihuahua y del Municipio de Juárez minimizaban el problema y llegaron a culpar a

las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de los padres”.

“Nº255. En el caso *Maria Da Penha Vs. Brasil* (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que *la violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, por lo que no sólo se ha violado la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes.*

“Nº 255. ...La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, *una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará*”.

(iii) La responsabilidad del Estado por actos de particulares. La omisión de las acciones positivas reforzadas por parte de las autoridades públicas (aún en los casos en los que la función pública la ejercen mujeres)

La Corte IDH recuerda que “existen dos momentos claves en los que el deber de prevención del Estado debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas, y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida. Sobre el primer momento, la falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el con-

texto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas” (n° 274).

En cuanto al segundo momento –antes del hallazgo de los cuerpos– el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. Ante tal contexto, surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”.

Cabe señalar que, lamentablemente, los reiterados incumplimientos detectados por la Corte IDH también son imputables a mujeres que ejercen cargos públicos específicamente creados para la solución de la problemática. Así se lee en la sentencia:

“**350.** La Corte constata que, sin justificación alguna, las investigaciones estuvieron paralizadas durante casi ocho meses ante la conducta omisiva de la Titular de la Fiscalía Mixta para la Atención de Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez.

(iv) La violencia como acto de discriminación a la mujer en los documentos internacionales y en la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH.

Los estereotipos como causa y consecuencia de violencia

A partir del párrafo n° 394, la CIDH recuerda que, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye

el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. Por lo demás, la CE-DAW ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada” y ha señalado que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.

También rememora que en el caso *Opuz vs. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”; que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación.

Con expresa mención a las circunstancias de la causa, la Corte IDH desarrolla un razonamiento fundamental a la decisión final:

“La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”.

“El estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente... Es posible asociar la subordina-

ción de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

Para luchar contra estos estereotipos, México alegó que “la Procuraduría General de Justicia del estado de Chihuahua diseñó, a partir de octubre de 2004, en coordinación con las instituciones y universidades locales e internacionales, un programa de capacitación en el que invirtió más de 14 millones de pesos para la especialización en técnicas y procedimientos de investigación y profesionalización en materia pericial; que el programa incluye maestrías con la colaboración de universidades españolas y la Comisión Nacional de Derechos Humanos; que a través del Centro de Estudios Penales y Forenses en el 2005, se implementaron más de 122 programas de capacitación que significaron una inversión superior de 12 millones de pesos”.

La Corte IDH observó que no existe constancia de tal inversión.

(v) La declaración de condena

En definitiva, el Tribunal consideró que en el caso, la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con (A) el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana y (B) el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención.

(vi) Medidas reparatorias

El tribunal dispuso una serie de medidas reparatorias, ya tradicionales en la materia; así, por ej., ordenó al Estado realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar la situación. A tal efecto, se obligó al Estado a presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin.

No obstante, la CIDH rechazó algunas peticiones específicas. Así, por ej., no estimó necesario conceder la solicitud de que el día 6 de noviembre de cada año se conmemore como “*Día nacional en memoria de las víctimas del feminicidio*”, “*obviamente, sin perjuicio de que una medida como ésta pueda ser discutida por los canales pertinentes en el ámbito interno*”.

Tampoco hizo lugar a la indemnización del “daño al proyecto de vida”; argumentó que este rubro “no procede cuando la víctima falleció, al ser imposible reponer las expectativas de realización que razonablemente toda persona tiene”.

b) Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 24-11- 2009

(i) Contexto en el que se desarrollaron los hechos

La demanda se relaciona con la falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres, la Libertad, Departamento de Petén, ocurrida entre los días 6 a 8 de diciembre de 1982. Dicha masacre fue ejecutada por miembros del grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala denominados kaibiles. Entre los habitantes del Parcelamiento se encontraban niños, mujeres y hombres. Las personas ejecutadas sufrieron previamente golpes y maltratos; muchas mujeres fueron violadas y golpeadas hasta el punto de sufrir abortos. Adicionalmente, en el contexto de la masacre, uno de los Kaibiles que participó en ella, sustrajo a un niño sobreviviente, se lo llevó a su casa, y lo registró con sus apellidos. Se relata:

“**79.** Alrededor de las 4:30 p.m. los *Kaibiles* sacaron a los hombres de la escuela y los llevaron vendados y maniatados a un pozo de agua inconcluso donde los fusilaron. Después sacaron a las mujeres y los niños para llevarlos al mismo lugar. En el camino muchas niñas fueron violadas por los *Kaibiles*, particularmente por los subinstructores. Al llegar al Pozo, los *Kaibiles* hincaban de rodillas a las personas y les preguntaban si pertenecían a la guerrilla, luego los golpeaban con un mazo de hierro en el cráneo o les disparaban, para luego lanzar los cadáveres al interior del pozo. En los hechos de la masacre perdieron la vida por lo menos 216 personas”.

“80. Cerca de las 6:00 p.m. llegaron al Parcelamiento dos niñas, las cuales fueron violadas por dos instructores militares. Al día siguiente, cuando los Kaibiles se marcharon se llevaron a las dos niñas y las violaron nuevamente para luego degollarlas. Antes de marcharse, llegaron al Parcelamiento otras seis familias, que fueron fusiladas”.

“81. El día 9 de diciembre de 1982, vecinos de la aldea Las Cruces se acercaron a Las Dos Erres y descubrieron trastos tirados por todas partes, los animales sueltos, también vieron sangre, cordones umbilicales y placentas en el suelo, ya que la crueldad desplegada por los soldados alcanzó tal punto que a las mujeres embarazadas les causaron abortos producto de los golpes que les propinaban, incluso saltando sobre el vientre de dichas mujeres hasta que salía el feto malogrado”.

(ii) La mujer indígena frente al conflicto armado

“139. La Corte observa, a manera de contexto, que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Asimismo, en otro caso ocurrido en el mismo contexto en el cual se sitúa esta masacre, esta Corte estableció como hecho probado que “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”.

(iii) Voto razonado concurrente de Ramón Cadena Rámila, Juez Ad-Hoc

Este voto destaca que la sentencia dictada es un avance más en la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana.

Señala que el caso configura un paradigma en materia de impunidad; que en repetidas ocasiones se ha denunciado la utilización de la violación sexual como método de tortura y la especificidad de la violencia en contra de las mujeres, en el marco de los conflictos armados internos. Aplicar la Convención de Belém do Pará en el caso de la Masacre de Las Dos Erres resulta de suma importancia, ya que ésta define la violencia contra la mujer; reconoce el derecho de las mujeres a una vida sin violencia y establece que la violencia contra ellas es una violación a los derechos humanos, equiparando este derecho tanto en el ámbito público como en el privado.

Concluye: “La aplicación de la perspectiva de género enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella, y de ahí la necesidad de mencionarla y aplicarla en el Caso de Las Dos Erres. En materia de derechos humanos permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación. Ofrece, pues, grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas y concretamente, de las mujeres”.

c) Caso Valentina Rosendo Catú y otra vs México 31-8-2010⁶³³

(i) Contexto en el que se desarrolla:

“Nº 29: En el estado de Guerrero, un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas, quienes conservan sus tradiciones e identidad cultural y residen en los municipios de gran marginación y pobreza. En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras “prácticas dañinas tradicionales”. Entre las formas de violencia que afectan a las mujeres se encuentra la “violencia institucional castrense”. La presencia del Ejército cumpliendo labores policiales ha colocado a la población en una situación de gran vulnerabilidad, afectando a las mujeres de una manera particular. De acuerdo con la Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero “[l]as mujeres indígenas

633. Las sentencias se reproducen parcialmente en DONNA, Edgardo (director) El código penal y su interpretación en la jurisprudencia, 2º ed., Bs. AS., ed. Rubinzal, 2012 t. III pág242 y ss.

siguen padeciendo las consecuencias de una estructura patriarcal ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque a criminales, pero no se les sensibiliza en los derechos humanos de la comunidad y de las mujeres”.

[...] “Nº 72. La señora Valentina Rosendo Cantú es una mujer indígena.... Al momento de los hechos tenía 17 años, estaba casada con el señor Fidel Bernardino Sierra con quien residía en un lugar que quedaba aproximadamente a una hora caminando de Barranca Bejuco, junto con la hija de ambos, Yenys Bernadino Rosendo, nacida el 23 de noviembre de 2001. La comunidad de Barranca Bejuco se encuentra en una zona montañosa, aislada y, por lo tanto, de difícil acceso”.

(ii) Valoración de la testimonial de la víctima como medio de prueba en la violación.

La sentencia aborda un tema importantísimo en los juicios de violación (en este caso, adviértase que, además, la víctima era menor de edad), cual es, el relativo a la valoración de la prueba. En los parágrafos 89 y siguientes se afirma:

“Es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”.

“Nº 91. ...La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña”.

“Nº 93....La Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, la cual probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave”.

“Nª 95....El hecho de que no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debe ser contextualizado en las circunstancias propias del caso y de la víctima. En primer lugar, las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar. Ello sucede en las comunidades indígenas, por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima tiene que enfrentar (*supra* párr. 70), así como por el miedo en casos como el presente. Asimismo, la señora Rosendo Cantú, al momento de los hechos, era una niña que fue sometida a un evento traumático en el que, además de ser agredida física y sexualmente, recibió por parte de los militares que la atacaron amenazas de muerte contra los miembros de su comunidad. Es sobre esta base que, a criterio del Tribunal, el haber respondido que no había sido violada cuando fue preguntada por el primer médico y el no haber indicado la violación sexual por parte de militares en la siguiente visita médica, no desacredita sus declaraciones sobre la existencia de la violación sexual. Por último, dicha omisión puede deberse a no contar con la seguridad o confianza suficiente para poder hablar sobre lo ocurrido”.

(iii) La violación como un caso de discriminación y las obligaciones positivas reforzadas de los Estados

La CIDH recuerda que la violación contra las mujeres exige obligaciones reforzadas de los Estados:

“Nº 120. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra

la mujer porque [i]) es mujer o [ii]) le afecta en forma desproporcionada”. Asimismo, también ha señalado que “[I]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.

En consecuencia:

“Nº 177.... Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.

“Nº 178.... Ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.

(iv) La violación como tortura

Otro aspecto muy importante es haber calificado a la violación sufrida en especiales circunstancias como una *tortura*.

“Nº 107.... Como lo señala la Convención de Belém do Pará, “la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.

Nº 110.... En el caso Bueno Alves Vs. Argentina, la Corte entendió que se está frente a un acto de tortura cuando el maltrato cumple con los siguientes requisitos: A) es intencional; B) causa severos sufrimientos físicos o mentales, y C) se comete con determinado fin o propósito.

Nº 115.... Resulta evidente para la Corte que el sufrimiento padecido por la señora Rosendo Cantú, al ser obligada a mantener actos sexuales contra su voluntad, hecho que además fue observado por otras seis personas, es de la mayor intensidad, más aun considerando su condición de niña. El sufrimiento psicológico y moral se agravó dadas las circunstancias en las cuales se produjo la violación sexual, en tanto no podía descartarse que la violencia sufrida se extremara aún más por parte de los agentes estatales que presenciaban el acto de violación, ante la posibilidad de que fuera también violada sexualmente por ellos.

