

SÉPTIMA JORNADA DE BIOÉTICA

# **El Futuro de la Institución Matrimonial**

Dra. Úrsula C. Basset

Florencio Varela, 11/6/2005

# 1 Introducción

Soplan nuevos vientos en la familia. La institución familiar, así como la conoció la sociedad occidental cristiana en los últimos 25 siglos, parece haber entrado en una crisis.

Dada la convocatoria multidisciplinaria de estas Jornadas, se ha optado por presentar un panorama de las tendencias de la institución matrimonial en el Derecho de Familia actual.

Hay que decir que la primera tendencia del Derecho de Familia es la interacción con otras ciencias, de las que obtiene premisas que permiten un renovado abordaje de su objeto propio. Hoy día los juristas familiares entienden que la familia es un fenómeno complejo, que puede debe ser abordado desde perspectivas múltiples. Por ello, con renovada humildad recurren a la psicología, a la historia de la institución y a la sociología de la familia. Pero esto no es suficiente. Se impone acudir a una perspectiva política de la familia, y en última instancia a la antropología y a la ética, a las cuales el Derecho se encuentra epistemológicamente subordinado.

Es así que, si bien la perspectiva de esta exposición es jurídica, no podrá prescindir del dato aportado por las ciencias vinculadas al Derecho.

## 2 El Matrimonio

Actualmente se descubren las siguientes tendencias en la legislación y la jurisprudencia matrimonial

### ***2.1 El dato sociológico. Descenso de la tasa de nupcialidad y aumento de las uniones consensuales. Aumento de la divorcialidad.***

En la Argentina se ha observado en las últimas décadas un lento pero sostenido descenso de la nupcialidad (civil). Este fenómeno se corresponde con experiencias semejantes de países europeos. Este descenso se ha visto matizado por el notorio incremento de las uniones concubinarias, fenómeno igualmente paralelo a lo que puede constatar en países europeos. Veamos las estadísticas:

a. *Descenso de la nupcialidad.*

1. Se observa en la Argentina un descenso lento pero sostenido de la tasa bruta de nupcialidad<sup>1</sup>. Si en 1942 la tasa total del país consistía en 8,8 en 1995 esta tasa había descendido a 4,3. El piso de este descenso es aun desconocido.<sup>2</sup> (Ver cuadro).

2. Si se comparan el porcentaje matrimonio/población en un rango pequeño, por ejemplo 1991-2001, puede advertirse un descenso en el porcentaje de matrimonios del orden del 8,9% en apenas 10 años. (Ver cuadro)

b. *Aumento de la consensualidad:*

3. Entre tanto, se observa un aumento de la "consensualidad" ("uniones consensuales" son las que también se denominan "concubinato" "unión de hecho" o eventualmente en la Ciudad de Buenos Aires, "uniones civiles"). Este aumento entre 1980 y 1991 había sido del orden del 57,1 % en el Total del País, del 72,5% en el Conurbano Bonaerense y del 60,3% en la Ciudad de Buenos Aires<sup>3</sup>. En la década de 1991 a 2001 el aumento de de la consensualidad resultó en un 50% en el Total del País (Ver cuadro).

4. Si se desglosa este aumento según estratos sociales, puede comprobarse que el grueso del aumento ha sucedido en los estratos medios y profesionales, ámbito en el que anteriormente la pareja se resolvía en un matrimonio<sup>4</sup>. En los primeros siglos de nuestro país, el fenómeno de la cohabitación de parejas estaba reducido a los estratos sociales más pobres. Este fenómeno parece haberse extendido a los estratos culturales medios y profesionales.

c. *Aumento de los divorcios en relación a los matrimonios.*

5. El divorcio aparece en escena recién a partir de la sanción de la ley 23.515 (t. o. 1987). A partir de allí comienza a medirse la cantidad de divorcios. Según los datos que proporciona la conocida socióloga SUSANA TORRADO, en 1987, se verifican 13.000 divorcios, en 1988, 18.000, en 1989,

---

<sup>1</sup> Se trata de una tasa que se obtiene dividiendo el número total de matrimonios de un año por la población del país en la mitad de ese mismo año.

<sup>2</sup> Fuente: TORRADO, Susana, *Historia de la Familia en la Argentina Moderna*, Buenos Aires, 2003, Ed. La Flor. La Dra. TORRADO es investigadora del CONICET, y ella ha diseñado las matrices para los dos últimos censos nacionales. Tiene numerosos trabajos publicados, algunos de los cuales adolecen de alguna parcialidad ideológica.

<sup>3</sup> Fuente: INDEC, Totales País 1980/1991. Razón de consensualidad de las uniones a) en la población total y Total del país y Regiones.

<sup>4</sup> TORRADO, Susana, *Historia de la Familia en la Argentina Moderna*, Buenos Aires, 2003, Ed. La Flor, p. 273 y passim.

12.000; en 1990 y 1991 se mantiene en los 8.000, y desde 1993 hasta 1998 el número de divorcios ronda los 6000.

6. Según estos datos, desde la sanción de la ley y hasta 1998 se divorciaron aproximadamente unos 95.000 matrimonios (es decir, 190.000 personas).<sup>5</sup> Es importante la medida acumulativa puesto que dimensiona la incidencia social del fenómeno. Sin embargo, estas cifras no pueden ser exactas (están disminuidas). La prueba de ello surge de los censos: en 1991 la cantidad de personas divorciadas era de 180.704 (sin contar a separados ni "reincidentes" o vueltos a casar). En 2001, esta cifra había aumentado hasta el número de 416.227<sup>6</sup>.

7. Debe tenerse en cuenta, que de los divorciados, muchos vuelven a casarse o se unen en una relación concubinaria. En el censo quedan registrados según su nueva unión y no según su estado civil.

8. La relación porcentual entre divorcio/matrimonio (porcentaje de divorcios por matrimonio se ha mantenido desde 1990 en adelante en una media de 36-37%. Esto equivale a decir que aproximadamente por cada 2,6 matrimonios que se contraen por año, uno se divorcia.

9. Tanto en Argentina, como en otros países similares al nuestro, se ha constatado que los hijos no son óbice para la ruptura matrimonial. El divorcio flagela por igual a familias con hijos y sin ellos.

10. Un último dato a tener en cuenta son los daños colaterales producidos por la incidencia del divorcio. Este dato suele ser omitido por los análisis sociológicos. La frecuencia del divorcio forma parte del imaginario social. El matrimonio es visto como inestable. Esto fue advertido con mucha inteligencia en recientes reformas legales en Estados Unidos. La facilidad del divorcio conspira contra la nupcialidad y la tasa de natalidad, porque nadie quiere asumir compromisos si sabe que estos son inestables, y que su compromiso no va ser tutelada en el matrimonio.

#### *d. Explicaciones posibles*

11. La sociología explica la ruptura del modelo tradicional familiar fundamentalmente a través de dos variables: la inserción laboral de la mujer<sup>7</sup> y la tendencia autonómica e individualista<sup>8</sup> predominante en los últimos siglos.

---

<sup>5</sup> Fuente: Estadísticas Vitales

<sup>6</sup> Fuente: INDEC

<sup>7</sup> JELIN, Elizabeth, *Pan y Afectos. La transformación de las familias*, Buenos Aires, 1998, Fondo de Cultura Económica, p.30-31.

<sup>8</sup> JELIN, Elizabeth, *Pan y Afectos. La transformación de las familias*, Buenos Aires, 1998, Fondo de Cultura Económica, p. 21.

La sociología sostiene, que el trabajo de la mujer ha insertado una cuña en el modelo tradicional en el que la mujer se quedaba en su hogar, dedicaba su tiempo a su esposo y a sus hijos. La inserción laboral habría significado una pérdida insustituible para la unidad familiar, puesto que la mujer constituía el núcleo aglutinante de los integrantes de la familia. El abandono del hogar habría tenido incidencia fundamental en los hijos, que tienden a una maduración retardada, una adolescencia extendida y un mayor grado de conflictividad. La comunidad creada por el tiempo que dedicaba la mujer al hogar, se evapora, y sólo quedan escasos minutos al día en las horas agotadas del retorno del trabajo. La falta de comunicación entre los integrantes habría favorecido la fragilización del matrimonio<sup>9</sup>.

12. Otra variable es la **autoafirmación individualista** de los miembros de una familia (y de la sociedad). La historia del pensamiento filosófico sitúa el origen del individualismo en el nominalismo ockamista. Su plasmación histórica más nítida es posiblemente la Revolución Francesa y sus ecos.

13. En el Derecho, se ha verificado la hiperinflación de derechos individuales nacida de las primeras Declaraciones de Derechos (Inglaterra fue precursora), que exacerbaban la autonomía de las personas y sus prerrogativas individuales y subjetivas contra el Estado.

14. Es notable que la exacerbación individualista menoscabó la posición de las personas frente al Estado Moderno. La idea de la existencia de sociedades intermedias y la limitación del Estado a reglas derivadas del bien común político y el bien común sobrenatural mantenían a raya a los gobernantes. Hoy día el individuo se enfrenta sólo a un Estado burocrático, cuyo fin no es ya el bien de la comunidad, sino la decisión mayoritaria (que puede ser errónea).

