

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil	1079
-------------------------	------

DERECHO CIVIL

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen, "La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 26, 1988, pp. 115-130.

Como el título del artículo lo expresa, Fernández-Miranda propone un cuestionamiento de la declaración de igualdad contenida en la Constitución española con especial referencia a las condiciones reales de igualdad o discriminación en la interpretación de la propia norma fundamental. Dicho cuestionamiento es de especial importancia para el estudio de la mujer en cuanto al análisis de su situación real en el ámbito jurídico nacional, pues aunque México puede jactarse de haber consagrado la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer muchos años antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, no puede sostener que exista una igualdad real entre unos y otras. De hecho sucede lo contrario: las reformas del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal implican ese reconocimiento implícito junto con la aceptación de la valoración económica del trabajo doméstico.

Introduce sus reflexiones ubicando el lugar que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional ocupan como fuentes del derecho con el fin de demostrar a través del análisis de algunas sentencias de dicho tribunal el riesgo real que existe en la interpretación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite la creación de una línea interpretativa uniforme. Centra su análisis en la discriminación por razón de sexo, en donde se puede observar una tendencia evolutiva —al decir de la autora— desde una valoración formal de la igualdad hacia la tutela antidiscriminativa.

Afirma que el principio de igualdad recogido por el artículo 14 de la Constitución española, es continente de un mandato múltiple, pues hace referencia a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación "por causas concretas y expresamente rechazables, unido a una pretensión de erradicar las situaciones discriminatorias existentes en la

sociedad, que ofenden directamente el concepto actual de dignidad de todos los *hombres*" (subrayado mío), reconocido en el artículo 10 de la propia Constitución española.

En otras palabras —explica la autora— la igualdad de trato ante la ley es una igualdad formal que pone límites a la actuación de los órganos judiciales a fin de que si existen desigualdades reales se exija que estas sean razonables, proporcionadas y justificadas y no producto de la arbitrariedad.

En este contexto, hay discriminación en cuanto que existan actuaciones que se basen en una distinción por razón de categorías naturales o sociales que no tienen relación alguna con los méritos y capacidad o la conducta de la persona en cuestión, como es el caso, entre otros, de los prejuicios contra el sexo. Aclara que es evidente que estas actitudes han sido creadas tanto por los poderes públicos como por la propia sociedad y han existido en todas las culturas y que no es hasta la Segunda Guerra Mundial cuando se empezó a trabajar para "eliminarlas" de nuestro quehacer cotidiano; por ello han surgido normas protectoras de las colectividades víctimas de estas conductas tanto a nivel internacional como interno.

Explica que el sistema jurídico español promueve tanto la igualdad formal como la igualdad real, de ahí que supone tanto una igualdad de trato como una igualdad de oportunidades, de tal manera que se compensen las efectivas desigualdades económico-sociales y se supere el mero reconocimiento formal de dicha igualdad.

Las sentencias que analiza suponen discriminación tanto para la mujer como para el varón.

Respecto de la primera, se trata de una sentencia que recayó en un juicio laboral que rompió con una histórica desigualdad de la mujer, que era despedida por razones de matrimonio y cuya reinstalación dependía de que se convirtiera en cabeza de familia. En la sentencia que analiza se señala que tal línea es lesiva desde que la Constitución consagra el principio de igualdad. Sin embargo, puntualiza Fernández-Miranda, este cambio de perspectiva sólo tiene eficacia cuando las acciones de reclamación por el despido no hubieren prescrito, y que las situaciones discriminatorias que hubieren tenido lugar en el periodo preconstitucional persistan.