Nº 118.... Esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos.

(v) La situación de la víctima en el proceso penal (especialmente el fuero militar) y las violaciones a su acceso a la justicia y al trato digno

La sentencia señala otro aspecto importante: la gran desprotección de la víctima en el proceso penal, especialmente, si se desarrolla ante la autoridad militar.

Resaltó que “la violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, el acto cometido por personal militar contra la señora Rosendo Cantú afectó bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana como la integridad y la dignidad personal de la víctima. Es claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar.

A partir del N° 179, la CIDH subraya que en el caso:

- “No se proveyó a la señora Rosendo Cantú de la asistencia de un intérprete, no obstante que no hablaba el español con fluidez; debió ser asistida por su esposo, hecho que no respeta su identidad cultural, no resulta adecuado para asegurar la calidad del contenido de la declaración y particularmente inapropiado, desde que debe recurrir al marido para relatar los hechos de la violación sexual;
- Las autoridades centraron sus esfuerzos en citar a declarar diversas veces a la señora Rosendo Cantú, y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. Olvidaron que en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido.
- El personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Rosendo Cantú, no utilizó un protocolo de acción, hecho especialmente grave que tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación.

(vi) Las medidas de reparación

Entre otras medidas, se condenó al Estado mexicano a que...

“N° 246... “continúe implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del poder judicial, de la policía, así como a personal del sector salud con competencia en

este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyan la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia”.

Nº 257... “otorgue becas en instituciones públicas mexicanas, en beneficio de la señora Rosendo Cantú y de su hija, Yenys Bernardino Rosendo, que cubran todos los costos de su educación hasta la conclusión de sus estudios superiores, bien sean técnicos o universitarios.

En la parte resolutive, entre otras acciones más generales, se condena al Estado a continuar las campañas de concientización y sensibilización de la población sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena.

d) Fernández Ortega y otros vs. México, 30-8-2010

Esta sentencia va en paralelo con Rosendo Cantú, antes reseñada.

En el relato de los hechos, se menciona que entre 1997 y 2004 se presentaron seis denuncias de violaciones sexuales a mujeres indígenas atribuidas a miembros del Ejército en el estado de Guerrero, que fueron conocidas por la jurisdicción militar sin que conste que en alguno de esos casos se hubiera sancionado a los responsables.

Se describe a la víctima como una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me’phaa, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía casi 25 años, estaba casada con el señor Prisciliano Sierra, con quien tenía cuatro hijos, y un año y medio después nació una hija más. La señora Fernández Ortega se dedicaba a las tareas domésticas, al cuidado de los animales que criaban y a la siembra de diferentes cultivos en la parcela familiar. La comunidad de Barranca Tecoani se encuentra en una zona montañosa, aislada y, por lo tanto, de difícil acceso.

Una de las diferencias con el caso anterior reseñado es que Valentina Rosendo Cantú era menor de edad al momento de los hechos; el resto, es muy similar: “tres militares ingresaron a su casa sin su consentimiento y le preguntaron, en varias ocasiones, a donde [había ido] a robar carne [su] marido; ella no contestó por no hablar bien español y por miedo. Los militares le

apuntaron con sus armas insistiendo con la misma pregunta y, seguidamente, uno de ellos la tomó de las manos y, apuntándole con el arma, le dijo que se tirara al suelo y así lo hizo. Una vez en el suelo, otro militar con una mano tomó las manos de la presunta víctima y con la otra le levantó la falda, le bajó la ropa interior y la violó sexualmente mientras los otros dos militares miraban. Posteriormente, esas tres personas salieron de la casa, junto con los que se habían quedado afuera se retiraron del lugar”.

La sentencia puntualiza que las autoridades internas no protegieron la prueba pericial: ...“hubo un manejo deficiente de la prueba recolectada en el examen médico de la víctima. Llama la atención que la investigación se haya agotado sin prever la necesidad básica de realizar exámenes complementarios, como por ejemplo de ADN, con el fin de avanzar en la determinación de la posible autoría del hecho”.

La parte resolutive condena al Estado a:

- “facilitar los recursos necesarios para que la comunidad indígena mep’aa de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario, que se constituya como un centro de la mujer, en el que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer”.
- adoptar medidas para que las niñas de la comunidad de Barranca Tecoani que actualmente realizan estudios secundarios en la ciudad de Ayutla de los Libres, cuenten con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que puedan continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asisten”.

6. Las mujeres víctimas de violencia en lugares de encierro (cárceles y otros lugares de detención)

a) Preliminares

Las cárceles y otros lugares de encierro son ámbitos de habitual ataque contra los derechos humanos.

La situación de las mujeres en las cárceles no escapa a esta realidad, agudizada por la especial situación de las internas.

1. Así, por ej.

En el caso De La Cruz Flores Vs. Perú, 18-11-2004, se condenó a Perú, a raíz del trato indigno recibido por la víctima, una mujer médica pediatra, condenada a 20 años de prisión por el delito de terrorismo por los llamados “jueces sin rostro”.

En las medidas provisionales ordenadas el 6-9-2012, en una denuncia contra Venezuela, se relatan los siguientes hechos: “La Comisión informa que “la población femenina del anexo del penal habría sido secuestrada por los reclusos en dos ocasiones. Del mismo modo, la información indica que los recientes hechos de violencia podrían haber tenido consecuencias particulares sobre las mujeres privadas de libertad, tales como abortos producto de la situación de tensión en la que se encuentran”. En ese contexto, la Corte enfatiza “la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres privadas de libertad embarazadas y en lactancia durante su detención. Asimismo, es deber del Estado proteger a las mujeres contra toda forma de discriminación y violencia, más aún cuando se encuentran bajo la custodia estatal, razón por la cual deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas por personal femenino”.

b) El leading case, Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú 25-11-2006

(i) Contexto en el que se desarrollaron los hechos

El Estado peruano fue acusado de los terribles hechos (ejecuciones, muerte, tortura, etc) acaecidos en la prisión de Castro Castro entre el 6 y 9 de mayo de 1992, durante el denominado “Operativo Mudanza 1”. La versión oficial fue que dicho “operativo” consistía en el traslado de las mujeres que se hallaban recluidas en el pabellón 1A del Penal Miguel Castro Castro, a la cárcel de máxima seguridad de mujeres en Chorrillos. Pero las autoridades estatales no informaron del referido traslado ni al Director del penal, ni a las prisioneras, sus familiares o abogados.

El objetivo real del “operativo” no fue el referido traslado de las internas, sino que se trató de un ataque premeditado, un operativo diseñado para atentar contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en los pabellones 1A y 4B del Penal Miguel Castro Castro. Los actos de violencia

fueron dirigidos contra dichos pabellones, ocupados en el momento de los hechos por internos acusados o sentenciados por delitos de terrorismo y traición a la patria. Dentro de este grupo de personas se encontraban heridos y mujeres en estado de gestación, quienes también fueron forzadas a yacer boca abajo, al igual que los demás detenidos. Muchos permanecieron en estas condiciones hasta el 22 de mayo de 1992. El 10 de mayo de 1992 el Presidente Alberto Fujimori estuvo presente en el penal y caminó entre los prisioneros tendidos boca abajo en el suelo de los patios del presidio. Algunas internas e internos heridos fueron trasladados al Hospital de la Sanidad de la Policía. Allí fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas. En algunos casos, a las mujeres les dieron una bata luego de quince días, al momento de trasladarlas a los penales donde fueron reubicadas. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas con tan solo una sábana, y en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios, debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas. Cuando llegaron al Hospital de la Sanidad de la Policía, una de las internas fue objeto de una “inspección” vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla. Se acreditó ante la Corte que cuatro internas se encontraban embarazadas al momento de los hechos. Ellas dieron a luz cuando se encontraban en la cárcel y no recibieron atención médica sino hasta que las llevaron al hospital para el parto. Una no recibió atención médica post parto.

(ii) La violencia sexual

La Corte IDH estima que esas mujeres, “además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano,

pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”. En el caso, las mujeres estaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y fueron heridas, precisamente, por agentes estatales de seguridad.

(iii) Situación de las internas que son madres

En párrafo n° 330, la CIDH señala que “La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres”.

(iv) Algunos puntos señalados en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez

Este prestigioso magistrado califica a la Convención de Belém do Pará de “carta magna específica” de los derechos de la mujer. Destaca que la sentencia ha planteado, por primera vez, la aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará, acerca de la cual no existía pronunciamiento anterior de la Corte.

Insiste en que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente, para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. El principio de juridicidad -que tiene raíz en el trato igual para todos- no sólo no excluye, sino que “reclama una especificidad que alimente ese trato igualitario y evite el naufragio al que frecuentemente se halla expuesto”.

c) J. c/Perú, 27/11/2013

Los hechos denunciados remontan a 1992, fecha anterior al momento en que Perú ratificó la convención, razón por la cual la Corte, como ya adelanté, se declaró incompetente para aplicar ese documento internacional. No obstante, por aplicación de la Convención Interamericana, se pronunció sobre estas cuestiones igualmente interesantes, entre otras, las siguientes.

(i) Reserva de identidad

Frente a este tipo de hechos (la denunciante se quejaba de haber sido acusada de terrorista, detenida injustamente, y abusada sexualmente durante la detención), “la reserva de la identidad de la presunta víctima, por ella solicitada, es procedente y deberá ser respetada, tanto en el marco del presente proceso ante la Corte como respecto de las declaraciones o información que cualquiera de las partes haga pública sobre el caso”. “La reserva de la identidad de la presunta víctima no sólo implica la confidencialidad de su nombre, sino también de toda aquella información sensible que conste en el expediente sobre la alegada violencia sexual y cuya publicación pudiera afectar el derecho a la vida privada y la integridad personal de la presunta víctima”.

(ii) Valor probatorio de las investigaciones de las Comisiones de verdad o de esclarecimiento histórico

La Corte recordó que en otros precedentes, ha “considerado como pruebas relevantes los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico. En este sentido, ha señalado que, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, tales comisiones pueden contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad⁶³⁴. No obstante, el establecimiento de un contexto, con base en el informe de la CVR no exime a este Tribunal de realizar una valoración del conjunto del acervo probatorio, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia, sin que deba sujetarse a reglas de prueba tasada”.

(iii) La prueba del abuso sexual. El derecho a ser tratada con dignidad cuando se presta a la prueba médica

El razonamiento judicial se inicia con estos puntos de partida:

Nº 305. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no es necesario que se pruebe la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni que se identifique individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios⁶³⁵, sino que es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste⁶³⁶.

Nº 307. El uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones es legítimo para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos⁶³⁷. Corresponde a la parte demandante, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato; no obstante, a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio⁶³⁸.