15. En la Familia esto se ha traducido en la oposición de intereses entre sus miembros. Ya no se considera a la familia como una unidad a la que sus miembros deben someterse para su bien. No se entiende a la familia como un bien al que deben subordinarse sus integrantes para su realización. Sino que la familia se ha convertido en lugar de controversias: los derechos de la mujer contra los del marido, los de los hijos contra los padres, y de los padres contra los hijos. No puede hablarse de unidad o institución en estos términos. MALAURIE, un jurista francés ha sostenido que la familia se ha convertido en

---

DE SINGLY, François, *Sociologie de la Famille Contemporaine*, Paris, 1993, Ed. Nathan Université: La tesis del libro radica en que la mutación de las familias contemporáneas obedece al individualismo y la autonomización.

<sup>9</sup> DE SINGLY, François, *Sociologie de la Famille Contemporaine*, Paris, 1993, Ed. Nathan Université, p. 112.

el nuevo derecho en un monstruo de muchas cabezas, en la que no se reconoce autoridad ninguna.

16. Teóricos realistas han sostenido que uno de los motivos principales de la crisis de la institución matrimonial es la secularización del matrimonio. La desacralización de la familia, la ha transformado en una estructura carente de sentido. Estudios sociológicos en Estados Unidos han perfilado los rasgos de los matrimonios especialmente susceptibles al divorcio. Estos rasgos son entre otros la falta de convicciones religiosas profundas de los esposos.<sup>10</sup> De la misma forma, en Francia se verificó que los esposos que declaraban deseos de tener hijos prontamente se divorciaban en el orden del 13%, mientras que los que querían postergar tal decisión lo hacían en un 26%. De los matrimonios que pensaban que el dinero debía ser aportado por el hombre se divorciaban en un 18%, los que pensaban que debían aportar ambos cónyuges lo hacían en un 25%. Los esposos que cohabitaban antes de casarse se divorciaban en un 25 %, los que no lo hacían, en un 16%. El 18% de las mujeres que declararon al momento de casarse que se casarían para toda la vida, se divorciaron. Las que al casarse pensaron que su matrimonio era temporal, se divorciaron en un 56% (un 300% más).

## ***2.2 Tendencia a la equiparación de sexos y roles. Debilitación de la heterosexualidad.***

17. Es claro que nuestra era está signada por una tendencia igualitarista. En esta línea se encuentra la tendencia a equiparar uniones "libres" y matrimoniales, hijos matrimoniales con extramatrimoniales, las mujeres con los hombres, los matrimonios heterosexuales con los matrimonios homosexuales.

18. Un siglo "cambalache", en el que "discriminar" que proviene etimológicamente de "discernir" (latín *discerno, discrevi, discretum*), esto es separar lo distinto, se ha convertido en mala palabra. Hay que ver la cantidad de veces que algunos Santos (vide San Ignacio de Loyola) han usado la palabra. De allí viene el "discernimiento vocacional", la "discreción de espíritus", ser "discreto", "discriminar el IVA", etc. etc. etc. La raíz de discriminar está integrada por la palabra griega "krisis, kriseos, krisé", y su verbo pertinente "krino". De allí deriva la palabra griega "kriterion" (criterio, tribunal de justicia), "kritikós" (capaz de juzgar), "krités" (juez, árbitro). Más parece que a este siglo le conviene "discernir" o "discriminar" lo igual de lo distinto, para que se pueda hacer justicia según cada caso concreto, y no tratar igual al que tiene otras circunstancias vitales. Mucho nos quejaríamos si el Estado reclamara los mismos impuestos al pobre que al rico. También si exigiera de un niño las

---

<sup>10</sup> LIGHT, Donald y otros, *Sociología*, Bogotá, 1993, Mc. Graw Hill, p. 481.

mismas horas de trabajo de un adulto. O si se obligara a la mujer embarazada a hacer los mismos trabajos que un hombre.

19. Particularmente en el curso del siglo XX, los distintos ordenamientos jurídicos han tendido a igualar la relación masculino-femenino. La razón más probable sea la inserción de la mujer en el mundo laboral. La modificación más inmediata ha sido la económica. Argentina ha sido un país precursor en este sentido. En 1930, con la introducción de la ley 11.357, también llamada "de los derechos civiles de la mujer", por la que, a grandes rasgos, la mujer pasó de ser incapaz a ser incapaz relativa, y poder disponer y administrar de un peculio propio. Antes de esta ley, la mujer era representada por su esposo y no podía administrar sus propios bienes. Parece difícil pensar en alguna persona a la que le parezca irrazonable esta modificación. Sin embargo, la ley tiene carácter ejemplar, y si recordamos las estadísticas francesas sobre la incidencia del divorcio, el trabajo de la mujer y su independencia económica han implicado una fragilización del matrimonio. Leyes semejantes tuvieron lugar, p. ej. en Francia en 1938<sup>11</sup>. Esta reforma fue profundizada en varios aspectos. La ley 17711 ( t. o. 1968) y la ley 23.515 fueron los principales pasos de este avance. Hoy día hombre y mujer están equiparados en sus deberes de manutención hacia los hijos (alimentos y contribución a las cargas), en el cumplimiento de los deberes personales y patrimoniales emergentes del matrimonio, respecto al régimen de bienes y deudas, al régimen de administración de los bienes, etc. No puede hablarse de diferencias entre hombre y mujer. La mujer trabaja como un hombre avanzando sobre terrenos antes exclusivamente masculinos (véase p. ej. a Danika Kirkpatrick, en el automovilismo, o a Condoleezza Rice en la política norteamericana).

20. Lo sorprendente es que este estado de indiferenciación suele recaer negativamente sobre la mujer. Quienes primero han reclamado autonomía terminan siendo víctimas de sus pedidos. Es menester aclarar: los esposos no viven con el Código en mano. Cada matrimonio tiene pautas internas de convivencia. P. ej. la ley dice que cada uno administra su patrimonio. Sin embargo, de hecho, en los matrimonios suele administrar el que es más hábil para hacerlo.

21. El problema se produce en la hipótesis de la ruptura matrimonial. Generalmente, es la mujer la que queda a cargo de los hijos (cuando los hay), por ello dice Christine DELPHY, una socióloga francesa que: "Mariage et divorce peuvent être considérés comme deux moyens d'aboutir au même résultat, attribuer collectivement la charge des enfants aux femmes, et en

---

<sup>11</sup> MALAURIE, Philippe, *Droit Civil. La Famille*, Paris, 1995, Éd. Cujas, p. 17. CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. La Famille et la Couple*, Paris, 2002, P.U.F., T. II, p. 1.

exempter collectivement les hommes"<sup>12</sup> El peso del divorcio recae fundamentalmente sobre la mujer. Como veremos, ella queda a cargo de los hijos, debe trabajar y sustentar el hogar al mismo tiempo. Por otro lado las estadísticas indican que si bien los hombres son propensos a "reincidir" en un concubinato o en un nuevo matrimonio (usualmente con mujeres más jóvenes y solteras –según dicen las estadísticas<sup>13</sup>), la mujer es más remisa a hacerlo. La relación es de 2:1<sup>14</sup>. La inversión enorme que les significa la crianza de los hijos y el desarrollo profesional les resta posibilidades para rehacer su vida afectiva.<sup>15</sup>

22. El impacto económico es importante. En Francia, estudios han demostrado que recién diez años después del divorcio pocas mujeres recuperaban apenas el estándar de vida anterior a la separación. La mayoría de ellas caía en una situación de empobrecimiento<sup>16</sup>. Estudios semejantes pueden encontrarse en Estados Unidos.

23. No parece descabellado ver en esta aniquilación de diferencias entre lo femenino y lo masculino, un aparecer de un híbrido. Las mujeres son menos mujeres, se han virilizado. Y los hombres, también. Se trata del metrosexual: el hombre que compra cremas para las arrugas, maquillaje, se agrega reflejos rubios en su cabello, etc. Conductas que hubiera resultado ofensivo atribuir a un hombre un par de generaciones atrás. Es el "andrógino" de los mitos platónicos.

24. No sorprende que en esta época haya una fuerte propaganda homosexualista. No hay que olvidar que esta propaganda fue objeto de una campaña antinatalista de la ONU (el *Memorandum* del Director de *Planned Parenthood* al Vicepresidente del *Population Council* en 1969 proponía para reducir la natalidad "fomentar la difusión de la homosexualidad"<sup>17</sup>). Sin

---

<sup>12</sup> DE SINGLY, François, *Sociologie de la Famille Contemporaine*, Paris, 1993, Ed. Nathan Université, p. 115.

<sup>13</sup> TORRADO, Susana, *Historia de la Familia en la Argentina Moderna*, Buenos Aires, 2003, Ed. La Flor, p. 278-9

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> DE SINGLY, François, *Sociologie de la Famille Contemporaine*, Paris, 1993, Ed. Nathan Université, 113

<sup>16</sup> ARIÑO, MABEL, *Hogares y mujeres jefas de hogar: universos a descubrir*, UBA, 1999, <http://catedras.fsoc.uba.ar/demografiasocial/infodeinv/II-N2.doc>

<sup>17</sup> Cit. por VAN DEN AARDWEG, Gerard J. M, "Un motivado no al "matrimonio homosexual", en *Humanitas* N° 33, 2004, p. 42. Ese mismo memorándum preveía: " Planned Parenthood has also seriously proposed -- much more recently -- the following population control measures for the United States;

\* institute a substantial marriage tax;

\* provided bonuses for delayed marriage and childbearing;

\* require women to work but provide few child care facilities;

\* reduce or eliminate all maternity leave or benefits;

\* limit or eliminate public financed medical care, scholarships, housing, loans and subsidies to families with more than a certain number of children;

embargo, la idea de "desvirilizar la sociedad" la había tenido oportunamente Nicolás MAQUIAVELO, como un inteligente ardid político. En el Capítulo XX de *El Príncipe*, aconseja:

"Pero cuando un príncipe adquiere un estado nuevo que como un miembro más se añade al que ya poseía, es necesario entonces desarmar aquel estado, a excepción de aquellos que al momento de la conquista fueron sus partidarios, e incluso a aquellos, con el tiempo y aprovechando las ocasiones hay que hacerles blandos y afeminados... (...)"<sup>18</sup>

25. El fomento de la homosexualidad conjuga pues, dos elementos ventajosos desde el punto de vista político: aniquila una sociedad (no es posible la continuación de la especie) y permite una dominación política más fácil.