Respecto del varón, apunta que existen decisiones del Tribunal Constitucional cuya "víctima de la discriminación" es precisamente el varón por "decisiones judiciales aplicadoras de normas reglamentarias protectoras de la mujer y, presuntamente, lesivas, por discriminatorias, res-

pecto al varón". Tal es el caso de la regulación del trabajo nocturno de la mujer a la que han pretendido acogerse algunos trabajadores. Al respecto la sentencia de la Magistratura del Trabajo se opone a que tales medidas se apliquen a los varones. Dice: "si existe igualdad jurídica entre los sexos en el mundo laboral, tales medidas deben revisarse y, si carecen de actualidad, derogarse". En otras palabras: si la desventaja de la mujer ha desaparecido, sobran las normas que la protegen y éstas no deben ampliar su ámbito de aplicación a quien no necesita. Sin embargo, el Tribunal Constitucional modificó esta línea interpretativa alegando que, dado el estado democrático igualitario que priva en España, "no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiere adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad personal"; interpretación que aplica al principio de igualdad como simple equidad en el trato que parece decir que la declaración jurídica de la igualdad ha hecho que hombres y mujeres tengan una misma situación socioeconómica e idénticas posibilidades de acceso, mantenimiento y promoción laboral.

Otra de las sentencias, ejemplificadoras del "trato discriminatorio" para el varón, es una que recayó a la pretensión de un viudo que exigía el derecho a la pensión de viudez. Dicha sentencia ubicó la acción en el ámbito asistencial, negó el derecho pues esta pensión se crea por una situación de necesidad cuyas razones sociológicas e históricas corresponden a la mujer y no se pueden ampliar a quien no se encuentre en ese estado de necesidad, por lo cual no puede acceder a ella pues gravaría al sector de ciudadanos que soportan la cobertura a través de los impuestos o una disminución de la disponibilidad de recursos para aquellas viudas que sí están en esa situación de necesidad.

Es de aclarar que, según lo que reporta Fernández-Miranda, la sentencia nuevamente dispuso que la norma que habla de "viuda" es discriminatoria; sin embargo, no fue un fallo unánime; tres magistrados sostuvieron el criterio mencionado en el párrafo anterior. Este tipo de prestaciones pretenden equilibrar su situación real de desigualdad debida, entre otras cosas, al trabajo doméstico a que están confinadas las mujeres, que las descalifica en el mercado de trabajo "económico", desigualdad que no desaparece por ignorarla o por suprimir las normas que tienen una función compensatoria dentro de una "política antidiscriminatoria" como es esta pensión. Este criterio prevaleció en otro juicio en el que un varón alegaba tener derecho a la ayuda de guardería. Dicha sentencia reza:

el hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento otorgado a éste no constituye, por tanto, una discriminación prohibida por el artículo 14 C.E., sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social... no hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas de acuerdo con criterios distintos...

Concluye nuestra autora señalando que existe una contradictoria jurisprudencia en estas materias, que debería ser unificada por el pleno en el próximo recurso de amparo que se presente en esta materia a fin de que no se vulneren el principio de la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley, por otorgársele un contradictorio tratamiento jurisdiccional.

En forma independiente de esos razonamientos, válidos *per se*, es importante rescatar, desde mi punto de vista, la interpretación del principio de igualdad, distinguiendo la igualdad puramente formal de aquella real o de trato tan importante en un contexto socioeconómico como el que vivimos los (las) mexicanos (as). Esta interpretación reconoce que a pesar de los esfuerzos internacionales y nacionales por establecer en ordenamientos jurídicos la igualdad entre hombres y mujeres, la realidad continúa presentando una gran desigualdad que debe ser compensada por instrumentos de apoyo al grupo más expuesto: el de las mujeres.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José, "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 26, 1988, pp. 85-113.

Este artículo pretende contribuir a la discusión jurídica sobre las alternativas que se han abierto en las relaciones familiares desde que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, se han incorporado a la vida cotidiana de hombres y mujeres. Desde este momento me gustaría aclarar que reseño el trabajo precisamente para aprovechar un espacio y cuestionar la postura tendenciosa del autor quien analiza el

problema desde la perspectiva que durante siglos se nos ha impuesto: la perspectiva patriarcal. Mi intención es, pues, contestar sus argumentos desde la perspectiva femenina con miras a lograr un equilibrio en esta materia, poner en la mesa otros argumentos que han pasado desapercibidos por González Trevijano y por otros autores que desde su mismo punto de vista estudian el problema de estas nuevas técnicas.