Continúa dando reglas generales de valoración de la prueba cuando se trata de violaciones sexuales:

Nº 323. La violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho⁶³⁹...Dicho estándar es aplicable a las agresiones sexuales en general.

634. Cfr. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, supra, párrs. 131 y 134; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, supra, párr. 128, y Caso Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala, supra, párr. 298.

635. Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra, párr. 91; Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 133, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, supra, párr. 162.

636. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra, párrs. 172 y 173, y Caso Luna López Vs. Honduras, supra, párr. 119.

637. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra, párr. 130, y Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, supra, párr. 156.

Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar⁶⁴⁰, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente.

Nº 324. Una negación de la ocurrencia de una agresión sexual denunciada no necesariamente desacredita las declaraciones donde se indicó que había sucedido, sino que debe ser analizado tomando en cuenta las circunstancias propias del caso y de la víctima... Adicionalmente, la calificación jurídica de los hechos que utilice la presunta víctima en sus declaraciones tiene que ser valorada tomando en cuenta el significado comúnmente dado a las palabras utilizadas, el cual no necesariamente corresponde a su definición jurídica. Lo relevante es evaluar si los hechos descritos, y no la calificación jurídica dada a los mismos, fueron consistentes.

Sobre la base de estos puntos de partida, el tribunal analizó la situación concreta, del siguiente modo:

Nº 93 El 18 de abril de 1992 se realizó un Registro Médico Legal a la señora J. “[p]ara determinar: Integración Física, lesiones antiguas o recientes”⁶⁴¹ por dos médicos legistas de sexo masculino⁶⁴². El certificado establece que: [S]e observ[ó] excoriaciones pequeñas (02) – una a nivel escapular izquierda sobre el ángulo inferior, y otra a nivel paravertebral derecha a nivel de 12 dorsal y 1ra. lumbar. Equimosis en una lateral del 1/3 del muslo izquierdo; cara anterior de ambas – piernas de 01 a 03 cm. de diámetro, otra a nivel infra rotuliana derecha de 2 x 3 cm. todas ellas en proceso de resolución. No requiere incapacidad⁶⁴³.

Nº 328. En el examen no consta que se le haya preguntado a la señora J. sobre la manera en la cual se habrían producido las lesiones. Al respecto, este Tribunal considera que uno de los propósitos de los exámenes médicos

638. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra, párr. 135, y Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, supra, párr. 156.

639. Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, supra. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 100, y Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 89.

640. 641Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra, párr. 95.

641. Oficio Nro. 3900-OCD-DIRCOTE de 14 de abril de 1992 (expediente de anexos a la contestación, Anexo 32, folio 3673).

realizados cuando una persona ingresa a un establecimiento de reclusión o internamiento es garantizar la integridad personal de la persona privada de libertad y verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas⁶⁴⁴. Por tanto, es necesario que los reportes médicos incluyan no sólo las lesiones encontradas sino la información detallada sobre la explicación dada por los pacientes sobre cómo ocurrieron dichas lesiones, así como la opinión del doctor sobre si las lesiones son consecuentes con dicha explicación.

Adicionalmente, los exámenes médicos deben ser realizados en condiciones donde las personas privadas de libertad se sientan lo más cómodas posible para que, si así lo quisieran, pudiesen relatar maltratos recibidos. En este sentido, es necesario que el examen médico lo realice personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima prefiera⁶⁴⁵. En el presente caso, el examen médico fue realizado por dos médicos legistas de sexo masculino (supra párr. 0). El Estado no ha presentado prueba sobre si le habría ofrecido a la señora J. la posibilidad de que estuviese presente una mujer o sobre si existían factores que impidieran al Estado la presencia de una mujer durante el mismo. No obstante, la Corte nota lo declarado por la señora De la Cruz Chamilco, quien, al cuestionársele sobre la duración del examen realizado a la señora J., señaló que “las detenidas mujeres a veces se ponen renuentes a los exámenes pues deben quitarse la vestimenta y cuando son varones los examinadores, [el examen] suele excederse de los 5 minutos promedio”⁶⁴⁶.

642. Cfr. Declaración rendida ante fedatario público (afidávit) por la testigo Nancy Elizabeth De la Cruz Chamilco el 8 de mayo de 2013 (expediente de fondo, folio 1068), y certificado Médico Legal N° 15339-L de 18 de abril de 1992 (expediente de anexos a la contestación, Anexo 30, folio 3663).

643. Certificado Médico Legal N° 15339-L de 18 de abril de 1992 (expediente de anexos a la contestación, Anexo 30, folio 3663).

644. Véase, por ejemplo CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio IX (3), así como TEDH, *Türkan Vs. Turquía*, no. 33086/04, § 42, 18 de septiembre de 2008; *Salmano lu y Polatta Vs. Turquía*, no. 15828/03, § 79, 17 de marzo de 2009, y *Korobov Vs. Ucrania*, no. 39598/03, § 70, 21 de julio de 2011. Asimismo, las Reglas de Bangkok establecen que: “1. En caso de determinarse [en dicho examen de reconocimiento médico] que la reclusa ha sufrido abuso sexual u otra forma de violencia antes de su reclusión o durante ella, se le informará de su derecho a recurrir ante las autoridades judiciales. Se le informará exhaustivamente de los procedimientos correspondientes y sus etapas. Si la reclusa decide entablar acciones judiciales, se notificará de ello al personal correspondiente y se remitirá de inmediato el caso a la autoridad competente para que lo investigue. Las autoridades penitenciarias ayudarán a la mujer a obtener asistencia jurídica. 2. Decida o no la mujer entablar acciones judiciales, las autoridades penitenciarias se esforzarán por brindarle acceso inmediato a apoyo psicológico u orientación especializados. 3. Se elaborarán medidas concretas para evitar todo tipo de represalias contra quien prepare los informes

Esta respuesta de quien era la Directora General de la Dirección General Médico Legal de Lima del Instituto de Medicina Legal en el Perú en la época de los hechos es un indicio de que la “renuencia” de las mujeres a ser atendidas por un médico de sexo masculino, no necesariamente era atendida con el ofrecimiento de un médico de sexo femenino o de la presencia de una mujer durante el examen, sino que solo representaría un inconveniente que podía dilatar un poco la duración del examen. La Corte considera que esto no favorece la creación de un ambiente que genere la confianza a las detenidas para denunciar posibles hechos de tortura o de violencia sexual, tales como los descritos por la presunta víctima. Por tanto, la Corte concluye que del examen médico no se desprende las posibles causas de las lesiones encontradas, ni que durante el mismo la señora J. haya tenido la posibilidad de relatar su versión de los hechos.

Nº 329. Adicionalmente, es necesario señalar que la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes⁶⁴⁷. Lo mismo es cierto para los casos de violencia y violación sexual, en los cuales no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de los mismo en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico⁶⁴⁸.

Sin perjuicio que en el presente caso el examen médico realizado no cumplió con las condiciones mencionadas *supra* y que varios de los maltratos alegados no dejarían rastros físicos, este Tribunal advierte que las lesiones encontradas en las piernas y en el tórax posterior de J. son consistentes con lo relatado por ésta, en el sentido que fue lastimada por vidrios en la espalda, empujada al piso donde, así como que un hombre habría pisado sus piernas.

correspondientes o entable acciones judiciales”. Resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas 65/229, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, A/RES/65/229, regla 7 (en adelante “Reglas de Bangkok”).

645. Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, *supra*, párr. 194, y Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, *supra*, párr. 178. Véase también, Protocolo de Estambul, párr. 154, y Reglas de Bangkok, regla 10.2.

646. Declaración rendida ante fedatario público (afidávit) por la testigo Nancy Elizabeth De la Cruz Chamilco el 8 de mayo de 2013 (expediente de fondo, folio 1070).

7. La violencia y el derecho a la salud de las mujeres

a) El reconocimiento de la especial vulnerabilidad de la mujer embarazada

El derecho a la salud de la mujer presenta sus propias peculiaridades por su capacidad reproductora⁶⁴⁹. La mujer no es un útero, pero tiene útero, por lo que ser mujer tiene implicaciones especiales en materia de salud⁶⁵⁰.

En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxavs. Paraguay*, del 29-3-2006, el tribunal destacó: "...el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo real y de la situación de vulnerabilidad en la que permanecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en especial los niños, *mujeres embarazadas* y ancianos, así como de su mortandad. ...“Como es común, en las comunidades indígenas carentes de tierra propia y adecuada, la situación de la salud empeora debido a que no poseen los alimentos necesarios para completar su dieta alimenticia”.

“177. En materia de derecho a la vida...el Estado *no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad*. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que *garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica*”.

“Nº 230... Tomando en cuenta lo anterior y a la luz de sus conclusiones en el capítulo relativo al artículo 4 de la Convención Americana, se dispone que “mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Esta-

647. Cfr. Protocolo de Estambul, párr. 161.

648. Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, supra, párr. 124, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, supra, párr. 132. Véase también, TEDH, M.C. Vs. Bulgaria, no. 39272/98, § 166, TEDH 2003-XII.

649. Para el tema, ver COOK, Rebecca y otros, *Salud reproductiva y Derechos Humanos*, Bogotá, ed. Profamilia, 2003; ALATORRE WYNTER, Edda, *Los derechos humanos de las mujeres usuarias de servicios de salud*, en GALEANA, Patricia (compiladora) *Mujer y constitución*, México, ed. Federación Mexicana de Universitarias, 1998, pág. 177.

650. COOK, Rebecca y otros, *Salud reproductiva y Derechos Humanos*, Bogotá, ed. Pro familia, 2003, pág. 14.

do deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres, acompañado de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres; c) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes...”

En otro caso contra Paraguay, referido a la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, del 17-6-2005, el tribunal dispuso:

“**221**...mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y *mujeres embarazadas*, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad...”

La misma idea fue expuesta en el caso de otros indígenas sin tierra del Paraguay (*Caso Comunidad indígena XákmokKásekvs. Paraguay*, 24-8-2010). La CIDH dijo: La extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna. Por ello, los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección”. La decisión condena al Paraguay a que provea:

a) Suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de

los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas y ancianos, acompañada de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres; c) atención médica especial a las mujeres que se encuentren embarazadas, tanto antes del parto como durante los primeros meses después de éste, así como al recién nacido; d) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes para asegurar una alimentación adecuada; e) instalación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en el asentamiento de la Comunidad, y f) dotar a la escuela de los materiales y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a la educación básica para los niños y niñas de la Comunidad, prestando especial atención a que la educación impartida respete sus tradiciones culturales y garantice la protección de su lengua propia. Para tales efectos, el Estado deberá realizar las consultas que sean necesarias a los miembros de la Comunidad.

b) La interrupción del embarazo como un servicio médico a cargo del Estado en los casos en los que esa práctica está despenalizada

Como es sabido, increíblemente, en pleno siglo XXI, Nicaragua y El Salvador, entre otros países, eliminaron de su legislación el “grave riesgo para

la vida y la salud de la mujer” como causal de despenalización del aborto. Tamaña absurdidad ha merecido que varios de esos países sean denunciados al sistema interamericano de Derechos Humanos por violar un derecho elemental de la mujer, cual es el derecho a la vida.