26. Lo cierto es que, hoy día hay una tendencia a considerar la equiparación de derechos entre uniones homosexuales y uniones heterosexuales. En Dinamarca (1989) y Noruega (1994) se ha abierto un registro de uniones homosexuales. En Holanda (2001) y en Bélgica (2003) estas uniones han obtenido reconocimiento "como matrimonio" (aunque estos efectos jurídicos no alcanzan a los descendientes). La propuesta española, que aun no entró en vigor, puesto que requiere una serie de ratificaciones, es vanguardista, puesto que regula no sólo el matrimonio entre parejas del mismo sexo, sino también la adopción. En Estados Unidos en 37 estados se ha introducido una prohibición al matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>19</sup>.

---

\* compulsory abortion of out-of-wedlock pregnancies;

\* stock certificate-type permits for children;

\* payments to encourage contraception;

\* payments to encourage sterilization;

\* payments to encourage abortions; and

\* compulsory sterilization for those who have had two children."

-- Memo dated March 11, 1969, entitled "Examples of Proposed Measures to Reduce U.S. Fertility by Universality or Selectivity of Impact." From Frederick S. Jaffe, Vice President of Planned Parenthood/World Population, to Bernard Berelson." Ver <http://www.inoohr.org/plannedparenthood.htm>.

Una comparación de las propuestas de Berelson y Jaffe se encuentra en [http://www.lifeissues.net/writers/bel/bel\\_01populationcrisis.html](http://www.lifeissues.net/writers/bel/bel_01populationcrisis.html). Es notable que en ambos casos se omite la mención a la propuesta de fomentar el homosexualismo.

La cita textual reza: Planned Parenthood has recommended homosexuality as a means of population control, i.e., "...encourage increased homosexuality"(Memo dated March 11,1969, entitled "Examples of Proposed Measures to Reduce U.S. Fertility by Universality or Selectivity of Impact." From Frederick S. Jaffe, Vice President of PP/World Population, to Bernard Berelson.) en <http://prolife.ath.cx:8000/plae067.htm>

<sup>18</sup> MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, (1513), Barcelona, 1996, Altaya, p. 87.

<sup>19</sup> 37 estados promulgaron "Defense of Marriage Acts" (DOMAs) que prohíben el matrimonio homosexual. Otros estados tienen legislación semejante introducida a votación.

3 estados (AK, NE, NV) introdujeron enmiendas constitucionales para prohibir matrimonios entre personas del mismo sexo (SSM)

4 estados (MD, OR, WI, WY) tienen leyes que específicamente prohíben SSM

27. Nuestra ley de la ciudad de Buenos Aires (Ley 1004, t. o. 2002, Decreto Reglamentario N° 556/2003) está a mitad de camino: registra uniones de hecho (homosexuales y concubinarias heterosexuales) y les otorga un tratamiento "similar al de los cónyuges". Las diferencias son varias: a) no hay procedimiento de divorcio, puesto que la disolución de la unión se produce por vía administrativa unilateral de uno de los "unidos", por declaración administrativa de mutuo acuerdo, por matrimonio posterior de uno de los miembros de la unión, o por muerte, b) El art. 4, que trata de los "derechos", prevé sólo el tratamiento como cónyuge respecto de la normativa dictada por la Ciudad de Buenos Aires. Con lo cual queda excluido el régimen patrimonial y personal del Código Civil.

28. Sin embargo, esta ley por ahora es inconstitucional porque excede las potestades legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y contradice la protección de la familia consagrada en la Constitución Nacional y el Código Civil. Por supuesto, que en un país como el nuestro, que una ley sea inconstitucional no tiene la menor relevancia.

29. No es este el lugar de abordar las implicancias psicológicas, jurídicas y sociales de la canonización de la homosexualidad. Es un asunto enormemente complejo y abordado vastamente. Acompañamos solamente dos comentarios: Como dice el jurista francés CARBONNIER: "el derecho es maestro del derecho, si no lo es también del hecho"<sup>20</sup>. Una ley contraria al bien común y que subvierte la naturaleza humana en su misma función de continuidad, es posiblemente madre de otras leyes deletéreas (tal vez incluso en otros ámbitos). Pero además es madre de los hechos: La ley tiene un valor ejemplar: la gente común imita la ley y piensa según los modelos que propone la ley. Las demás reflexiones quedan a cargo del auditorio.

### 2.3 *Tendencia a los "nuevos tipos familiares".*

30. Durkheim denominaba "loi de rétrécissement continu de la famille" al proceso por el cual se pasaba de la familia totémica al círculo conyugal. La sociología moderna no podría acordar con éste, uno de sus fundadores egregios. Actualmente se vislumbra lo que CARBONNIER denomina "le principe de la pluralité des types"<sup>21</sup>, o también la "familia-acordeón"<sup>22</sup>.

---

5 estados (CT, NJ, NM, NY, RI) y Washington DC no tienen prohibición expresa de los SSM.

1 estado (Massachussets) permite los SSM, pero sólo a los residentes del Estado.

<sup>20</sup> "Le droit est maître du droit, s'il ne l'est pas du fait" en CARBONNIER, Jean, *Droit Civi. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, 2002, P.U.F., T2, p. 535

<sup>21</sup> CARBONNIER, Jean, *Flexible Droit*, Paris, 1992, p. 216.

<sup>22</sup> Según expresión de R. LINDON, cit. en MALAURIE, Philippe, *Droit Civil. La Famille*, Paris, 1995, Éd. Cujas, p. 17. CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. La Famille et la Couple*, Paris, 2002, P.U.F., T. II, p. 17.

31. Generalmente se habla de familia "extendida" y estrecha o "nuclear".

32. La familia nuclear está restringida al solo grupo constituido por los cónyuges y los hijos.

33. Mas el divorcio dio nacimiento a un nuevo tipo de familia de alta incidencia: la "familia monoparental". Ésta está constituida por uno solo de los progenitores y sus hijos.

34. Por último la evolución más reciente ha dado lugar a un número enorme de *ménages d'une personne*, o "familias unipersonales". Es que otro fenómeno modernísimo es la frecuencia aumentada de personas que viven solas. Pero además, los sociólogos consideran que esas personas pueden estar inmersas en redes de familia a pesar de su soledad: p. ej. parejas homosexuales, parientes, ex- parejas o parejas actuales, con o sin hijos en común.

35. Otra novedad que traen los tiempos es la "familia ensamblada": son las familias reconstituidas a partir de lo que la sociología denomina "reincidencia". Su integración aporta hijos de uniones anteriores.

36. Existen además la tendencia de extender la denominación de "familia" a las uniones de hecho o concubinatos. Así sucede con la definición de familia que aporta la ley 24.417 (t.o. 1994) de Violencia Familiar las incluye expresamente en su art. 8º. Todo esto puede generar dificultades interpretativas en torno a la ley 1004/2002: ¿están incluídas las uniones homosexuales en la ley de violencia familiar? Este planteamiento por ahora parece estar en las fronteras de la inquietud del Derecho, puesto que no tenemos noticia de ningún caso planteado. Si bien no suele haber jurisprudencia de la violencia familiar, también es cierto que la comunidad homosexual tiende a publicitar los casos que atañen a sus derechos.

37. Posiblemente, la definición más extraña de familia, sea la que proviene de la ley de violencia familiar de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.569). En ella se entiende por familia "al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y/o consanguíneos y a convivientes o descendientes directos de alguno de ellos. La presente ley también se aplicará cuando se ejerza violencia familiar sobre la persona con quien tenga o haya tenido relación de noviazgo o pareja o con quien estuvo vinculado por matrimonio o unión de hecho". Es decir que la familia se extiende a los novios (¿actuales?) no convivientes. Además, se extiende en el tiempo hacia relaciones "familiares" antecedentes pero terminadas.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> En este caso, el vínculo familiar se proyecta hacia el futuro: el vínculo pasado de familia tiene virtualidad en el presente, en la violencia actual. Es muy interesante el manejo del factor tiempo en el derecho de familia, ahora que las uniones no duran "para toda la vida". Porque el derecho se ve

38. La pluralidad de tipos de familia tiende a la desinstitucionalización.

39. En última instancia, este concepto "familia-acordeón" (o de pluralidad de tipos) se extiende tanto que termina por perder lo esencial, su definición. Hoy día nadie se atreve a ponerle el cascabel al gato. No hay cómo definir una familia. A la familia se le ha escapado su denotado.

40. En realidad, estos tipos no son nuevos. Han existido desde que el hombre ha evolucionado como para integrar una sociedad. Sólo que no eran "familia". La complejización de la evolución humana y su espiritualización condujo a que la "familia" fuera algo más que la cópula de macho y hembra (o aun los trastornos enfermizos que pueden darse en la sexualidad). La unión humana se ha espiritualizado y formalizado, hasta expresarse en un pacto que incluye a los hijos. Es a esta institución a la que la sociedad da la espalda, para volver a formas ya conocidas en sociedades más primitivas. No es casual que la unión de hecho siempre haya tenido mayor incidencia en las clases con menor preparación intelectual. Ahora, éste fenómeno se ha extendido a las clases profesionales.