Inicia su argumentación expresando que él no se lamenta del retraso sistemático del derecho a presentarse como normador de realidades. Afirma que "sólo yendo detrás podrá el derecho recoger la voluntad general, sólo palpando esa realidad, los problemas y el sentir de los que serán receptores de las normas podrá el derecho intentar acercarse a lo que debe ser su fin: regular la sociedad tal y como sea querida por aquellos que la componen". Este planteamiento nos permite identificar a González Trevijano como un conservador, como uno más de los que considera al derecho como un producto acabado, estático y no como un producto de la sociedad que se va haciendo conforme la sociedad misma evoluciona, como un producto dinámico que puede promover el cambio y no nada más "institucionalizar relaciones ya vividas en comunidad".

Justifica su afirmación en el creciente interés que estas prácticas de reproducción están teniendo en las comunidades tanto a nivel nacional como internacional. Interés que aporta posturas que varían en el tiempo y en el espacio y se espera que sigan variando. Esto es cierto; sin embargo, existen declaraciones de principio que ya deberían estar plasmadas en documentos normativos sobre todo si tomamos en cuenta que estas prácticas, su investigación y concreción no tienen sólo un par de años. Ya desde los años 50 se empezó a tener noticias de resultados positivos en la inseminación artificial de mujeres y para los años 70 tuvimos la noticia de los primeros nacimientos de los entonces llamados "niños (as) de probeta". Han pasado, pues, casi 40 años en el primer caso y 20 en el segundo, por lo tanto considero que el silencio normativo no es justificable, tan no lo es que existen países que ya están implantando acciones legislativas al respecto; entre ellos está España.

En el contexto del derecho español, González Trevijano cuestiona la existencia de un derecho constitucional a la procreación, ya sea absoluto o relativo, y, si éste fuera el caso, el cuestionamiento está en los límites de este derecho.

Su primer planteamiento, a este respecto, es que sí existe un derecho a la procreación como una interpretación adecuada de la libertad consagrada en la carta magna española. Esta libertad es considerada como

un valor superior del ordenamiento hispano que expresa la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de otros derechos inherentes para el desarrollo de su personalidad. Sin embargo, esta libertad está encauzada y es de una extensión tal que no vulnere el resto de los principios y valores del propio sistema democrático.

En este contexto el derecho a la reproducción no es un derecho constitucional, pues no tiene una declaración expresa. Sin embargo, es un derecho que tiene su fundamento en la carta fundamental pues es una expresión de la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de hombres y mujeres; por tanto, no puede ser restringido sino con una justificación suficiente. Con esta afirmación abre la puerta para justificar la oposición basada en criterios moralistas patriarcales, pues afirma que "el sistema democrático es una construcción de equilibrios, de ponderación y de tolerancia", pero pierde de vista que esto no es sino un discurso político o, a lo más, un discurso académico dado que en la realidad el desequilibrio es el factor dominante en las relaciones sociales y más tratándose de las relaciones familiares pues el peso de los aspectos culturales es todavía grande y, a pesar de las declaraciones en contrario, la figura del *pater familias* es todavía respetada en este grupo social.

En materia de maternidad somos las mujeres quienes tenemos la palabra, lo cual no quiere decir que desconozcamos la responsabilidad del varón en ella. Al contrario, la demandamos, pero también demandamos que se nos escuche y atienda en primer término, pues el poder de reproducción está en nosotras y las nuevas técnicas nos abren las puertas para ejercer ese poder sin necesidad de depender del varón y es aquí en donde se centra el miedo que el poder patriarcal tiene y se transluce en argumentos de este tipo y más claramente en otros argumentos como los que expondré a continuación.