La CIDH no se ha pronunciado aun en ese caso, pero ha adelantado opinión en algunos aspectos en la causa *Artavia Murillo y otros c/Costa Rica del 28/11/2012*⁶⁵¹.

Por lo pronto, esa sentencia es un fuerte respaldo a la Corte Federal argentina cuando en el caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, el 13/3/2012, exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a “Implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”.

La Corte IDH convalidó esa decisión cuando sostuvo que no corresponde interpretar de modo restrictivo el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias (N° 423). La decisión es coherente con lo aconsejado por otros organismos internacionales. Así, por ej., el Comité de Derechos Humanos viene diciendo desde 2000 que: “Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado”⁶⁵². Diez años más tarde, concretamente,

651. Me he referido a esta sentencia, en coautoría con las Dras. Eleonora Lamm y Marisa Herrera, en los siguientes artículos, algunos de naturaleza meramente informativa: Fecundación in vitro: el caso Murillo, en Diario Los Andes, sección opinión, edición impresa del 15/1/2013; La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo, Columna de actualidad en la revista on line de Microjuris, cita MJN-68565; El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH, LL 2013-A-907. Con anterioridad, habíamos expresado los argumentos a favor de lo finalmente decidido por la CIDH, en El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común, LL 2012-D-925.

652. Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), pág. 14.

respecto a la situación argentina, el Comité expresó “su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo (artículos 3 y 6 del Pacto). El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal”⁶⁵³.

8. ¿Siempre es necesario penalizar para que los derechos humanos de las mujeres estén protegidos?

a) Planteo del tema

Dejo para el final una cuestión que me preocupa desde hace años, cual es si frente a una violación de un derecho humano, el derecho penal necesariamente debe entrar en juego ⁶⁵⁴.

La respuesta no es sencilla. Las víctimas siempre reclaman sanciones penales cada vez más severas, acciones imprescriptibles, etc. Reconozco que, en ocasiones, la lectura atenta de algunas decisiones de la CIDH da la sensación de que, para el tribunal, si no se sanciona penalmente al responsable, no hay verdadera reparación a la víctima.

En el caso *González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, 16/11/2009, la CIDH dijo:

“Nº 377. El Tribunal resalta que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer que ha sido probado en el presente caso. Si se permite

653. Comité de Derechos Humanos, “Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010, párr. 13

654. Compulsar ESPOSITO; Andreatana, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, ed. Giappichelli, 2008.

que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven”.

En mi opinión, el derecho penal no siempre es el instrumento adecuado; en muchas ocasiones, la reparación de las víctimas de estos ataques puede provenir de otras fuentes mucho más eficaces.

En esta posición, concretamente, para un supuesto de mala praxis médica, en *Albán Cornejo y otros v/ Ecuador*, del 22/11/2007, la Corte IDH dijo:

Nº 135. “La mala praxis médica suele ser considerada dentro de los tipos penales de lesiones u homicidio. No parece indispensable instituir tipos específicos sobre aquélla si basta con las figuras generales y existen reglas pertinentes para la consideración judicial de la gravedad del delito, las circunstancias en que éste fue cometido y la culpabilidad del agente”.

El voto razonado del juez Sergio García Ramírez, uno de los magistrados que mejor ha abordado esta difícil cuestión, dice:

“16. Es cierto que el Estado puede reconstruir la descripción típica que hace la norma internacional, reformulando algún elemento o trayendo otros, pero también lo es que esa reconstrucción no debiera significar la reducción del trato penal de los hechos, que es de obligatoria observancia para el legislador interno, sin perjuicio de que éste amplíe la protección penal del bien jurídico tutelado. Aquello plantearía una discontinuidad entre el deber estatal de cumplir la norma internacional de protección penal del bien o el derecho, y la decisión del legislador penal interno que fija el tipo. La discontinuidad pudiera significar incompatibilidad y generar, en su caso, responsabilidad internacional”.

b) La prescripción de la acción penal

Si se piensa que toda violación de un derecho humano debe tener como consecuencia una sanción penal, debe resolverse la cuestión relativa a si la acción debe ser siempre imprescriptible.

En *Albán Cornejo y otros v/ Ecuador*, del 22/11/2007, la CIDH dijo:

“Nº 111. La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado”⁵⁵⁵.

“Nº106. En el presente caso, no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de Imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales”.

“El voto razonado del Dr. García Ramírez aclara aún más la situación:

...29. La tutela de los derechos humanos frente a violaciones especialmente graves e insoportables, que pudieran quedar a salvo de sanción –diluyendo el deber de justicia penal derivado de la obligación de garantía que incumbe al Estado– ha llevado a excluir ciertos hechos del régimen ordinario de prescripción, e incluso de un trato prescriptivo más riguroso instalado sobre determinadas condiciones y plazos más prolongados, que tienden a mantener viva la potestad persecutoria del Estado.

...30. Ahora bien, esa imprescriptibilidad de la pretensión (y, en su caso, de la potestad de ejecución) no debiera extenderse a cualquier hipótesis delictuosa. La reducción o exclusión de derechos y garantías tiene carácter extremo en el examen sobre la pertinencia de mantener ciertos derechos tradicionales, cuando se quiere proveer, por aquel medio riguroso, a la mejor protección de otros derechos y libertades. La supresión de derechos acostumbrados debe ser, por lo tanto, excepcional, no regular o rutinaria, y vincularse precisamente con las más graves violaciones a los derechos humanos

655.Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; Caso; Almonacid Arellano Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 110; y Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 9, párr. 294.

(habida cuenta de la evolución contemporánea del orden jurídico internacional: Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional penal, con amplio desarrollo normativo y examen jurisprudencial y doctrinal).

9. Palabras de cierre

La jurisprudencia reseñada acredita que mal que les pese a los detractores del sistema de protección de los derechos humanos, la Corte IDH, al igual que su par el Tribunal Europeo, han sido instrumentos fundamentales para la mayor eficacia de las normas que tratan de impedir y sancionar la violencia contra la mujer.

9. LA LEY GÉNESIS DE LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Laura Cantore

Sumario:

1. El derecho a la identidad sexual en la República Argentina. 1.1. Identidad. Significados posibles. 1.2. Derecho a la identidad. Bloque constitucional. Génesis. 1.2.1. Génesis jurisprudencial. 1.3. El derecho a la identidad sexual. 1.3.1. El primer caso jurisprudencial en la democracia a favor del derecho a la identidad sexual: el caso “P., F. N” y el voto en minoría del Dr. Calatayud. 2. El Derecho de la Identidad de Género. 3. Los principios de Yogyakarta, la Observación n° 20 de los DESC y la Intersexualidad. 3.1. Los principios de Yogyakarta. 3.2. MERCOSUR y los Principios de Yogyakarta. 3.3. Observación n° 20 de los DESC. 4. La ley de Identidad de Género del Año 2012 en Argentina. 5. Conclusiones.

Resumen

En lo que sigue se intentará poner de manifiesto, que si bien la expresión Identidad de Género no aparece expresamente en el bloque constitucional argentino, esta noción se encuentra como remisión a Observaciones, Declaraciones y Principios - *softlaw* – que pertenecen al mismo, y que a través de la sanción de la ley de identidad de género se han convertido en *hardlaw*.

Palabras Clave

Identidad de Género- Bloque constitucional-*SoftLaw*- *HardLaw*

1. El derecho a la Identidad de Género en la República Argentina

En lo que sigue me propongo primero observar las dificultades para delimitar el significado de la noción de “identidad” en la Constitución Argentina, en especial en el denominado bloque constitucional⁶⁵⁶.

Para ello identifico algunos sentidos de la noción de identidad, recojo los que les atribuyen los miembros de la Convención Constituyente antes y des-

656. La República Argentina reforma su Constitución Nacional en el año 1994. A partir de la Reforma no sólo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos. Tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado el “Bloque Constitucional” ó un “Bloque de Constitucionalidad”

pués de la reforma de 1994 y realizo un recorrido jurisprudencial y legal para ver cómo se gesta la incorporación de este término como derecho, al bloque constitucional, en nuestro país.

Finalmente observo la génesis jurisprudencial del derecho a la identidad sexual ⁶⁵⁷ –fuertemente asociado al paradigma biomédico en la República Argentina para concluir visualizando la importancia de la Ley de Identidad de Género recientemente sancionada, con la advertencia de que su génesis se encuentra en la jurisprudencia y en el *soft law* argentino.

Entenderemos por softlaw a una serie de instrumentos nacionales e internacionales heterogéneos vgr. Principios, Declaraciones, Observaciones, etc., que revisten la doble condición de no ser vinculantes y a su vez tienen cierta relevancia jurídica, de forma tal de encarnar alguna forma de regla –rule-.

En contraposición al *soft law* se encuentra el *hard law* que no solo es vinculante para un individuo o grupo de individuos, si no que su condición de regla es incuestionable vg. Tratados de DDHH del bloque constitucional argentino (art. 75 inc.22)

1.1. Identidad. Significados posibles

La noción de “identidad” es, cuanto menos, compleja. Según el lenguaje corriente el término “identidad”⁶⁵⁸ del b. lat. *identitas*, significa tanto: 1. f. Cualidad de idéntico. 2. f. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. 3. f. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás. 4. f. Hecho de ser

657. No hay una definición unívoca de identidad sexual, como tampoco la hay sobre la noción Identidad de Género, aunque en el último caso ha tomado especial relevancia la sustentada en los Principios de Yogyakarta referida a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Una noción restringida de identidad sexual remite a factores biológicos y de auto percepción en relación al género atribuido al nacer en función del binario varón- mujer. Si bien ambos conceptos están relacionados, parece importante destacar que hasta la aparición en el derecho de la noción Identidad de Género, la discusión se centraba en esta definición limitada de identidad sexual que tenía que ver con el binario varón-mujer y la autopercepción del cuerpo como las dos posibilidades únicas de ser en el mundo, excluyendo otras posibilidades identitarias.

658. Diccionario Real Academia Española: Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt-Consulta?TIPO_BUS=3&LEMA=identidad.

alguien o algo, el mismo que se supone o se busca. 5. f.Mat. Igualdad algebraica que se verifica siempre, cualquiera que sea el valor de sus variables. Lo idéntico/ca. Significa también: 1. adj. Dicho de una cosa: Que es lo mismo que otra con que se compara. U. t. c. s., 2. Adjetivo.

Dado que la “identidad” en general, es un atributo de algo o alguien, habrá que determinar primero a quien o a que y por qué razones decimos que alguien tiene “identidad”, precisando el alcance y significado de la expresión.

El atributo “identidad” nos interesa en cuanto se refiere a las personas cualquiera sea la vivencia que auto-perciban de su cuerpo, coincidan o no con el estándar heteronormativo vinculado a los cariotipos XX (mujer) y XY (varón), lo que incluye a los intersex, sujetos con cariotipos y sistemas endocrinológicos que difieren de ese estándar.