41. La novedad consiste, en que se insiste en el intento de legitimar estas uniones.

## ***2.4 Tendencia a vaciar de contenido la significación de la palabra "familia"***

42. Como apuntara el Papa Juan Pablo II, en la Encíclica *Evangelium Vitae* n. 58: "Linguae usus idem simul signum est conscientiarum perturbatarum..." (El uso del lenguaje es signo de la perturbación de las conciencias.) El despliegue heterogéneo (porque aquí no puede hablarse de analogía alguna entre los distintos significados) de la palabra familia, no puede obedecer sino a un intento de despojar, de deconstruir el significado original de la palabra. Es claro que la deconstrucción no termina en el vacío, sino en la imposición de uno o varios nuevos significados.

43. La deconstrucción de la palabra familia además de esconder intereses ya conocidos de políticas internacionales de control poblacional, obedece a una era y a un pensamiento filosófico destructivo que gana terreno progresivamente.

---

obligado a responder al engendro de una institución de la seriedad y peso de la familia, pero que se ve mutilada en su duración. Y muchas veces el derecho hace caso omiso de la terminación de un vínculo de familia y hace pesar obligaciones sobre alguna de las partes. Es una contradicción llamativa Ver p. ej. la obligación alimentaria en BASSET, Ursula, *Interacciones entre trabajo, mujer y divorcio*, inédito. Comunicación presentada en el Curso de Verano

44. De allí que haya sido menester "redefinir" también desde la apologética realista. Y es que da la impresión de que cuando hay que concurrir a ámbitos científicos, en una perspectiva apologética, lo primero que se hace es definir "familia" a la defensiva de las múltiples definiciones contemporáneas a las que parece se hace injuria si uno no adscribe. El que define refiriéndose a la naturaleza de la familia, es acusado de no ser democrático ni pluralista (ya lo sabemos: es la época de la tiranía del pluralismo). El apartarse de la sociedad pluralista es castigado "democráticamente" con la exclusión de los foros científicos.

45. Es por eso que el Card. López Trujillo y un equipo de científicos trabajaron largamente sobre un Léxico, que fue presentado recientemente en la Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires. El Léxico era material indispensable para que todos volviéramos a unificar significados al usar las palabras.<sup>24</sup>

## 2.5 *Tendencia a la Desinstitucionalización Matrimonial*

46. Señala WILKINS<sup>25</sup> que el Derecho Internacional ha centrado buena parte de sus objetivos en la deconstrucción de la familia natural. La deconstrucción, procede en etapas: La primera es la aserción de que la fe religiosa no es importante, o acaso es peligrosa. La segunda se dedicó a atacar la autoridad parental, la tercera dice que no hay nada único o especial en la unión de hombre y mujer, y por último, que debe garantizarse a los hijos derechos de autonomía.

47. RAFAEL NAVARRO-VALLS ha señalado, que la desinstitucionalización del matrimonio que la desinstitucionalización del matrimonio es paralela a los fenómenos de contractualización y privatización, y que ambos suponen a su vez la desjuridificación matrimonial. El paso intermedio resulta de una limitación en los efectos del matrimonio, e. d. un matrimonio de efectos limitados (como una "SRL" –sociedad de responsabilidad limitada-).

48. Así, en los efectos personales del matrimonio, en cuanto al **deber de fidelidad**, las XIX Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 2003), concluían:

---

<sup>24</sup> En realidad, ya ARISTÓTELES, en la *Dialéctica* (método propio de los saberes probables) sugería establecer el sentido del uso de los términos al iniciar una discusión. Es evidente que se trata de una medida aséptica, para poder discurrir sin caer en falacias. Lo que se señala aquí es el vaciamiento ideológico del lenguaje, cuya condición de posibilidad es el sustrato nominalista del pensamiento moderno.

<sup>25</sup> WILKINS, Richard G. "International Law, Social Change and the Family", en *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, Peter Lodrup and Eva Modvar Eds., p. p. 984.

"Despacho B: El contenido del deber de fidelidad normado en el art. 198 de Código Civil es amplio, dinámico y está sujeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges; es lo que los esposos acuerdan que es, en virtud del plan de vida que han elegido, en orden a lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional". (Minoría (12 votos)

"Despacho A: Los cónyuges que acuerdan vivir separados de hecho pueden dispensarse mutuamente del deber de fidelidad. Dicho acuerdo constituye el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad en la esfera privada de las relaciones de los cónyuges y no perjudica ni vulnera el orden público o las buenas costumbres." (Minoría (7 votos)

49. En cuanto al deber de cohabitación, otro efecto personal del matrimonio, es la nueva frontera que desafía a la esencia del matrimonio. Se discute si es posible pensar un matrimonio sin cohabitación.<sup>26</sup> Recordemos que la cohabitación es la expresión más exterior del deber de comunidad de vida.

50. El deber de asistencia mutua ha recibido un golpe importante de los regímenes separatistas de bienes. Los regímenes comunitarios de bienes favorecerían una mayor libertad de tareas en cuanto al menaje cotidiano, puesto que se garantizaba la comunidad económica de los cónyuges. Aunque es larga la explicación, el deber de asistencia ha sufrido un grado de "espiritualización", se ha vuelto menos tangible.

51. En cuanto a los efectos patrimoniales, la tendencia es separatista. Los códigos modernos han permitido generalmente que los esposos fijen un régimen de bienes según su preferencia (autonomía de la voluntad), pero la tendencia es que ambos sean dueños de lo suyo. Anteriormente (en Argentina – no así en el Código de Andrés Bello) se había optado por el régimen comunitario de bienes, siguiendo el Proyecto de Código Civil español de Goyena. Esta comunidad, aun vigente en la Argentina, aunque de forma muy mitigada, refleja la comunidad de vida de los cónyuges y asegura la posibilidad de que la esposa pueda eventualmente dedicarse al cuidado de sus hijos.

52. Anteriormente, la administración de los bienes (y la autoridad en las cosas de familia), pesaba sobre el *pater*. Las leyes contemporáneas han equiparado autoridades, lo que se ha traducido también en la administración de los bienes de la familia. Ahora ya no hay una cabeza (según un principio de sana jerarquía), sino dos<sup>27</sup>. (Claro que los esposos no siempre prestan atención a la ley, y normalmente puertas para adentro eligen quien se ocupa de la administración, o de hecho alguno de los dos lo hace. Las familias suelen ser un poco más espontáneas y razonables que las leyes modernas).

---

<sup>26</sup> MALAURIE, Philippe, *Droit Civil, La Famille*, Paris, 1993, Ed. Cujas, p. 38.

<sup>27</sup> Según la inteligente crítica que formulara LLAMBÍAS Jorge Joaquín, en su *Estudio de la Reforma*.

## 2.6 *Las novedades en la formalización matrimonial.*

53. Se presentan dos tendencias divergentes. Por un lado, una tendencia formalizante respecto de situaciones informales: se elevan los requisitos de formalización de las uniones civiles, de uniones entre parejas homosexuales, del mismo matrimonio. Esto parece ser un producto de la sociologización del derecho. El Derecho parece haber abandonado su función prescriptiva y ejemplificadora, para abordar un rol descriptivo de situaciones existentes, a las que otorga un marco de legitimación.

54. Al contrario, en los Estados de Misuri y Pensilvania, es posible el matrimonio por simple expresión del consentimiento por correspondencia epistolar. En Estados Unidos, en algunos estados está vigente el sistema de *common-law marriage*, que con determinados requisitos de convivencia y un contrato de convivencia que celebren las partes, tienen los mismos efectos que el matrimonio estatutario. Es un matrimonio sin ritos, por simple inscripción por formulario.

55. Otra novedad es el *covenant marriage*. Esta forma de matrimonio por convención ha sido ideada en Luisiana, a fin de paliar los altos grados de divorcialidad de la sociedad norteamericana. Los fundamentos de la ley expresan la necesidad de la existencia de una forma de matrimonio "de por vida", a fin de facilitar el compromiso de los cónyuges y aumentar la natalidad. Es una novedad, puesto que rige en tres estados, y las leyes datan de 1997, 1998-2001 (Arizona) y 1999-2003 (Arkansas). Está admitido el divorcio, pero este queda cualificado con largos tiempos de espera, que se estiran más si hay hijos, y una revitalización del "divorcio sanción"<sup>28</sup>.

56. En cuanto a los "rituales" o ritos religiosos, el matrimonio religioso –según informa la sociología, con datos no muy fehacientes– ha descendido notoriamente. En Argentina el matrimonio religioso no es reconocido por el Estado. Por lo cual, para contraer matrimonio, basta el civil (en otras legislaciones, el matrimonio religioso cuenta con el reconocimiento estatal). Según los datos que proporciona EVITAL, en 1890, el 62,7 de los matrimonios se casaba por rito católico, en 1996 sólo el 46,5 lo hacía.<sup>29</sup> Más allá del crédito que podamos dar a una fuente que ya sabemos (ver arriba) llega a datos erróneos, es evidente que ha disminuido la proporción de matrimonios contraídos por ritual católico. Hay que ver que han disminuido los matrimonios en general. Es evidente que hay una secularización formal del matrimonio. Pero también la hay sustancial<sup>30</sup>. La raíz de la desacralización del

---

<sup>28</sup> Ver BASSET, Ursula, *El matrimonio de España a Arizona*, 2005, en vías de publicación.