González Trevijano explica que existe otro fundamento constitucional en juego cuando se habla del derecho a la procreación o reproducción. Este es el principio de igualdad. Nos dice que la igualdad es un derecho nacional que se aplica y explica en relación con otro valor. En relación con las nuevas técnicas de reproducción asistida, señala que existen dos vertientes conflictivas: por un lado, la decisión de si se puede aplicar estas técnicas a hombres y mujeres por igual, o si, por otro lado, deben prevalecer ciertos principios, por lo cual se deben aplicar sólo en determinadas circunstancias personales.

Así, sostiene que la discriminación por razón de sexo está expresamente prohibida en la Constitución y, por ello, tanto hombres como mujeres tienen derecho a solicitar que les sean aplicadas cualquiera de

estas técnicas. Sin embargo, González Trevijano se encuentra preocupado porque sólo las mujeres podemos acudir en lo individual a ejercitar este derecho y los hombres necesitan la colaboración de una mujer que le lleve a término su gestación. Lo cual conlleva a concluir que "en igualdad de circunstancias el hombre no puede completar su derecho a reproducirse salvo con la conveniencia de una mujer que geste al hijo". Por lo que propone, para equilibrar esta circunstancia, defender la práctica del alquiler de úteros, aunque más adelante él mismo expone las razones por las cuales estas prácticas no son aconsejables desde la perspectiva del varón. Sin embargo, afirma: "si se consiguiera llevar a término una gestación con independencia del útero femenino nada cabría objetar a que los hombres solicitaran la gestación de un hijo por estos medios a partir de su propia aportación genética, si tal posibilidad estuviera reconocida a las mujeres". Me pregunto si González Trevijano se dará cuenta cabal de lo que está proponiendo. Tal parece que le cuesta más trabajo pensar que la normatividad entera requiere un replanteamiento que reconozca la real diferencia entre hombres y mujeres, que reconozca que existe un desequilibrio cultural que afecta y coloca en situación de desventaja a la mujer tanto en aspectos económicos, políticos, laborales, como al interior de la familia, que pensar y promover situaciones de ciencia ficción deshumanizante que pueden llevar al ser humano a la construcción de sociedades como la descrita en el *Mundo Feliz* de Huxley.

También propone que los límites al ejercicio del derecho a la procreación no se fijen en la existencia de una pareja hombre-mujer unida en matrimonio o en forma extrajurídica pero estable. En ello estoy de acuerdo, como lo estoy con el argumento que fundamenta tal propuesta. Afirma:

Estamos de acuerdo en que los nuevos sujetos deben nacer en un contexto que les facilite su desarrollo y su felicidad y en el que cuenten con el afecto del o de los que lo engendraron o de los que asuman las obligaciones socializadoras respecto de él. Por ello creo más conveniente el nacimiento de un nuevo sujeto con un solo progenitor consciente y voluntario que con dos progenitores en desacuerdo. La aceptación de la pluralidad implica no sólo la tolerancia de situaciones distintas sino, también, su valoración en similares términos.

Básicamente estamos de acuerdo; sin embargo, es preciso aclarar que la pluralidad que buscaría en lo personal sería una pluralidad absoluta

en donde hombres y mujeres tuvieran la oportunidad de conformar una familia estable, sobre todo afectivamente hablando independientemente de sus creencias y preferencias, incluidas las referidas a la sexualidad.

Respecto de la pluralidad de sujetos que intervienen en la procreación de un nuevo ser, afirma la necesidad de reconocer esta realidad pues ignoran o pretenden ignorar que esta realidad atenta no sólo contra el equilibrio social. Propone que se hable de madre plena, genética o gestativa parcial y legal, así como de padre pleno, genético o legal. Asimismo rechaza la utilidad del anonimato de los donadores de gametos, pues el reconocimiento jurídico de una realidad no implica necesariamente la asignación de "derechos y obligaciones". En cambio, la transparencia de la realidad contrarresta prácticas discriminatorias y atentatorias de los derechos del nuevo ser, sobre todo el derecho a conocer sus propios orígenes.