Entendemos que todos los cuerpos humanos tienen “identidad” en sí misma y estipulamos que “identidad” significa el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a otros colectivos y con los que se autoperciben individual o grupalmente.

En este caso concreto los individuos o colectivos con un cuerpo diferente al estándar vgr. los *intersex*⁶⁵⁹ tienen “identidad” propia frente a los individuos o colectivos cuyos cuerpos pertenecen al estándar XX o XY, como también aquellos individuos que perciben su cuerpo con una identidad de género distinta a la que se les atribuyó al nacer con independencia de sus cuerpos y sus cariotipos.

Nos interrogaremos el significado que podemos inferir en nuestra legislación del derecho a la Identidad de Género de sujetos provenientes de la diversidad sexual, en general y de las personas intersex en particular, y nos detendremos a observar si la condición de intersexuales una posibilidad de

659. Cfr. Hausman, Bernice L. “Changing sex”, Duke University Press, Durham and London, 1995, ps. 72 y ss. “...” “Intersexuality” as a term was introduced into the diagnostic and descriptive lexicon in 1920 by the German researcher Richard Goldschmidt, who suggested that all mammalian hermaphrodites were really “intersexes”, having begun life as a one sex or the other only to undergo a sex reversal as an embryo. The time of the sex reversal in the development of the organism was thought to determine the extent of intersexuality. While Goldschmidt’s specific theory of the sex reversal has been refuted, his work remains significant, especially as the term intersexuality now coexists with the variants of hermaphroditism in the clinical literature...”.

ser en el mundo jurídico antes y después de la Ley de Identidad de Género.

Para contestar esta pregunta observaremos el contenido del derecho a la “identidad” en general en nuestra Constitución Nacional y emprenderemos luego la observación del alcance y cabida que la noción de “identidad” sexual ha tenido en nuestro sistema de normas.

1.2. Derecho a la identidad. Bloque constitucional. Génesis

El derecho a la “identidad” está previsto en nuestra Constitución Nacional. La noción “identidad” ingresa con jerarquía constitucional a nuestro sistema legislativo con la reforma del año 1994.

Se la consagra en el artículo 75, incisos 17 y 19.

El inc. 17 se refiere al derecho a la protección de la “identidad y pluralidad cultural” estableciendo entre las atribuciones del Congreso Nacional, dictar leyes que las protejan.

El inc. 19 –por su parte- reconoce el derecho a la “identidad” en el marco del desarrollo humano.

El art. 75, en el inciso 22, ingresa los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos la CDN.

En la CDN el derecho a la identidad personal aparece en:

- a) el artículo 17, inciso 1º: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”;
- b) el artículo 8º, inciso 1º: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley”; y
- c) el inciso 2, señala: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Por su parte la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”⁶⁶⁰ expresa en el artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al

reconocimiento de su personalidad jurídica”, concepto que se reitera en el artículo 3° de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica) ⁶⁶¹.

El Pacto de San José de Costa Rica, con respecto a uno de los aspectos que hacen a la “identidad” dispone en el artículo 18: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de alguno de ellos”.

Por su parte la legislación penal argentina reprime diversos delitos atentatorios de la identidad personal tales como la falsedad ideológica del documento de identidad (art. 239 CP), el abandono del menor (art. 106 a 108 CP), la falsificación del certificado médico del parto (art. 292 CP), entre otros.

La ley 24.410 ⁶⁶² incorpora al Código Penal la identidad del niño como bien jurídico protegido y penaliza al que por un acto cualquiera, hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años y el que lo retuviere u ocultare (art. 139 inc. 2 CP).

El Código Civil no cuenta con una norma específica y única para resolver el tema de la “identidad”.

La cuestión está contemplada en diferentes artículos, v.gr. el artículo 51 que define a las personas de existencia visible; los relativos a las personas por nacer (arts. 63 al 78); a las pruebas del nacimiento (arts. 79 al 88); todo el título referente a la filiación (arts. 240 a 263), etcétera, sin olvidar la conceptualización general de Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2312 ⁶⁶³.

Otras leyes consideran diferentes aspectos de la identidad del individuo, así: la ley del nombre (18.248 ⁶⁶⁴); la de adopción (ley 24.479 ⁶⁶⁵); la ley 23.511 ⁶⁶⁶

660. Ley 24.410. (Reforma el Código penal) Sancionada el 30/11/94, Promulgada por Decreto n°2332/94 del 28/12/94. Publicada en el BO el 02/01/95.

661. "Convención Americana sobre Derechos Humanos". Firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22/11/1969, aprobada por la República Argentina según ley 23.054, sancionada el 01/03/1984, promulgada el 19/03/1984, publicada en el B.O. el 27/3/1984. Forma parte del bloque constitucional en el art. 75, inc.22,2° ap., a partir de la reforma de la CN en el año 1994.

662. Ley 24.410. (Reforma el Código penal) Sancionada el 30/11/94, Promulgada por Decreto n°2332/94 del 28/12/94. Publicada en el BO el 02/01/95.

663. Cfr. nota de Vélez al art. 2312 CC en su parte pertinente: "... Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia

de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos; la ley 11.723⁶⁶⁷ de Propiedad Intelectual y sus reformas; etcétera.

Este panorama general de la forma que se incorpora el derecho a la identidad en la legislación argentina nos permite observar que este derecho a la identidad está previsto como un derecho a la “verdad”⁶⁶⁸, al conocimiento de lo verídico de la existencia humana.

del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza; más jurídicamente, ellas no hacen parte de sus bienes. Así, el que hace cesión de sus bienes a sus acreedores, no comprende en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder jurídico que se puede tener sobre una persona, y los derechos que de él le resulten no son bienes, aunque las ventajas que obtenga, den nacimiento a bienes. En la jurisprudencia sólo se considera bien lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito. El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alicuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código. Si es por la intención del propietario, es universitasfacti, si por el derecho universitasjuris. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario, por ejemplo, cuando un testador lega, a título singular, una parte de su sucesión...”

664. Ley 18.248. Nombre de las Personas. Sanción y Promulgación 10/06/69, Publicada el 10/06/69. Reformada por la ley 26.618 de reforma al matrimonio civil. Sancionada: 15/07/2010, Promulgada el 21/07/210 y publicada en el Boletín Oficial el 22/07/10

665. La ley 24.779 está incorporada al Código Civil en sus arts. 311 y ss. Deroga a Ley 19134 de adopción de menores BO 29.7.1971 y 26.8.1971

666. Ley 23511. De creación del Banco Nacional de Datos Genéticos. Sanción: 13/5/1987 Promulgación: 01/06/1987.B.O. 10/07/987. Reformada por la ley 26.548 Sancionada: 18/11/09, Promulgada: 26/11/09,Publicada: 27/11/09

667. Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. Sancionada el 26/09/1933. Promulgada el 28/09/1933. Publicada el 30/09/33

668. Lloveras Nora, Salomón Marcelo. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires 2009. p. 137 y ss.

1.2.1. Génesis jurisprudencial

Vale la pena detenernos en la noción de “identidad” en la jurisprudencia inmediata posterior a la llegada de la democracia en la República Argentina y hasta la reforma constitucional de 1994.

El “derecho a la identidad” como derecho a la “verdad” adquiere un impulso especial después de la dictadura militar de los años 1976-1983, cuando surge la necesidad de dar razones para investigar la identidad de los desaparecidos, hijos y nietos de las víctimas, toda vez que no existía previsión constitucional expresa a ese derecho, sin perjuicio de algunos derechos personalísimos relacionados con el derecho a la identidad, que ya encontraban sustento normativo en la CN, como el derecho a tener una familia ó el art. 33 de la CN de los derechos implícitos.

El derecho a la “identidad” se materializa primero por vía de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con resoluciones tales como la del 13 de noviembre de 1990⁶⁶⁹ que concede al derecho a conocer la “identidad” de origen un rango superior al estado de familia, y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia que no puede ser amputada o escamoteada⁶⁷⁰.

369. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “M., J.” 13/11/1990. LL 1991-B, 470 El voto subraya que la extracción compulsiva de sangre exige ejercer un cierto grado de violencia, aun mínimo, sobre el cuerpo, comportamiento que invade la esfera íntima, restringe la libertad en el aspecto esencial de la disponibilidad de aquél y lesiona la integridad física, bien jurídico merecedor de tutela en sí mismo. Admite, por lo tanto, una colisión entre la obtención forzada de la muestra sanguínea y las garantías enumeradas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, pero insuficiente para obstaculizar la valoración de la negativa como un indicio en perjuicio de quien la asumió. La doctrina de la Corte Nacional fue expuesta al resolver una cuestión fáctica de múltiples facetas jurídicas: se trataba inicialmente de un conflicto encarado en sede penal, estaban en juego la minoridad del urgido a prestarse a la pericia, los alcances de la representación del incapaz, la compatibilidad entre la determinación de la filiación biológica y la adopción plena. Todos problemas de máxima dificultad sumergidos en el ámbito de lo constitucional. La disidencia del ministro doctor Fayt se trazó sobre el derecho a la intimidad de quien no puede decidir eficazmente por su propia voluntad, dada su incapacidad absoluta de obrar, inclinándose por el interés del menor que juzgó coincidente con la producción de la prueba solicitada. Es indispensable recalcar la importancia de la disidencia del doctor Petracchi que se explaya sobre el derecho de toda persona a conocer su identidad, derecho incluido entre los no enumerados a que se refiere el art. 33 de la Constitución Nacional, ahora legalmente expresado desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas. Concluye el citado ministro en la imposibilidad de colisión entre esta garantía y las consagradas en los arts. 16 y 18 de la Carta Magna, que no resultan lesionadas por una diligencia de prueba destinada a esclarecer la identidad de origen de un sujeto.

670. Corte Suprema de Justicia de la Nación. M., J. 13/11/1990. LL 1991-B, 470

El derecho a la identidad antes de la reforma de 1994 era entendido como un derecho incluido entre los no enumerados, a los que se refiere el art. 33 de la Constitución Nacional.

En el año 1994 cuando la Convención sobre los Derechos del Niño adquiere jerarquía constitucional (arts. 75 inc. 22, CN) el derecho a la “identidad” de un niño como derecho a conocer su verdad personal, adquiere rango constitucional.

En idéntico sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en 1991 en autos “A., M. c. L., C.L.”⁶⁷¹.

Tal como señala Méndez Costa respecto a la sentencia pre consignada “... la novedad del fallo reside en la coincidencia de todos los ministros opinantes en el reconocimiento de la jerarquía constitucional del derecho a la “identidad” y en completarlo afirmando su relatividad, propia de todo derecho humano, al conjugarse simultáneamente con los derechos a la libertad, la integridad psíquico-física, a defenderse y a no inculparse...”.

En consecuencia, el derecho a la identidad como derecho constitucional específico, aparece entonces vinculado al genocidio de la dictadura militar ocurrido desde los años 76 y hasta la llegada del gobierno democrático en 1983.