<sup>29</sup> TORRADO, Susana, *Historia de la Familia en la Argentina Moderna*, Buenos Aires, 2003, Ed. La Flor, p. 280.

<sup>30</sup> NAVARRO- VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Ed. Tecnos, p. 109 y ss.

matrimonio, sea posiblemente protestante, en razón de la negación de Lutero a aceptar la sacramentalidad del mismo. Pero el protestantismo no fue innovador, sino que acompañó una corriente cultural tendiente a una religión civil. El derecho civil (más claramente con las ideas racionalistas) ha tendido a asumir y devorar la institución matrimonial, arrebatándosela al derecho canónico. El rito matrimonial se ha "estadualizado".

57. A su vez, como ha sucedido en Argentina con la ley 2393 de Matrimonio Civil, se ha privado al matrimonio religioso de efectos civiles. A la par, se ha ido vaciando sistemáticamente al matrimonio de sus efectos esenciales. El matrimonio ha quedado reducido a un lugar de realización de egoísmos individuales. No sorprende su falta de durabilidad.

## ***2.7 Tendencia a la privatización del matrimonio. Retroceso de la policía de costumbres del Estado.***

58. El matrimonio en el Derecho Romano era entendido como un contrato, pero un contrato para cuya vigencia era preciso renovar constantemente el consentimiento. Quien retiraba el consentimiento producía una ruptura. Este contrato era de índole privada. La evolución del derecho producida por el contacto con el cristianismo, hizo crecer la institución matrimonial en dirección a la idea de un pacto<sup>31</sup> (*foedus*) entre cónyuges, no renovable – de donde cobra especial significación el "consentimiento" y los vicios en torno a éste. El pacto da estabilidad al matrimonio. Con el avance del individualismo (cuya raíz debe situarse en el nominalismo y cuyo auge se encuentra en la Carta de Derechos en Inglaterra y sus epígonos), el matrimonio tendió a privatizarse y concebirse como un acuerdo entre "partners" o socios. En rigor de verdad, la primera manifestación clara de esta privatización se origina en la reforma protestante, y se manifiesta en su aversión a la injerencia del derecho eclesiástico en el matrimonio (que no consideraban sacramento)<sup>32</sup> En los ordenamientos jurídicos de cuño iluminista, esta concepción se tradujo la rescisión unilateral del contrato (por ejemplo, por incumplimiento de alguno de los deberes contractuales). La estabilidad matrimonial retrocedió a la inestabilidad del matrimonio romano.<sup>33</sup>

59. El Derecho de Familia contemporáneo no entiende las cosas de la misma manera. Veamos las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de

---

<sup>31</sup> La noción de *foedus* fue elaborada por la patrística. La de *pactum*, corresponde en rigor a una evolución doctrinaria posterior. NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Ed. Tecnos, p. 57.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> MALAURIE, Philippe, *Droit Civil. La Famille*, Paris, 1995, Éd. Cujas, p. 44 y ver tb-. p. 32-33. NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Ed. Tecnos.

Derecho Civil (realizadas en la Universidad Católica de Rosario, en septiembre de 2003):

"Despacho B La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, y consecuentemente, a la noción de orden público vigente en una época y una sociedad determinadas". (Votado por la mayoría (22 votos).

60. Los votantes, que participaron de estas Jornadas son todos profesores adjuntos de Derecho de Familia. Como puede observarse, el Derecho Matrimonial queda relegado al ámbito privado. Esta es la situación contemporánea, bien distinta de aquel derecho que fue la primera matriz jurídica de nuestra patria: el Derecho Indiano. A continuación citamos dos Bandos de Bueno Gobierno del Siglo XVII. Veamos qué normas regían la conducta pública en la época hispánica.

*Bando del lugarteniente de gobernador, justicia mayor y capitán de San Juan de Vera de las Corrientes, don Juan García de Cossio, 3 de agosto de 1771:*

**"(...) Por cuanto a que el primero y principal encargo de los ministros del rey es celar los vicios, escándalos y amancebamientos públicos y desterrarlos con las penas y castigos impuestos por ley y demás que son arbitrarios para el buen orden, tranquilidad y honra y gloria de Dios"**

*Bando y auto de buen gobierno del alcalde de la ciudad de Montevideo, capitán Joseph de Vera Perdomo. 15 de enero de 1740:*

**"(...) Como así mismo, mando a todas aquellas personas casadas que se hallasen de cinco años a esta parte, desde la fecha de este año presente de mil setecientos y cuarenta, se dispongan en breve término a dar cumplimiento de su estado y obligaciones, porque se siguen muchas ocasiones contra la ley de Dios, pena de castigo corporal".**

61. La diferencia es palmaria. Mientras que hoy día la tendencia es a la contractualización del matrimonio, relegándolo al ámbito privativo de los acuerdos entre los cónyuges, en el Derecho Indiano, muy al contrario, el matrimonio y su cumplimiento interesaba al orden público, hasta el punto de establecer una sanción penal para aquel que incumpliera sus deberes de Estado. El bien común temporal se continuaba en el bien común sobrenatural. Había una policía de costumbres del Estado.

62. Actualmente el matrimonio sigue la matriz voluntarista del iluminismo, es un contrato entre "partners". Se ha propuesto incluso la

posibilidad de un contrato matrimonial<sup>34</sup> en el que los cónyuges puedan ejercer el derecho al matrimonio según el contenido que ellos acuerden (p. ej. con pautas de mayor durabilidad, o dispensándose mutuamente de algunos deberes inherentes al mismo).

## 2.8 *Modelo de baja juridicidad*

63. Según se apuntaba en el punto antecedente, el matrimonio dejó de ser objeto de interés de la ciencia jurídica, que se ha volcado a la hipertrofia jurídica respecto de los derechos autonómicos de los menores y las uniones irregulares de convivientes.

64. Una expresión relativamente patente de la baja de juridicidad es la desaparición del derecho penal de la esfera matrimonial. Si las leyes más primitivas punían el adulterio o amancebamiento, las modernas han exorcizado al derecho penal de semejante "aberración". Pero aún más, según indicábamos más arriba, desaparece la policía de costumbres del Estado. Hay que señalar, que la jurisprudencia del Derecho Indiano mostraba un respeto hasta la obsesión por la privacidad familiar, pero la misma obsesión regía la policía de costumbres. El adulterio era visto como un mal social, atentaba contra el orden público.

65. Pero, he aquí la conclusión de un importante académico argentino del Derecho de Familia en un trabajo presentado para las mismas Jornadas arriba mencionadas: "En tanto el contenido del orden público es esencialmente mutable en el tiempo y el espacio, los límites a la autonomía de la voluntad dependerán del conjunto de ideas y valoraciones sociales, políticas y morales predominantes en la sociedad."<sup>35</sup> El orden público, vinculado a la moral, se transforma en un estándar sociológico. Es un concepto jurídico abierto, que se mide en términos de "media". En otras palabras, no hay objetividad alguna (ni obviamente, naturaleza humana a la que referirse para hablar de moral).

---

<sup>34</sup> PARKMAN, Allen, "To what "marriage" do we have a right?", en *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, Peter Lodrup and Eva Modvar Eds., p. 553-557. El autor hace referencia al *common law marriage*, admitido en los estados norteamericanos de Columbia, Alabama, Colorado, Iowa, Kansas, Montana, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina y Texas. Últimamente, algunos estados abolieron esta legislación: Pennsylvania (Septiembre 2003); Georgia, (Enero 1997); Idaho, Enero 1996); y Ohio (Octubre, 1991). Aunque el autor propone este modelo para reinsertar modelos de mayor compromiso y durabilidad del matrimonio, no parece escapar al sistema contractualista. El sustrato de las afirmaciones implica siempre una negación del matrimonio durable como institución natural y conveniente a la sociedad.

<sup>35</sup> ARIANNA, Carlos Alberto, "Autonomía de la voluntad en las relaciones de familia", ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003).

66. La desjuridización se evidencia en el avance de los métodos de mediación para la resolución de divorcios. La mediación renuncia a la idea de una solución justa, para preferir la componenda. Entiéndase que no se trata de un juicio de valor, sino de una descripción. La mediación busca un acuerdo de voluntades, no una solución justa.

67. El juez familiar tiene un oficio novedoso. Ya no "dice el derecho", sino que se acentúa la actividad terapéutica (generalmente con equipos multidisciplinarios que prestan asistencia en las distintas causas que arriban al Tribunal). Dice MALAURIE, que el Derecho de Familia tiene la originalidad de utilizar con frecuencia "*notions à contenu variable*"<sup>36</sup>, las que el Juez debe precisar. Las nuevas funciones del Juez Familiar, tienden a asemejarse más a un moderador<sup>37</sup>, o con una función casi de testigo en los divorcios de mutuo consentimiento. Esto se contrapone bastante con las numerosas funciones inquisitivas que adquiere cuando se trata de menores.

68. Lo llamativo es la hipertrofia de problemas matrimoniales que acusa la práctica tribunalicia. Se han detectado casos de padres que han planteado una incidencia por que la madre le cortó el cabello a la menor sin la anuencia del padre no conviviente<sup>38</sup>. Los esposos prefieren acudir al Juez, a resolver civilizadamente entre partes. Los sociólogos explican esta situación señalando la falta de juridicidad interna de los nuevos tipos familiares<sup>39</sup>. Esta falta de juridicidad (o normatividad) interna, llevaría a una impostación e hipertrofia de la normatividad y judicialización externa. En cualquier caso se hace evidente la patología de la normatividad y juridicidad matrimoniales.