Es cierto que ello subvierte el orden jurídico y el esquema estructural de nuestras familias. Sin embargo, desde nuestro punto de vista este orden ya está subvertido y lo único que se haría es reordenar los esquemas con una realidad distinta.

En esta reordenación propone, entre otras cosas, una reinterpretación del término paternidad que incluya el término maternidad, para los efectos de la investigación de uno y otro hecho. Nuevamente reproduce el esquema patriarcal y justifica su propuesta diciendo que tanto en el lenguaje coloquial como en el jurídico el concepto de padres incluye a la madre. Otra vez evidenciamos que a los varones les cuesta más trabajo pensar en la definición de la mujer en sí misma con sus diferencias funcionales biológicas, y su excelencia humana distinta a la esencia del varón que seguir desconociéndonos aún en aspectos tan claramente diferenciados como son la maternidad y la paternidad. ¿Por qué es más fácil incluir aquel concepto en éste que definirlo por sí mismo? La respuesta apunta a las estructuras patriarcales de nuestra sociedad.

Otra de sus propuestas es que la transferencia de gametos esté totalmente fuera del comercio, como lo debe estar el cuerpo de la mujer. De tal manera que la transferencia de gametos sea exclusivamente a través de donaciones y el arrendamiento de úteros esté prohibido por la norma pues esta práctica "puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino inadmisibles en una sociedad democrática...". Como mujer planteo una postura radical: no, estas prácticas no pueden constituirse en formas de manipulación puesto que ya lo son. Ahora en este momento aun cuando el derecho no ha dado una respuesta, esta práctica es ya una manipulación y comercialización de nuestros cuerpos que

atenta contra nuestra dignidad y favorece nuestra cosificación, contra la cual hemos luchado desde siglos atrás. Planteo esta postura radical pues González Trevijano cuestiona al arrendamiento de útero preguntando si esta práctica puede o no beneficiar la producción mundial o alterar la actual división sexual del trabajo. Parece ser que aunque acota que son contrarias a la dignidad de la mujer, su preocupación, nuevamente, se centra en la posible ruptura del orden social patriarcal que priva desde hace siglos, aunque no lo exprese en estos términos.

Afortunadamente, en su artículo defiende algunos aspectos que favorecen las alternativas a los actuales esquemas sociales como la afirmación del derecho, ya reconocido en algunos organismos, de la mujer sola a recurrir a las técnicas de reproducción asistida en toda su extensión, sobre todo tomando en consideración que la Convención Europea de Derechos Humanos informa del derecho a la maternidad de la mujer sola, de las parejas lesbianas y a la paternidad de las parejas homosexuales.

Estoy de acuerdo con González Trevijano cuando concluye afirmando que estamos frente a un gran reto, pero difiero con él en la definición de sus alcances.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse, "Le droit de l'enfant face au droit a l'enfant et les procreations medicalment assistees", *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, París, año 87, núm. 4, octubre-diciembre de 1988, pp. 645-672.

El continente europeo se encuentra ante un gran incremento de los nacimientos vía alguna de las técnicas de procreación asistida. Incremento tal que ha movido a todos los órganos de su sistema jurídico en la búsqueda de instrumentos de control para este fenómeno. Meulders-Klein, presidenta de la Asociación Internacional de derecho de familia, aporta, a esa discusión, una serie de lineamientos que responden a la pregunta con que intitula su artículo: ¿se puede hablar de un derecho al hijo y de un derecho *del* hijo?