A partir de ese momento la jurisprudencia comienza a pronunciarse sobre la necesidad de recuperar la “identidad” de jóvenes apropiados en su primera infancia.

Recién con la reforma constitucional del año 1994 el derecho a la identidad del niño y adolescente adquiere rango constitucional.

También en una dimensión diferente y profunda de la identidad, se le da reconocimiento expreso a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y se impone la obligación estatal de garantizar el respeto

671. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (C. S. Santa Fè). 1991/09/19, “A., M. c. L., C. L.”, comentado por Méndez Costa, María J., “Encuadre constitucional del derecho a la identidad”, LL 1992-D-536

a su “identidad” y a una educación intercultural de estos pueblos originarios (art. 75 inc. 17 CN).

Finalmente, en el marco del art. 75 inc. 19 CN, que norma el desarrollo social, se vuelve a mencionar la protección a la “identidad” y la pluralidad cultural.

1.3. El derecho a la identidad sexual

Afirmar que nuestra Constitución Nacional consagra el derecho a la “identidad”, no implica afirmar que este derecho a la identidad incluya el derecho a la “identidad sexual”, aunque tampoco lo excluye. Simplemente no lo consagra expresamente.

Tal como reseñamos, la recepción constitucional del derecho a la “identidad” en nuestro país es reciente.

La expresión “identidad” adolece de ambigüedad semántica⁶⁷² lo que permite en la práctica a los jueces reconocer o no el derecho a la “identidad sexual” y sus alcances.

La jurisprudencia argentina da cuenta que el reconocimiento a la “identidad sexual” está anclado en el paradigma heteronormativo y excluye la *intersexualidad* y muchas de las formas de la diversidad sexual⁶⁷³.

Esto se evidenció con el intenso debate de la ley 26.618⁶⁷⁴ de matrimonio igualitario donde la enérgica discusión legislativa puso de relieve hasta qué punto no se daba por sentado el derecho a la identidad sexual ni el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN) en relación a personas con orientaciones sexuales diferentes a la heteronormativa hegemónica.

672. La ambigüedad semántica ocurre cuando una palabra u oración tienen más de un significado. En el caso que analizamos la palabra identidad puede referirse a la identidad personal, social, cultural, étnica, de los pueblos originarios, sexual etc. Cfr. Nino, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del derecho. 2° Ed.ampliada y revisada- 13revisión. Bs. As. Argentina. Astrea-2005, p.245 y ss.

673. Cantore, Laura. Intersexualidad y DDHH. En prensa

674. Ley de Matrimonio igualitario 26.618. Sancionada el 15/07/2010, promulgada el 15/07/2010 y publicada el 22/07/10

Desde nuestra perspectiva la no inclusión del colectivo LGTTTIB⁶⁷⁵, y en especial de los *intersex* no es un problema solo de legislación.

Esta ausencia del colectivo de personas con diferentes Identidades de Género es un problema de interpretación del hecho “cuerpo”, la autopercepción de género de cada individuo y la aplicación del derecho por parte de nuestros Tribunales.

El derecho a la identidad sexual no fue hasta la aparición de la Ley de Identidad de Género fruto de un debate parlamentario receptado en leyes específicas.

Fue una creación doctrinaria y jurisprudencial sostenida por fuertes componentes culturales que se aferran a un paradigma heteronormativo que se diluía ante otras realidades.

1.3.1. El primer caso jurisprudencial en la democracia a favor del derecho a la identidad sexual: el caso “P., F. N” y el voto en minoría del Dr. Calatayud

La primera voz que registramos en la jurisprudencia argentina de la democracia, en orden a respetar el derecho a la identidad sexual es la del Dr. Calatayud, en el año 1989, con su voto en minoría en autos “P., F.N.”⁶⁷⁶ respecto a un caso de reasignación de sexo solicitado por un transexual.

Calatayud⁶⁷⁷ señala expresamente:

- a) que la transexualidad es una situación no contemplada por la ley y librada al prudente arbitrio de los jueces
- b) que ser transexual es una decisión libremente adoptada por un individuo
- c) que en la ciencia médica moderna no existe una noción univoca de lo que debe entenderse por sexo, brindándose distintos conceptos, resultando relevantes –entre otros- los de identidad sexual social del individuo e identidad psicosexual

675. Lesbianas, Gays, Travestis, Transexuales, TransgéneroIntersexualesy Bisexuales

676. C. Nac. Civ., sala E,31/03/89- P.,F, N. JA-1990-III,97 a 110

677. C. Nac. Civ., sala E,31/03/89- P.,F,N. JA-1990-III,97 a 110

d) que debe hacerse lugar al pedido de reasignación sexual

Este voto del Magistrado Dr. Calatayud, reiterado en citas de innumerables fallos y decisiones judiciales, referidas a la identidad sexual, importa por ser la primera oportunidad en que la justicia se pronuncia, aunque en forma minoritaria, a favor del derecho de la autodeterminación en materia de sexualidad.

2. El Derecho de la Identidad de Género

Hemos dicho que nuestro país no había consagrado en forma expresa hasta la Ley de Identidad de Género el derecho a identificarse con la autopercepción de lo que se vive como tal y que este derecho fue objeto de múltiples discusiones en orden a la igualdad de las personas prevista en el art. 16 de la CN.

Paradójicamente la República Argentina ha refrendado distintas Declaraciones ante la ONU, que en forma de “*soft law*” marcan un rumbo claro en orden a la identidad sexual y la identidad de género, tales como la Declaración de Nueva Zelanda⁶⁷⁸, la Declaración de Noruega⁶⁷⁹.

La “Declaración de Nueva Zelanda” del 26 de mayo de 2005, ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶⁸⁰ respaldada por treinta y dos países, solicita a la Comisión de Derechos Humanos una resolución sobre el tema, señalando 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

678. Declaración de Nueva Zelanda. 26/05/2005. Expresa que la orientación sexual es un aspecto fundamental de la Identidad de cada Individuo y una parte inseparable de la misma. Disponible en: <http://ilga.org/ilga/es/article/533>.

679. Declaración de Noruega. 01 /12/ 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>.

680. La Declaración de Nueva Zelanda 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.

deben ejercitarse diligentemente para prevenir, investigar, perseguir y castigar a quien cometa violencia contra cualquier individuo por razón de su orientación sexual”.

En esta Declaración de Nueva Zelanda ⁶⁸¹ se expresa que matar a un individuo por razón de su orientación sexual es una violación de los Derechos Humanos, señalando que perdonar tal discriminación es una de las peores formas de discriminación.

Esta es la primera vez que Argentina ingresa al escenario internacional de DDHH en materia de identidad de género firmando una Declaración que, pese a no ser vinculante, tiene mucha importancia en materia de derecho internacional.

Posteriormente ante el silencio de la Comisión de Derechos Humanos, en la tercera sesión del Consejo de Derechos Humanos, el embajador de Noruega, WeggerChr. Strommen, presentó la declaración sobre «las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género», en Ginebra el 1 de diciembre de 2006, conocida como la “Declaración de Noruega”⁶⁸², avalada por cincuenta y cuatro Estados, entre ellos Argentina y dieciocho miembros del Consejo.

En la “Declaración de Noruega” del 2006 señalaba que en recientes sesiones del Consejo se habían tenido noticias de violaciones de los derechos humanos por razón de orientación sexual e identidad de género, incluso con privación de la vida de estas personas.

Después de elogiar la atención prestada a estos asuntos por parte de los Procedimientos Especiales⁶⁸³, de los órganos de los tratados y de la sociedad

681. Declaración de Nueva Zelanda del 26/05/2005 <http://ilga.org/ilga/es/article/533><http://ilga.org/ilga/es/article/533>

682. La “Declaración de Noruega” del 01/12/2006, fue respaldada por Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la ex república yugoslava de Macedonia, Malta, México, Montenegro, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, la República Checa, la República de Corea, la República de Moldavia, Rumania, Serbia, Suecia, Suiza, Timor-Leste, Ucrania, Uruguay y Noruega.

683. Los Procedimientos Especiales son expertos en derechos humanos de carácter independiente que examinan cuestiones a nivel global o se centran en lugares determinados o en grupos concretos.

civil, en la “Declaración de Noruega” se hace un llamamiento a todos para que siguieran incluyendo las violaciones de los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género entre las preocupaciones de sus mandatos.

Considerando que los principios de universalidad y de no discriminación exigen que estos asuntos sean atendidos, se instaba al Consejo de Derechos Humanos a otorgar la debida atención a las violaciones de derechos humanos por orientación sexual e identidad de género, pidiendo al Presidente del Consejo que otorgara la posibilidad de discutir estos temas en una sesión futura del Consejo.

Además, esta Declaración de Noruega fue complementada por otra declaración presentada por Organizaciones No Gubernamentales denominada “Declaración de las Organizaciones No Gubernamentales sobre orientación sexual, identidad de género y Derechos Humanos”, en el mismo año 2006.

Dicha Declaración de las ONG precitada fue respaldada por diecinueve organizaciones⁶⁸⁴ y apoyada por otras cuatrocientas sesenta organizaciones de setenta países diferentes entre los que se incluye Argentina⁶⁸⁵.

684. La “Declaración de las Organizaciones No Gubernamentales sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Derechos Humanos”, del año 2006, fue presentada por Action Canadá for Population and Development; Amnesty International; Association for the Prevention of Torture; Association for Women’s Rights in Development; Canadian HIV/AIDS Legal Network; Center for Women’s Global Leadership; Confederazione Generale Italiana del Lavoro (New Rights Section); Development Alternatives with Women for a New Era (DAWN); Federation Internationale des Droits de l’Homme; Global Rights; Human Rights Watch; International Commission of Jurists; International Planned Parenthood Federation; International Service for Human Rights; International Trade Union Confederation; OMCT - World Organization Against Torture; Public Services International; Women for Women’s Human Rights - NEW WAYS; World Population Foundation.

685. Entre estos países estuvieron: Alemania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Camboya, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Filipinas, Fiji, Francia, Georgia, Guatemala, Guyana, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Italia, Kenia, Letonia, Macedonia, Malawi, Malta, México, Namibia, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, los Países Bajos, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Rumania, Federación Rusa, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Togo, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Venezuela, y Zimbawe.

Argentina comienza a dar una respuesta favorable ante la ONU en relación al reconocimiento y protección de las personas LGTB, desde el 2005, respaldando a la Declaración de Nueva Zelanda del año 2005 y la Declaración de Noruega del año 2006.

En este punto empieza a realizar acciones positivas en forma de firma de Declaraciones en un todo coherente con los principios constitucionales de igualdad jurídica y no discriminación que rigen nuestro ordenamiento jurídico, en especial desde la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 y la incorporación en el bloque constitucional de la Declaración de Derechos Humanos⁶⁸⁶, DESC⁶⁸⁷, Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos y Protocolo Facultativo⁶⁸⁸, Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación en contra de la Mujer⁶⁸⁹, Convención sobre los derechos del Niño⁶⁹⁰, etc.