## 2.9 *La supuesta democratización de la familia*

69. Se dice que la pérdida de la exclusiva autoridad del esposo-padre, ha implicado una democratización de la familia. Pareciera ser una familia en la que se ha incrementado la libertad individual-autonomía, en la

---

<sup>36</sup> MALAURIE, Philippe, *Droit Civil. La Famille*, Paris, 1995, Éd. Cujas, p. 24

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>38</sup> CNCiv. sala B, noviembre 20-984, Rev. LA LEY, 1985-B, 473. Sobre la decisión del establecimiento escolar hay numerosos fallos recientes (Casi todos se inclinan a considerar que la decisión corresponde al padre que ejerce la tenencia, sin que el otro se pueda oponer, salvo motivos graves que afecten el interés del menor). Sin embargo citamos algunos más antiguos, para demostrar que la cuestión es de larga data: CNCiv. sala G, julio 30-985, Rev. LA LEY, 1986-C, 545; CNCiv. sala D, , junio 19-986, Rev. LA LEY, 1986-E, 364; CNCiv. sala G, mayo 17-985, Rev. LA LEY, 1985-D, 556; Así podría continuarse con la educación religiosa, la atención médica, si son o no llevados al dentista, casos todos, que bien conocemos quienes ejercemos la especialización en derecho de familia.

<sup>39</sup> LIGHT, Donald y otros, *Sociología*, Bogotá, 1993, Mc. Graw Hill, p. 487.

medida en que se han roto las rígidas estructuras antecedentes. Dice la socióloga argentina Elizabeth JELIN:<sup>40</sup>

"Lo que tenemos en curso es una creciente *multiplicidad de las formas de familia y de convivencia*. Esta multiplicidad... puede también ser vista como parte de los procesos de democratización de la vida cotidiana y de la extensión del "derecho a tener derechos" (inclusive al placer)..."

70. Lo paradójico, es que la supuesta "democratización", por un lado, se da de narices con la realidad de que la existencia de una autoridad es espontánea en cualquier tipo de agrupación humana. Y aunque no la prescriba el derecho, suele ocurrir sola (siendo a veces las mujeres quienes la detentan). Por otro lado, la democratización, lejos de atraer la libertad individual y autonomía de los cónyuges, en el mismo proceso en el que potenciaba su individualización (fragmentaria de la unidad familiar) debilitaba a los miembros de la familia. La familia es un cono de protección de sus miembros. Sin ella, queda el individuo frente al Estado. Y qué mejor forma de avance del poder estatal que un tipo de relación capilar, individual; mas no a través de relaciones intermedias.

71. La democratización familiar, todo lo que ha hecho es aumentar la autoridad de un organismo exógeno: el Estado. Es verdad que las contiendas ya no se zanján autoritariamente por el esposo, las zanja un Juez, que ingresa como operador estatal en el seno de la familia y toma decisiones sobre cómo deben ser corregidos los hijos, cómo debe el esposo tratar a su esposa, si es justo o no dispensar al esposo de su deber de fidelidad, si ambos se encontraban separados de hecho, etc. etc. etc. No puede menos que recordarse el famoso panóptico de FOUCAULT o el Big Brother de G. ORWELL.

## ***2.10 Escisión entre sexualidad, matrimonio y procreación.***

72. La nueva tendencia que permiten los avances tecnológicos y la "apertura" de costumbres, es que la sexualidad pueda darse fuera del matrimonio (parejas libres, uniones libres, uniones homosexuales). Todo esto no resulta punido por el derecho.

73. El matrimonio, puede además escindirse de la procreación. Uno puede matrimoniar con el expreso deseo de no tener hijos (en el derecho civil, no en el canónico). Es más, pueden tenerse hijos dentro del matrimonio con

---

<sup>40</sup> JELIN, Elizabeth, *Pan y Afectos. La transformación de las familias*, Buenos Aires, 1998, Fondo de Cultura Económica, p.18.

otro hombre distinto del esposo, situación prohijada por la admisión de fecundaciones heterólogas.

74. Pero además, la sexualidad se separa de la procreación. Se pueden tener hijos sin ejercer la sexualidad. En fin, todas las variantes están disponibles.

### 3 El divorcio

Se encuentran dos tendencias divergentes en torno al divorcio:

#### 3.1 *Facilitación del divorcio*

75. Por un lado, encontramos una nítida tendencia a facilitar el divorcio, ofreciendo y a veces legalizando de manera exclusiva el divorcio por causales objetivas, o por mutuo consentimiento. En ambos supuestos no hay un examen de la culpabilidad en la causación de la ruptura. En consecuencia no hay sanción alguna. Por ello se dice que hay una tendencia al "divorcio-remedio", contra las tendencias antecedentes del "divorcio-sanción".

76. Como las legislaciones ofrecen con frecuencia variedad de tipos de divorcios, se habla de "divorcio a la carta". Las parejas que quieren divorciarse, optan por la vía que les resulte más idónea. Así es el régimen argentino.

77. También está permitido en nuestro país el divorcio unilateral. Es muy parecido a la rescisión unilateral de los contratos. Cualquiera de las partes puede solicitar el divorcio en cualquier momento y la otra no puede negarse. (Esto sucede de varias formas. Una de las más desagradables es aquella en la cual se tramita la separación personal, por ejemplo, por principios: se cree en la indisolubilidad del matrimonio. Transcurrido un plazo adicional, cualquiera de las dos partes podrá demandar el divorcio y obtenerlo sin el concurso de la otra).

78. El "tiempo de espera" es el espacio de tiempo a esperar para poder introducir la causa de disolución del vínculo. La tendencia es a reducir el "tiempo de espera". Se ha sostenido que es inconstitucional prohibir que los casados se divorcien cuando ellos lo dispongan. Habría un derecho a divorciarse en cualquier momento.

79. El divorcio sin culpa ha tenido consecuencias notables. Es un error pensar que el divorcio sólo se aprecia en números. La ley tiene función ejemplar. Ha sido un escándalo social sin precedentes. La consecuencia no es sólo la cantidad o la cantidad acumulativa de divorciados, sino el ataque al

concepto de matrimonio, y en última instancia a la familia. El ataque principal no ha sido a *esas* familias que se divorciaron, sino a todas las familias, al universal que implica la "institución matrimonial" o la "familia". Las consecuencias del divorcio son contagiosas.

80. Y recién luego de contemplar la devastación de las conciencias de varias generaciones ("...el que escandalice a uno de estos pequeños..."), contemplaremos las consecuencias en los hijos del divorcio. No tienen un modelo de familia a imitar para construir su propia familia.

81. Pero además no tienen padre. Los hijos del divorcio son hijos sin figura paterna. El que atisbe qué se esconde detrás de ello, puede empezar a temer. Cualquier catequista sabe, que la idea de Dios se basa en la experiencia del amor natural del Padre. ¿Cómo explicar el amor de Dios, sin el sustento natural necesario? Esta es una sociedad que está condenada a femineizarse<sup>41</sup>.

82. Por último, es esencial para la formación de la personalidad y de la identidad sexual de varón y mujer, la presencia del padre. En los matrimonios separados, según nos indican las estadísticas y la ley, la tenencia la recibe la madre. El padre (salvo supuestos excepcionales de tenencia compartida, que tienen muchos bemoles y que hay que examinar con gran cuidado) se convierte en un "visitante", como los tíos, la nueva pareja de la madre, etc. etc. Así se ha postulado la posibilidad que los "hijos del divorcio" en su necesidad de figuras paternas, formen un *assemblage*, con todos los hombres afectivamente disponibles, como sucede en las tribus africanas. ¿Será éste el porvenir?

### 3.2 Tendencia a dificultar el divorcio

83. Según se apuntó más arriba, en tres estados norteamericanos se ha sancionado una forma de matrimonio que dificulta el divorcio: el *covenant marriage*. Existen numerosos estados que tienen este mismo proyecto en su agenda legislativa, y en algunos casos cuenta ya con media sanción<sup>42</sup>. Es curioso que el país del divorcio, de la vuelta a la esquina. ¿Será como dice J. CARBONNIER que la moral vendrá de Estados Unidos?:

"...l'Amérique du divorce facile, de la biologie sans limite n'est visiblement pas la même que celle des commandos *pro-life*, de la

<sup>41</sup> CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. La Famille et la Couple*, Paris, 2002, P.U.F., T. II, p. 639

<sup>42</sup> Se registran los siguientes proyectos: En el 2004 Iowa, Missouri. En 2003, Indiana, Texas, Utah, Virginia, West Virginia. En el 2002: Indiana, Mississippi (3 bills), Oklahoma. En 2001: South Carolina, Georgia, Minnesota, New Mexico, Utah. En 2000 y anteriores: California(1998) Kansas (1997), Maryland (1999), Minnesota (1997-9), Ohio (1997), New Jersey (2000), Oklahoma (1997), Oregon (1999), Nebraska, South Carolina (1997), South Dakota, Tennessee (1997), Texas (1999) Virginia, Washington State y el Florida Marriage Preparation and Preservation Act (passed) Cfr. <http://www.divorcereform.org/cov.html#anchor1274910>

majorité morale, de la "coalition chrétienne", des *promise keepers*, qui manifestent en masse pour jurer qu'ils tiendront leurs engagements de mariage. La perplexité paralyse les hypothèses: on a peine à imaginer que, si la vertu devait faire retour en France, ce serait par une imitation de l'Amérique plutôt que par la résurrection de Robespierre"<sup>43</sup>

## 4 La Filiación

### 4.1 *Descenso de la tasa de natalidad.*

84. Según es tendencia mundial, en Argentina se ha producido un descenso de la tasa de natalidad en forma sostenida. En un contexto en el que, a pesar de este dato y de la difusión de técnicas anticonceptivas, se promueve la legitimación del aborto, se produce la hiperinflación de derechos del niño (menos a la vida antes del parto).