Puntualiza que el problema se plantea con un antagonismo crudo entre las dos premisas en el que, desgraciadamente, se refleja una oposición entre figuras que están unidas estrechamente entre sí: el padre,

la madre y el (la) hijo(a). Desde mi punto de vista, ambas premisas no son antagónicas *per se*. Lo son sólo en una determinada estructura familiar que responde, culturalmente, al patrón ideológico patriarcal que desde hace siglos nos es impuesto. Con mi reseña pretendo hacer una relectura de los argumentos de Meulders-Klein para evidenciar las afirmaciones dogmáticas que —*a priori*— descalifican cualquier respuesta diferente a lo llamado “normal” y cierran, con ello, la posibilidad de legítimas vivencias afectivas familiares alternativas.

Estaré siempre de acuerdo con ella y con quien se manifieste en el sentido de que el problema debemos abordarlo desde una perspectiva que armonice con el respeto a la dignidad y a los derechos del ser humano y abarque su comprensión desde la persona individualmente considerada —aspecto privado— o como integrante de una comunidad —aspecto social o público—. Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con discursos que presentan sólo una alternativa como la única válida y aceptable por más que sea fundamentada en el discurso de Giovanni della Mirandola sobre la “dignidad del hombre”, porque se trata de un discurso dirigido a Adán y no a Eva —por lo cual no incluye en el mismo a la mujer— y porque estudiosos de la naturaleza humana como Erick Fromm y toda la corriente humanista, han evidenciado lo contradictorio de esa naturaleza y lo conflictivo de la misma, de tal suerte que nuestro actuar individual es simplemente eso, un actuar, que no nos degenera ni regenera. Además, la historia ha demostrado que son las políticas de los grupos en el poder las que han puesto sistemáticamente en peligro a la humanidad y no el ejercicio de las libertades individuales que es, en primera instancia, el marco de la dignidad humana. Tal y como lo expresa Meulders-Klein y todos (as) los (as) que en algún momento hemos intentado proponer soluciones al problema que nos ocupa.

Ella afirma, paradójicamente, que los ingredientes de nuestro problema son los instintos humanos, ordenados y desordenados, y la especificidad de lo humano centrada en la capacidad para amar y ser amado y para sufrir y hacer sufrir.

A partir de este preámbulo que define su postura, en el contexto de un discurso patriarcal con matiz adecuadamente humanista, la autora identifica la situación jurídica y de hecho del (la) niño (a) a través de una procreación asistida abarcando las diferentes respuestas en que se puede encontrar: procreación asistida dentro de matrimonio, fuera de él en parejas heterosexuales o en parejas homosexuales y de lesbianas, de una mujer sola; procreaciones heterólogas, homólogas o *in vitro*.

La autora utiliza como base de su estudio un principio: afirma que el mejor interés del niño(a) es nacer dentro de una familia bilineal, es decir, aquella integrada por la familia paterna y materna. De ahí, examina las repercusiones de las diferentes técnicas de procreación asistida en la situación del niño desde dos puntos de vista que se enlazan entre sí: el estudio de las diferentes técnicas y el estudio de las diferentes situaciones de demanda de hijos(as). En ambas líneas de análisis surgen respuestas relativas a la filiación legal de estos (as) niños (as), a pesar de que existe al respecto un silencio peligroso en el ámbito legal; peligroso porque, afirma con cierta razón, todo aquello que es técnicamente posible tiene grandes probabilidades de ser realizado y, de hecho, lo es. Como ejemplo de la peligrosidad de esta falta de transparencia, que abarca todos los ámbitos, expone el problema del SIDA, que se plantea en el orden del control sanitario de las donaciones de gametos.

En mi relectura de su primera línea de estudio quisiera resaltar que Meulders-Klein se preocupa principalmente por la identificación clara de la filiación del (la) niño (a) que nace del uso de cualesquiera de las técnicas de procreación asistida. Preocupación acertada pero cuestionable en su enfoque porque valora la posible aparición de dificultades en la vida del (la) niño (a) desde el parámetro estructural de la sociedad patriarcal en que vivimos sin que abra el camino a nuevas alternativas.