Pese a lo auspicioso de estas Declaraciones, Convenciones y Pactos, para el

686. Declaración de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. No contempla una ley del congreso nacional que le de aprobación ni un acto de ratificación posterior por el Ejecutivo Nacional, tal como ocurre con los pactos y convenciones ya que las declaraciones no son instrumentos vinculantes de derecho internacional, sino determinado consenso de la comunidad internacional sobre un tema. No obstante adquiere jerarquía constitucional a partir de su inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, incorporado a la misma en el año 1994.

687. DESC: Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son aquellos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas. Tradicionalmente las organizaciones de derechos humanos se ocuparon de los derechos civiles y políticos, en los últimos años ha cobrado fuerza la idea de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Se considera entonces que si no se garantizan los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos no podrán ser respetados ni protegidos. El principio de indivisibilidad ya se encontraba consagrado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. En 1966 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y se creó el órgano encargado de controlar las obligaciones de los estados firmantes (Comité de DESC).

688. Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos y Protocolo Facultativo. Firmado en la ciudad de Nueva York, EE.UU, el 19/12/1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313. Sancionado el 17/04/1966, Promulgado el 06/05/1986. Publicado en BO el 13/05/1986. Publicada en BO el 13/05/1986. Incorporado al bloque constitucional en el art. 75 inc.22 en la reforma de la CN del año 1994.

689. Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, también conocida como CEDAW. Aprobada por la Res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979, suscripto por la República Argentina el 17/07/1980, aprobada según ley 23.179, sancionada el 8/05/1985, publicada en el BO el 03/06/1985.

690. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York, EE.UU el 20/11/1989. Aprobada por Ley 23.849 sancionada el 27/09/1990. Promulgación el 16/10/1990. Publicada en BO 22/10/1990. Incorporado al bloque constitucional en el art. 75 inc.22 en la reforma de la CN del año 1994.

colectivo LGTB⁶⁹¹, es importante señalar que estas no incluían la noción de intersexualidad, toda vez que en la base de los reclamos identitarios, se encuentra una polisémica y confusa noción de género que se sigue sustentando en los binomios hombre /mujer; una persona/ un sexo.

3. Intersexualidad y los principios de Yogyakarta, la recomendación del MERCOSUR en relación a los Principios de Yogyakarta y la Observación n° 20 de los DESC

Tal como venimos señalando la *intersexualidad* no forma parte de la agenda de los tradicionales problemas de género.

Analizaremos a continuación los instrumentos jurídicos que preservan de alguna manera a las personas *inter sexy* que nuestro país suscribió en forma de *soft law*.

La relevancia de estas declaraciones o recomendaciones, surge porque la Argentina las ha suscripto.

3.1. Los Principios de Yogyakarta

Estos Principios de Yogyakarta⁶⁹², cuya denominación completa es “Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género” están expresados en veintinueve líneas directrices, sumándose un capítulo de recomendaciones adicionales.

Emergen en concordancia con los estándares y legislación internacional sobre derechos humanos y refuerzan las nociones de no discriminación por Identidad de Género y orientación sexual.

El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar las protecciones a los Derechos Humanos a las personas LGTIB.

El documento fue elaborado a petición de LouiseArbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el período

691. LGTB, es la sigla bajo la que se agrupan Lesbianas, Gays, Travestis y Bisexuales

692. Consultado en http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf

do 2004-2008 y se redactó en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y derecho internacional de varios países. Entre ellos se encontraban Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU, integrantes de los órganos de la ONU que dan seguimiento a los tratados, jueces, académicos y activistas por los Derechos Humanos.

Se presentó el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. El origen más inmediato del documento está en el llamamiento que hicieron 54 Estados en dicho Consejo en el año 2006, para que se respondiera ante las graves violaciones de derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transexuales o transgénero, e intersexuales que se dan habitualmente en numerosos países.

Se refieren expresamente el supuesto de ablación genital cuando prescriben que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género” (Principio 3); todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental (Principio 16).

Proclaman que los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas tengan acceso a establecimientos, productos y servicios para la salud así como a sus propias historias clínicas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y garantizarán que ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos” (Principio 17).

La asunción por parte del Consejo de la ONU de tales Principios es un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas intersex.

3.2. MERCOSUR y los Principios de Yogyakarta

El MERCOSUR se ocupa expresamente de los Principios de Yogyakarta. Esta no es una cuestión menor ya que el MERCOSUR ⁶⁹³ es de suma importancia en nuestra región.

Desde la suscripción del Tratado de Asunción, los Estados Partes del MERCOSUR ⁶⁹⁴ se han preocupado especialmente por los aspectos sociales de integración del proceso, considerando que la ampliación de las actuales dimensiones de mercados nacionales constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social.

La dimensión social del MERCOSUR ⁶⁹⁵ se ha visto así fortalecida por la creación del Instituto Social del MERCOSUR (ISM), mediante la Decisión CMC N° 03/07 ⁶⁹⁶, tendiente a fortalecer el proceso de integración y promover el desarrollo humano integral.

393. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en portugués Mercado Comum do Sul (Mercosul), en guaraní Nemby Nemuha es una unión subregional integrada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con Bolivia y Venezuela en proceso de incorporación. Tiene como países asociados a Chile, Colombia, Perú y Ecuador. Fue creado el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción. El 4 de julio de 2006 se suscribió un Protocolo de Adhesión mediante el cual Venezuela se constituyó como Estado Parte. No obstante, este instrumento de adhesión aún no ha entrado en vigor debido a que hasta la fecha no ha sido ratificado por todos los parlamentos de los firmantes, por lo que su vinculación legal al bloque sigue siendo como Estado Asociado. El senado de Brasil aprobó dicho ingreso en diciembre de 2009, faltando solo la aprobación del parlamento de Paraguay. Si bien el tratado de creación fue firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991, hay quienes sostienen que la creación efectiva ya se había producido el 30 de noviembre de 1985, fecha de la Declaración de Foz de Iguazú que selló un acuerdo de integración bilateral entre Argentina y Brasil. A su vez, su existencia como persona jurídica de Derecho Internacional fue decidida en el Protocolo de Ouro Preto, firmado el 16 de diciembre de 1994, que entró en vigor el 15 de diciembre de 1995.

694. Cfr. Dreyzin de Klor, Adriana; Harrington, Carolina, “Las opiniones consultivas en el MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”. En “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Publicación cuatrimestral. I. Derecho Civil. I Hector Alegría dir. II. Jorge Mossetlturraspe, dir. Ed. RubiznalCulzoni. Santa Fé. 2007, p.551 y ss.

695. Cfr. Dreyzin de Klor, Adriana. “El MERCOSUR: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado” En “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Publicación cuatrimestral. I. Alegría Héctor. I. Derecho Civil. Ed. RubiznalCulzoni. Santa Fé. 1994 p.489 y ss.

696. Decisión 003/2007. Instituto Nacional del MERCOSUR. Aprobada por el Consejo del Mercado Común (CMC) el 18/01/2007, en Rio de Janeiro en la Reunión del Consejo del Mercado Común (CMC) - XXXII – Ordinaria- Consultado en: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=655&site=1&channel=secretaria&seccion=2

A fin de consolidar la promoción de los Derechos Humanos como base del proceso de integración, el Consejo del Mercado Común aprobó la Decisión N° 32/09 que aprueba el Acuerdo Sede del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos IPPDDHH, que permitirá su funcionamiento en la ciudad de Buenos Aires ⁶⁹⁷.

En la X Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR ⁶⁹⁸ y Estados Asociados, realizada en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, con la presencia de delegaciones de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay, la República de Bolivia, República de Chile, la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela, se estudian los informes sobre Discriminación, Racismo y Xenofobia.

Se inició el tratamiento del tema realizando un informe sobre los debates llevados a cabo en el Grupo de Trabajo sobre Discriminación y se informa sobre la realización de la primera reunión del Subgrupo de Trabajo sobre Diversidad Sexual e Identidad de Género que contó con una gran participación de representantes de la sociedad civil. Finalmente se dio lectura a las recomendaciones elaboradas por el Subgrupo de Trabajo a efectos de que sean recogidas por las Altas Autoridades. Dicho documento de recomendaciones se refiere entre otros a los siguientes temas:

- Los Principios de Yogyakarta
- El Fortalecimiento de las instancias institucionales que en cada país realizan el seguimiento de los temas de discriminación.
- El Anteproyecto de Convención Americana sobre Discriminación.

En definitiva el MERCOSUR ⁶⁹⁹ hace suyas las sugerencias de la red LGTB recomendando a los países integrantes que hagan suyos los principios de Yogyakarta.

697. Consultado en: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=655&site=1&channel=secretaria&seccion=2

698. Consultado en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur/reuniones_ant.html

699. Consultada en: <http://es.scribd.com/doc/62419088/%E2%80%9CReflexiones-preliminares-sobre-discriminacion-ciudadania-y-politicas-publicas-en-el-Mercosur%E2%80%9D-Hacia-una-ciudadania-plena-INADI>

3.3. Observación General n° 20 de los DESC

La Observación General N° 20⁷⁰⁰, de julio de del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) establece la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género y establece expresamente:

“En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

Si bien las Observaciones Generales no tienen carácter vinculante, suelen ser seguidas por los Estados.

En un lúcido trabajo el Dr. Andrés Rossetti⁷⁰¹ reflexiona sobre el valor que tienen en el derecho argentino las diferentes decisiones que toman los distintos organismos que monitorean los tratados de derechos humanos que el país ha ratificado y que, muchos de ellos, cuentan con “jerarquía constitucional”. Plantea que frente a la enorme cantidad de nuevas fuentes de derecho, es necesario reflexionar sobre el lugar y valor que cada una de ellas tiene en nuestro ordenamiento, presentando un esquema en el que destaca el valor de

700. Observación General n°20 de los DESC: E/C.12/GC/202 de julio de 2009 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales 42° período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009, Tema 3 del programa http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/20_no_discriminacion.pdf

701. Rossetti, Andrés. Sobre el valor de las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos en el derecho argentino. Anuario XII (2009-2010). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, 1° Ed. La Ley, Bs.As. 2009, p.123 y ss. Disponible en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/archivo/cinvest/anuario-12.pdf>

los diferentes tipos de decisiones de los organismos regionales y universales en el ordenamiento jurídico argentino. Rossetti afirma que la regla es que se deben respetar todas las decisiones de todos los órganos que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos, diferenciando los variados y distintos pronunciamientos posibles.

Para el autor se ha producido una ampliación de las fuentes en materia de derechos humanos toda vez que las normas —incluyendo no solo los textos de los tratados, sino todas las decisiones derivan de ellos, o sea las normas que producen los organismos —generalmente creados por ellos— y que monitorean su cumplimiento, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento como fuentes del mismo. Las decisiones en cuestión de “casos” (“denuncias”, “peticiones” o “comunicaciones”) individuales son fuente para el caso, pero también valen como precedentes para nuevos casos, y las Observaciones Generales —u Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, las Observaciones Conclusivas, los informes temáticos o por países, y demás documentos que emanan de los órganos que controlan los tratados que el país ha ratificado también comportan fuentes de nuestro derecho.