### 4.2 *Tendencia al Puerocentrismo*<sup>44</sup>

85. El niño se ha convertido en el epicentro de todos los derechos humanos. A diferencia de los adultos de sexo masculino, tiene su propia convención. (Las mujeres también tenemos una propia declaración de derechos). Pero estos derechos crecientes pugnan contra el todo familiar. El niño fuera de la familia no encuentra un espacio auténtico de maduración y crecimiento.

86. A la par que se verifican los fenómenos de desjuridización, contractualización y privatización del Derecho Matrimonial, al mismo tiempo hay un aumento llamativo de juridicidad aneja a los hijos.

87. Crecientemente, se comprende al niño como un sujeto autónomo de derechos cada vez más nítidos y de regulación creciente. La anterior precedencia del "interés familiar"<sup>45</sup> pierde interés, para que prevalezca la tendencia de oponer intereses individuales de los padres contra los de sus hijos. Los derechos de los hijos "shall be a primary consideration".

88. Hasta aquí siempre se había considerado que el niño se realizaba en su familia. Hoy día, en el Derecho de Familia, se tiende a pensar que el "interés del menor" puede estar opuesto al de sus padres. El resultado es el

---

<sup>43</sup> CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. La Famille et la Couple*, Paris, 2002, P.U.F., T. II, p. 32.

<sup>44</sup> La expresión tiene su origen en J. RUBELLIN-DEVICHI, y está citada por NAVARRO- VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Ed. Tecnos, p. 51.

<sup>45</sup> Denominación importada de la *Interressenjurisprudenz*, a la que subyace el individualismo.

desmembramiento de la familia<sup>46</sup>. Es notable la contradicción del tratamiento jurídico del menor, con los datos que brindan las ciencias psicológicas. En última instancia, el menor pasa a vincularse y depender directamente del Estado, que "levanta el velo" de la sociedad familiar, y la penetra con controles y legislación sobreabundante.

89. Se verifica directamente esta situación en el debilitamiento de la autoridad parental. Progresivamente los padres ven disminuida su potestad respecto de la educación y vigilancia de su propio hijo. Examinamos algunos ejemplos, sin afán de exhaustividad:

90. a) *Derechos Religiosos*: Una sentencia del Tribunal Constitucional Español (141/2000, 29 de mayo), sostuvo:

"desde la perspectiva del art. 16 C. E. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guardia y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño ,,,. Así pues sobre los poderes públicos y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por el ejercicio de esas potestades por sus padres .... se haga en interés del menor , y no al servicio de otros intereses ... que deben postergarse ante el 'superior' del niño. (...) frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad."<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Cf. BASSET, Ursula, *Los Fundamentos de la Patria Potestad*, investigación presentada en la U. C. A. , 2003, y ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Natural, San Luis, 2003: *Los derechos de los niños no se oponen a la patria potestad*.

<sup>47</sup> Cit. por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El Interés del Menor*, Madrid, 2000, Ed. Dykinson, p. 165. Si bien en la especie se trataba de una limitación justa, por tratarse de una secta a la que concurría el padre de los menores, la argumentación de la sentencia parece dudosa. En todo caso, el Estado tienen atribuida la policía de costumbres para no dar legitimación religiosa a Sectas de esta índole. Del mismo modo podría prohibirse (como se ha hecho) la continuidad de la educación religiosa católica. Es una espada de doble filo, que no tiene adecuado fundamento en la teoría política del bien común. RIVERO cita además la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles, de 24 de Septiembre de 1962 y otra sentencia semejante del Tribunal de Menores de Génova, de 9 de Febrero de 1999. Aparece además otro caso de Doctrina semejante en Gran Bretaña.

91. El Derecho Superior del Menor, en materia religiosa es de cuño pluralista. La Convención de Derechos del Niño<sup>48</sup> debatió este asunto en numerosas comisiones. Los países occidentales adhirieron unánimemente a la formulación, aun cuando estaba en juego el asunto de las sectas y la tradición y conservación de las convicciones religiosas a los hijos. La única oposición al pluralismo religioso provino de los países de religión musulmana<sup>49</sup>.

92. *La Reglamentación de los Derechos de Identidad del Menor.* El derecho del menor de conocer su Verdad Biológica sobre la identidad de los menores también se muestra en ascenso. En la Argentina, esto ha cobrado un cariz especial, a raíz de las adopciones que tuvieron lugar durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional. Asociaciones como las "Abuelas de Plaza de Mayo han recibido subsidios para investigar las familias a los fines de descubrir potenciales hijos de subversivos cuyo paradero se desconoce, que convivan con nuevas familias adoptivas.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> La Delegación de Marruecos insistió en el derecho de los padres de asegurar la educación religiosa del menor, p. ej. Se opusieron además los países de Libia Kuwait, Egipto, Japón, Senegal, Bangladesh, Algeria Jordán, China, Túnez, la Unión Soviética y Paquistán.

<sup>49</sup> JOHNSON, David, "Cultural and Regional Pluralism in the Drafting of the UN Convention on the Rights of the Child", en *The Ideologies of Children Rights*, Países Bajos, 1992, Michael Freeman y Philipp Verman Eds., p. 100 y *passim*

<sup>50</sup> Ley 25.066 del 06/01/99 "FONDO DE REPARACION HISTORICA" Sancionada: Diciembre 9 de 1998, Promulgada: Enero 6 de 1999. ARTICULO 1° — Créase en el ámbito del Poder Legislativo, el Fondo de Reparación Histórica para la Localización y Restitución de Niños Secuestrados y/o Nacidos en Cautiverio en Argentina, destinado a solventar los gastos que demande su localización, identificación y restitución, que lleva a cabo la Asociación << Abuelas>> de Plaza de Mayo. ARTICULO 2° — El monto destinado al fondo creado por el artículo 1° será de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) mensuales y se otorgará por el término de dos (2) años a partir del 5 de enero de 1999. ARTICULO 3° — El Fondo de Reparación Histórica deberá destinarse a la continuación del proyecto Localización y Restitución de Niños Secuestrados y/o Nacidos en Cautiverio en Argentina, que tendrá como objetivos generales y fines específicos:

- a) Avanzar en la localización de los niños desaparecidos;
- b) Completar la información de todas las familias en el Banco Nacional de Datos Genéticos;
- c) Completar la información obrante en el Banco de Datos Genéticos de la Asociación << Abuelas>> de Plaza de Mayo;
- d) Completar las investigaciones en curso, para permitir su presentación judicial;
- e) Restituir la verdadera identidad de los niños (hoy jóvenes) desaparecidos;
- f) Dar continuidad al apoyo psicológico a los jóvenes restituidos y a sus familias;
- g) Generar las condiciones que eviten la reiteración de futuras situaciones similares a las vividas.

ARTICULO 4° — Los recursos necesarios para la conformación del Fondo de Reparación Histórica para la Localización y Restitución de Niños Secuestrados y/o nacidos en Cautiverio en Argentina, serán con cargo al crédito anual aprobado en la Ley de Presupuesto de la Nación asignado a ambas Cámaras del Congreso de la Nación, que aportarán en un 50% cada una la cifra dispuesta en el artículo 2° del presente." Sorprendentemente, el Año pasado se creó otro fondo de reparación histórico, que no deroga la ley anterior: Ley 25.974. Promulgada el 1/12/2004: "ARTICULO 1° — Créase en el ámbito del Poder Legislativo nacional el "Fondo de Reparación Histórica para la Localización y Restitución de Niños Secuestrados o Nacidos en Cautiverio en Argentina", destinado a solventar los gastos que demande la labor de localización, identificación y restitución que lleva a cabo

93. Más recientemente se ha reglamentado (Decreto 383/2005) la ley de adopción (ley 25.854 promulgada 6/1/2003), creando cuatro registros (tres más de lo que facultaba la ley al reglamento). El primero, de aspirantes admitidos (padres que adoptaron). El segundo, de adoptados. Uno más, de padres que no pudieron adoptar. Y un último de niños dados en guarda con fines adoptivos. El registro de adoptados es de una reserva "tan absoluta", que puede ser accedido por cualquier persona que tenga "interés legítimo". Habría que preguntarse si eso tutela o no el derecho a la identidad de los menores.