Para ella, tiene más dificultades el niño nacido de una fecundación heteróloga que aquel que es fruto de una fecundación homóloga pero, si esta fecundación se realiza después de la muerte del padre será éste quien tenga más problemas. Ahora bien, los hijos de mujeres solas, según su esquema, sufren más y el colmo de las dificultades lo tienen los hijos de lesbianas que recurren a la inseminación y los de homosexuales que recurren al arrendamiento de útero.

Desde mi punto de vista, las dificultades no giran en torno al estado civil de la mujer que recurre a la procreación asistida para tener descendencia, ni a su preferencia sexual, pues independientemente de que ella sea casada, soltera o lesbiana, con estas prácticas y, sobre todo, con la falta de control de las mismas y el celo con que se cuida el anonimato del (la) donador (a) de gametos, los que están en juego son los derechos humanos del niño (a), como el derecho a la salud o a conocer sus propios orígenes.

Es claro y así lo apunta Meulders-Klein, que existen ciertas dificultades para precisar una filiación bilineal respecto de los (las) hijos (as)

de homosexuales y lesbianas que recurren a la procreación asistida. Sin embargo, la filiación, como institución jurídica, por sí sola no garantiza esos derechos, pues sus efectos son otros: el reconocimiento de quien o quienes deben responsabilizarse del cuidado y atención de los hijos (as), el señalamiento de un derecho a la sucesión legítima entre padre-madre e hijos (as) recíprocamente, etcétera.

La autora precisa que, salvo en Alemania, donde un(a) menor puede, alcanzando una edad que no nos determina, demandar el conocimiento de la identidad del donador y, "eventualmente", "actuar contra este hombre" "no hay en la hipótesis de la mujer sola o de la pareja de lesbianas, ninguna esperanza que su hijo(a) pueda un día tener una paternidad, excepto en la hipótesis, improbable, de un reconocimiento falso o posterior adopción". Continúa su sentencia: "En derecho, como en los hechos, la situación de este niño(a) es todavía más grave que aquella del niño voluntariamente procreado *post mortem*, porque se encuentra privado de la imagen misma del padre y de toda la familia paterna."

Sentencias cuestionables pues se hacen desde un prejuicio discriminatorio. La necesidad de una imagen paterna es una necesidad cultural que, además, no siempre es satisfecha pues aun en las familias más estructuradas, en un alto porcentaje, esta figura o imagen es una figura o imagen ausente. Por otro lado, parece incongruente que la mujer sola y la pareja de lesbianas que recurren a estas prácticas para procrear, tengan una esperanza (insatisfecha) de que algún día su hijo (a) llegue a tener una paternidad. Precisamente recurren a estas técnicas pues no desean esa paternidad.

Continuando con nuestra relectura llegamos al capítulo de la maternidad subrogada. Capítulo en el que rechaza la validez de un contrato de arrendamiento de útero por una doble ilicitud en su objeto: por un lado la comercialización del cuerpo de la mujer y por otro la persona del(la) niño(a) por nacer, que tampoco puede ser objeto de ningún contrato.

Afirma que siendo las normas relativas al estado civil de las personas, normas de orden público, no pueden estar sujetas a contrato y por tanto no se puede, lícitamente, obligar a la "portadora" a parir en el anonimato, a renunciar de antemano a impugnar la maternidad de la mujer que no parió al(la) niño(a), a obligarse a consentir una eventual adopción.

Pasando más adelante encontramos una serie de consideraciones sobre la fecundación *in vitro*. Al respecto rescata la necesidad de proteger la

dignidad del embrión aunque sus argumentos parecen reforzar la lucha de quienes están contra el aborto. Sin embargo, es válido su intento de rescatar esta dignidad porque al permitir la experimentación y en su caso, comercialización sobre embriones humanos, se atenta, en última instancia, contra la dignidad misma del ser humano, argumento que no interfiere en la línea de la lucha por la liberación del aborto y si demanda esa misma tutela y control que pide Meulders-Klein.