Para el autor será tarea, entonces, de quienes “hacen” el derecho argentino el usar estas herramientas/fuentes en el sentido correcto, como así también dependerá de cómo evolucionen los sistemas regional y universal de derechos humanos, junto con otros aspectos de las relaciones internacionales, lo que nos llevará, hacia un mundo cada vez más globalizado —también en lo jurídico— y con ello más igualitario y más democrático. Sea lo que sea, afirma, tenemos que conocer estas fuentes y aplicarlas, bajo pena de incumplir el derecho vigente.

La Observación General n° 20 tiene mucha relevancia porque es la primera oportunidad histórica que en que se incorpora la expresión intersexoasociada a un Pacto —los DESC— que forman parte del bloque constitucional.

4. La ley de Identidad de Género

La ley de Identidad de Género ⁷⁰² se compone de 14 artículos referidos a

702. Ley 26.743. Derecho a la Identidad de Género de las personas. Sanción 09/05/2012, Promulgación 23/05/2012, Boletín Oficial 24/05/2012

Derecho a la identidad de género Art.1°, Definición de identidad de género (Art.2°), Ejercicio (Art.3°); Requisitos (Art.4°), Personas Menores de Edad (Art.5°), Trámite (Art.6°), Efectos (art.7°), Numero de rectificaciones registrales con y sin autorización judicial (Art.8°), Confidencialidad (Art.9), Notificaciones (Art.10), Derecho al libre desarrollo personal (Art.10), Trato Digno (Art.12),Aplicación (Art.13), Derogación (Art.14) del art. 19 de la ley 17.132 (Régimen legal del ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares de las mismas) y uno de forma.

Los pilares que la sustentan son:

- a. Derecho a la Identidad de Género como identidad auto-percibida con independencia del cuerpo y de las anotaciones registrales pre-existentes.
- b. Libre desarrollo de la persona
- c. Autonomía personal
- d. Capacidad progresiva
- e. Consentimiento informado
- g. Interés superior del niño o niña
- h. Predominancia de la identidad auto-percibida sobre intervenciones quirúrgicas no deseadas.
- i. Gratuidad

En cuanto a la definición de Identidad de Género se utiliza textualmente la que proponen los Principios de Yogyakarta ⁷⁰³ en su Introducción es decir: “La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” Se distingue entre la situación de mayores y menores de edad aunque en ambos casos el trámite podrá realizarse una sola vez sin autorización judicial (art.4). En caso de reiterarse deberá ser ante el juez competente (art.3). La ley reconoce la capacidad progresiva de los menores de edad.

703. Consultado en: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf

En este sentido la ley distingue dos supuestos de rectificación registral: mayores y menores de edad (art.4)

4.1. Mayores de edad (art.4)

Los mayores de edad que soliciten la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, deben observar los siguientes requisitos:

1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad.
2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.
3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.

En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

4.2. Menores de edad (art.5)

En el supuesto de personas menores de edad (art 5°) se prevén dos situaciones.

4.2.1. Cuando hay acuerdo entre menor y representantes legales

En este caso deberá:

- a) ser efectuada a través de los representantes legales,
- b) con expresa conformidad del menor
- c) teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- d) Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061.

No se prevé el supuesto de desacuerdo del Abogado del Niño.

4.2.2. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor

de edad

En este caso deberá:

- a) Recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan,
- b) Tener en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Entendemos que existen omisiones preocupantes en relación a los niños intersex toda vez que no hay previsiones expresas que impidan intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo a los bebés intersex, lo que puede causar graves disturbios en su crecimiento.

En este sentido consideramos que si bien la ley es un avance muy importante, debió manifestarse claramente y sin equívocos que ni los jueces, ni los padres, ni los médicos son propietarios del cuerpo de un niño intersex, y en este sentido no pueden ser intervenidos quirúrgicamente mientras no puedan expresar su consentimiento informado en la medida en que no haya peligro para su vida ni su salud.

En cuanto al trámite registral cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5° el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento procederá a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios y expedirá un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila.

Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma. (Confidencialidad)

Los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor

o abogado. (Gratuidad)

En cuanto a los efectos (arts. 7, 8 y 9) de la rectificación registral:

- a) Son oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s
- b) la rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.
- c) En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.
- d) La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial (Art.8)
- e) Confidencialidad. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada (art.9)
- f) No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos.
- g) Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la ley 18.248.
- h) Notificaciones. El Registro Nacional de las Personas informará el cambio de documento nacional de identidad al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral correspondiente para la corrección del padrón electoral y a los organismos que reglamentariamente se determine, debiendo incluirse aquéllos que puedan tener información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado (Art.10)
- i) Derecho al libre desarrollo personal. (Art. 11) Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1º de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.
- j) Acceso a los tratamientos integrales hormonales: No será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación geni-

tal total o parcial.

- k) En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona.
- l) En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.
- m) Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce ⁷⁰⁴.
- n) Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

10. Riesgos de esta ley

Entendemos que subyace un concepto binario de la Identidad de Género aun cuando se pueda remitir la noción a la de femineidades y masculinidades y esto implique pluralidades de lo femenino y lo masculino. Las discusiones actuales en torno al término género tienden a la deconstrucción de la noción a fin de poder visibilizar realidades que no tienen que ver con “las femineidades” o “las masculinidades”.

La comprensión de la diversidad sexual implica incorporar nociones como trans ⁷⁰⁵, personas que no presentan correspondencia entre su sexo y su género, vgr. travestis, y transgéneros ⁷⁰⁶, aquellas personas que cuestionan la necesidad de escoger entre los roles femeninos y masculinos, y no consideran necesaria la modificación corporal en particular de sus genitales.

704. Se discute actualmente si es el estado quien debe garantizar el acceso a los tratamientos quirúrgicos hormonales en su totalidad.

705. Cfr .Helén, Adrián; Piloto,Alba. Cuerpos equivocados. Hacia la comprensión de la diversidad sexual. Paidós.Argentina.2012, p.229 y ss.

Resulta paradójal que la identidad de género sea la autopercebida y por otro lado que mucha gente pueda percibirse como fuera de las categorías tradicionales de género.

También preocupa la inexistencia de una norma expresa que proteja a los niños intersex de intervenciones médicas tempranas que puedan ser nocivas en su vida adulta. La ley no ha previsto ni sugerido protocolos de actuación médicos en este sentido.

Sin perjuicio de mantener el tradicional binario para quienes así lo deseen, la militancia LGTTTIB da cuenta de personas que defienden su identidad de género como Lesbianas, Travestis, Intersexuales y en este sentido deberá predominar el segundo párrafo del art.13 de la ley 26.743 en cuanto dispone: “...Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo...”, aunque parece que las precisiones de esta ley deberán resolverse una vez más por vía jurisprudencial. Debemos estar atentos a lo que suceda.

11. Conclusiones

La hipótesis que se defendió en este trabajo es que la génesis del Dere-

706. Cfr .Helén, Adrián; Piloto,Alba ya citado.

cho a la Identidad de Género en la República Argentina, se sustenta en la jurisprudencia y el softlaw que remiten tanto a Observaciones, Principios y Recomendaciones vinculadas con nuestro bloque constitucional.

En este sentido los Principios de Yogyakarta por ejemplo, fueron elaborados por un “Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género” formado ad hoc. Si bien no fueron elegidos por gobierno alguno, es fácil verificar que los principios que sustentan tienen su correlato en tratados con jerarquía constitucional. Las máximas del derecho al disfrute universal de los derechos humanos, derechos a la igualdad y a la no discriminación, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la seguridad personal, derecho a la privacidad, derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, protección contra abusos médicos, derecho a formar una familia, derecho a promover los derechos humanos, parecen incuestionables en un estado de derecho.

Sin embargo hasta la aparición de esta ley, estos derechos no eran reconocidos a quienes diferían por su identidad de género del modelo heteronormativo hegemónico.

La Observación n°20 de los DESC ya mencionada, también es reconocida como softlaw, tanto como la Recomendación del Mercosur para el estudio de los Principios de Yogyakarta.

La República Argentina ha recorrido un largo camino desde el voto minoritario de Calatayud hasta la recientemente sancionada Ley de Identidad de Género. Antes de esta ley no se constataban normas en nuestro sistema jurídico que establecieran explícitamente un derecho a la identidad de género y esta cuestión dependía de una decisión discrecional del órgano de aplicación.

Aun así nuestra legislación sigue careciendo de previsión expresa respecto a los recién nacidos intersexuales, o a la posibilidad de que alguien quiera obtener un reconocimiento registral distinto a “F” ó “M”.

Las normas del bloque constitucional –incluyendo no solo los textos de los

tratados, sino todas las decisiones que derivan de ellos, o sea las normas que producen los organismos—generalmente creados por ellos y que monitorean su cumplimiento, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento como fuentes del mismo. Tenemos que conocer estas fuentes y aplicarlas, bajo pena de incumplir el derecho vigente y comprometernos con la noción de diversidad sexual que es mucho más compleja que afirmar la existencia de femineidades y masculinidades.

BIBLIOGRAFIA

- Dreyzin de Klor, Adriana. “El MERCOSUR: generador de una nueva

fuerza de derecho internacional privado”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Publicación cuatrimestral. I. Alegría Héctor .1. Derecho Civil. Ed. RubiznalCulzoni. Santa Fé. 1994

- Dreyzin de Klor, Adriana; Harrington, Carolina, “Las opiniones consultivas en el MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”. En “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Publicación cuatrimestral. 1. Derecho Civil I. Héctor Alegría dir. II. Jorge MossetIturraspe, dir. Ed. RubiznalCulzoni. Santa Fé. 2007

- Hausman, Bernice L. “Changing sex”, Duke University Press, Durham and London, 1995

- Helén, Adrián; Piloto,Alba. Cuerpos equivocados. Hacia la comprensión de la diversidad sexual. Paidós.Argentina. 2012

- Lloveras Nora, Salomón Marcelo. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires 2009. p. 137 y ss.

- Nino, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del derecho. 2º Ed. ampliada y revisada- 13revisión. Bs. As. Argentina. Astrea. 2005

- Rossetti, Andrés. Sobre el valor de las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos en el derecho argentino. Anuario XII (2009-2010). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, 1º Ed. La Ley, Bs.As. 2009, p.123 y ss. Disponible en <http://www.derecho.unc.edu.ar/archivo/cinvest/anuario-12.pdf>, consultado el 3 de junio de 2012

- C. Nac. Civ., sala E,31/03/89- P.,F,N. JA-1990-III,97 a 110

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “M., J.” 13/11/1990. LL 1991-B, 470

- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (C. S. Santa Fé). 1991/09/19, “A., M. c. L., C. L.”, comentado por Méndez Costa, María J., "Encuadre constitucional del derecho a la identidad", LL 1992-D-536



20^o

Anniversario

Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"



"Monográfico en Derecho de Familia y Derechos
de la Niñez-adolescencia"