94. *Hijos menores como sujetos jurídicos autónomos.* Una jurisprudencia relativamente novedosa (que fue receptada aquí en Argentina, pero también tenemos noticia de su presencia en Estados Unidos y España) es la de asignar al menor para su defensa un *tutor ad-litem*. La representación legal de los menores, en situaciones normales, la detentan sus padres. Sin embargo, a través del tutor ad-litem, cuando el operador jurisdiccional entiende que los intereses del menor no están correctamente representados, puede sustituir la representación legal de los padres en el juicio con un tutor designado por él. Suele suceder en las contiendas que se refieren al derecho de visitas (o de adecuado contacto) de los menores en situación de un divorcio, que o bien la madre no está dispuesta a ampliar las visitas al padre, por motivos diversos. Ha sucedido que, cuando se entiende que la madre no garantiza estos derechos del menor, puede ser sustituida en la representación legal que le corresponde por detentar la guarda. Así se ha sostenido un Fallo de la Cámara Nacional en lo Civil Sala K (26-X-00, en ED-192-295), que si bien pospuso tal decisión expuso claramente la doctrina al respecto, conforme otros fallos antecedentes que la dispusieron. El Tribunal manifestó – adhiriendo al Dictamen del Defensor de Menores, que::

"...en modo alguno se puede plegar (el tribunal) a los reclamos de ninguno de los dos progenitores que han demostrado manifiesta ineptitud para generar en sus hijos un mínimo de confianza para con el

---

la "Asociación Abuelas de Plaza de Mayo". ARTICULO 2° – El monto destinado al fondo mencionado en el artículo 1° deberá ascender a PESOS QUINCE MIL (\$ 15.000) mensuales, y será otorgado por el término de DOS (2) años. ARTICULO 3° – Los fondos destinados al "Fondo de Reparación Histórica para la Localización y Restitución de Niños Secuestrados o Nacidos en Cautiverio en Argentina", serán con cargo al crédito anual aprobado y hasta el 0,1% asignado al Poder Legislativo nacional por la Ley de Presupuesto Anual de la Nación. ARTICULO 4° – Dentro de los TREINTA (30) días de cumplido el plazo de DOS (2) años previsto en el artículo 2°, la "Asociación Abuelas de Plaza de Mayo" deberá poner a disposición pública y para conocimiento de cualquier ciudadano que lo solicite, la documentación del Archivo Histórico, entregando una copia de un ejemplar del mismo para ser custodiado por el Poder Legislativo nacional." Por la ley 26.001 (promulgada en Enero de 2005) se sancionó además el "Día de la Identidad". La ley 25457 (8/8/2001) creó además la "Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad". Ésta tiene el mismo objeto que lo dispuesto por las leyes 25067 y 25974, pero se integra con dos miembros de las "Abuelas", dos del Ministerio de Justicia. Dos del Ministerio Público y uno de la Defensoría.

progenitor no conviviente y menos aun de respeto para las respectivas parejas de éstos que han sido duramente cuestionadas..."

"... si las partes no cumplen con el régimen establecido, estimamos que las constancias de la causa avalan lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores, en el sentido de disponer la designación de un tutor especial para que represente a los menores en autos y gestione para ellos el dictado de todas las medidas que aseguren sus derechos, toda vez que la circunstancia de que los menores se encuentren bajo patria potestad, no es óbice para dicha designación cuando pudieran presentarse intereses encontrados"

95. *La contradictoria disminución de la autoridad parental.* El desmedro de la autoridad de los padres es el resultado de un largo proceso de muchas vertientes. Una de las vertientes es la potenciación de la individualidad del menor, la otra el debilitamiento producido por la equiparación de roles entre padre y madre. La tercera, es el avance de un modelo de alta juridicidad (en control e intervención estatales) sobre la relación paterno-materno-filial.

96. FRANÇOIS DE SINGLY, en su ya citada *Sociologie de la Famille Contemporaine*<sup>51</sup>, con cita del esquema de Durkheim decía:

"La famille moderne est ainsi sous surveillance...Pour Émile Durkheim, l'État remplace les parents de conjoints et l'environnement plus immédiat de la famille pour son contrôle. L'État...a soutenu, au contraire, l'action des hygienistes, des médecins, des psychologues, des travailleurs sociaux, des assistantes sociales, des thérapeutes conjugaux, des médiateurs familiaux –la liste s'allonge sans cesse..."

97. En cuanto a la equiparación de roles. La patria potestad ha mutado su denominación. Anteriormente se la denominaba, siguiendo la tradición romanista *patria potestas*, la potestad del padre. Pero una vez que la autoridad se otorgó a ambos progenitores, para tender a la equiparación de autoridad de madre y padre, la expresión parecía inadecuada y además pertenecía a un modelo de autoridad de los padres no intervenida por el Estado. Así que la doctrina en general tendió a sustituir el nombre. Ahora se habla de la autoridad conjunta de los padres. Este reemplazo terminológico se ha hecho en el texto legal. El reemplazo obedece a una ideología, y avanza hacia la disminución de la autoridad paternal. Ya lo había advertido MALAURIE:

---

<sup>51</sup>París, 1995, Nathan Université, p. 9.

"Peu à peu s'efface l'autorité parentale, et du même coup la structure même de la famille. Comme l'aurait dit la psychanalyse de Lacan, la personnalité de l'enfant ne se construit plus par rapport au père, mais en référence aux pairs ... la relation familiale tend à devenir une "communication" et une fraternité universelle."<sup>52</sup>

98. Estas tres vertientes (de la potenciación de la individualidad del menor, de la equiparación de la autoridad de los padres, y del incremento de un control reticular del Estado sobre el ejercicio de la patria potestad) inciden directamente en la pérdida de la autoridad, y según expresa significativamente MALAURIE (en la cita del párrafo anterior) en igualdad y fraternidad universales, donde era necesaria una jerarquía y una diferenciación para el desarrollo del individuo.

99. *Las leyes de salud sexual y reproductiva.* Una de las injerencias más nítidas del Estado en la familia han sido las leyes de salud reproductiva. El Estado ha saltado por encima de la autoridad de los padres, estableciendo una relación directa con un menor (desprotegido del paraguas familiar). El caso-paradigma en esta materia fue el "Gillick-case"<sup>53</sup>, como todos sabrán. El caso se desarrolló en 1984. Una madre de cinco hijos se opuso a una circular del departamento de salud británico que habilitaba a los médicos a prescribir anticonceptivos a los púberes sin autorización de los padres. La Sra. Gillick perdió todas las instancias, aun cuando alegó el "welfare of the child". El pronunciamiento de la House of Lords fue palmario: "el poder de los padres sobre sus hijos deriva de sus deberes" por lo que se prescribieron en uno de los votos, cinco recomendación (luego denominadas *Gillick Principle*) que pueden resumirse en que a juicio de médico el mejor interés de la menor es que reciba el asesoramiento contraceptivo sin consentimiento, pues de lo contrario puede sufrir menoscabo su salud psíquica o física.

100. Esta vulneración de la patria potestad, sentó doctrina y extendió sus tentáculos a Europa continental y también a nuestra tierra. En la Ciudad de Buenos Aires y en algunos municipios de la provincia ya rigen estas leyes (y si algún obispo las señala es echado por el presidente del cargo que le confía la Iglesia, previa campaña mediática con recursos del erario público). Se han presentado amparos de distinta índole, pero invariablemente se ha resuelto por la doctrina-Gillick.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> MALAURIE, Philippe, *Droit Civil. La Famille*, Paris, 1995, Éd. Cujas, p. 432.

<sup>53</sup> *Gillick v. West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority*. Ha sido muy comentado y hay vasta bibliografía al respecto.

<sup>54</sup> Ver p. ej. ED 198-366, Amparo contra el municipio de Vte. López., por ordenanza publicada el 27/12/2000.

101. *Problemas de las nuevas fronteras en materia de fecundación.* Esta temática excede lo jurídico, para ingresar en un campo que es propio de las ciencias duras. Por lo tanto, el Derecho recibe de oídas la problemática. Y cuando oye, trata de prestar mucha atención, porque la palabra la tienen los médicos, los biólogos, los embriólogos, los genetistas y posiblemente también los químicos. Pero, las nuevas modalidades de procreación generan innumerables dificultades al derecho, que siempre sigue a la ciencia.

102. Uno de los desafíos, como ya señaláramos, es la fecundación heteróloga, puesto que lesiona el deber de fidelidad entre los cónyuges, y plantea un desafío a la determinación de la filiación. No hay que olvidar que del emplazamiento de estado de hijo surgen obligaciones para el padre (por ejemplo, alimentarias). A la vez, en el seno de la misma problemática y con el auge del derecho a la verdad biológica, se produce el problema (que ya se ha planteado) acerca de si el menor tiene derecho a conocer quién es el donante de esperma o de óvulos.

103. Otro desafío lo proporciona el destino de las partidas de embriones crioconservados. Recientemente, una profesora de la UCA, presentó en España una ponencia, sosteniendo la constitución de un fideicomiso para la conservación de embriones. Fue violentamente contestada. Se la acusó de hacer ideología, porque en la ponencia sostenía que el embrión es persona y puede ser por tanto beneficiario de un fideicomiso.

104. Otra cuestión fuertemente discutida en las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, es la clonación con fines terapéuticos. ¿Puede engendrarse científicamente un embrión cuya única finalidad sea ser aniquilado para la supervivencia de su hermano? Algunos teóricos del derecho de familia, (uno de ellos se retiró de la Corte Suprema de Justicia por "cansancio moral") afirmó que debía permitirse la clonación terapéutica.

En fin, son estos atisbos de una realidad que tangiblemente nos ha sobrepasado: nuevos tipos familiares, monoparentalidad, autoridad parental, union libre, embarazos incompatibles con la vida, divorcio-remedio .. aquí otra vez la relación entre palabras y cosas. Los neologismos han saturado la exposición. El lenguaje de la nueva ciencia del Derecho de Familia es estereotipado. Pero este lenguaje es deliberadamente creativo. Lejos de usar las palabras para designar lo que ya existe, se crean palabras para cambiar la realidad. Y el lenguaje tiene también una función poética (como señalaba el recientemente fallecido P. Ricoeur).

Sin embargo, a veces, la naturaleza se rebela contra la ideología, y en algún momento se derrumba la Torre de Babel.