En su segunda línea de análisis la autora pregunta si existe un derecho *al* niño que prevalezca, eventualmente, sobre el derecho *del* niño. Sobre todo porque existe una tendencia en diferentes núcleos a considerar tal derecho al niño como un derecho fundamental que puede ejercerse en el momento que se desee y como se quiera.

Según ella esto es un reflejo del individualismo exacerbado de nuestra época, cuya vehemente expresión no sólo abarca el reconocimiento de la legitimidad del deseo de tener descendencia en una pareja estéril o que puede transmitir una enfermedad hereditaria a su hijo(a), sino una voluntad "profundamente anclada en el inconsciente" de libertad y agotamiento en lo individual en materias como el sexo, la vida y la muerte. Este deseo a la descendencia es tan violento, al decir de la autora, como lo es el "no deseo" y no son más que los extremos de una "patética búsqueda de la felicidad" cuestionada por ella —siguiendo a Carbonnier—, porque su afirmación es tanto como concebir al derecho como una "cooperativa de felicidad individuales".

Señala que de considerar este deseo a la descendencia como un derecho, y dado que en su ejercicio intervienen varias personas, entre ellas el(la) médico(a) que asiste, debería estar enmarcado en los principios de la ética médica, en las normas generales de licitud de los actos médicos y a las reglas de derecho común aplicables a la responsabilidad médica; por tanto, sólo es lícito aplicar y recurrir a las técnicas de procreación asistida si existe una necesidad terapéutica, preventiva o curativa para intervenir; si existe una estricta utilidad y proporcionalidad entre los actos en relación al fin legítimamente buscado y si existe el libre e informado consentimiento otorgado por el (la) paciente.

Tales principios sólo son aplicables, en la línea discursiva de Meulders-Klein, en parejas heterosexuales, pues las mujeres solas o las parejas de homosexuales y lesbianas no responden a las condiciones de necesidad médica y a la proporcionalidad de riesgos porque "las filiaciones atípicas, cualquiera que sea el modo de la concepción, son demasiado pesadas para el niño". Recalca aún más su postura dogmática pregun-

tando: ¿no sería mejor que el hijo pudiera invocar por sí mismo su derecho a una "familia normal"?

En el particular no deja de sorprenderme cómo repetimos dogmas sin cuestionarlos. A nuestra autora le llevó mucho tiempo para realizar su investigación que, estoy segura, hubiera aportado conclusiones diferentes si hubiera abierto su postura a formas y respuestas alternativas; si se hubiera detenido un poco a cuestionar el paradigma de la "familia normal" y lo que esa expresión significa realmente en las estructuras de poder sobre todo para la mujer y los(las) hijos(as). Sin embargo, no lo hizo y afirma que es difícil para el niño sobrellevar una filiación atípica y efectivamente lo es, pero no por las circunstancias objetivas de su concepción y nacimiento, sino por la actitud social respecto de ellas, actitud que se refleja en afirmaciones discriminatorias como las de Marie Thérèse Meulders-Klein.

¿Por qué tenemos que decidir si existe o no un derecho incondicional al hijo(a)? Existe ya un derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de nuestros(as) hijos(as), por lo menos en México, preocuparnos por las circunstancias del nacimiento o de la concepción es discriminatorio. Creo que en relación con las nuevas técnicas de procreación asistida y, en general, con las manipulaciones genéticas, la tarea del jurista es preservar la dignidad humana, imponiendo límites a conductas y actividades que la denigren y proporcionen bases de protección a los derechos de la persona humana afectados por estas técnicas, como son el derecho a la salud del (la) niño(a) y el derecho a conocer sus propios orígenes y el derecho de la mujer a la no comercialización de su cuerpo (en los casos de arrendamiento de útero).

Mi pregunta y mi convicción apuntan en un sentido: la mujer ha sido condicionada a ejercer una maternidad forzada durante siglos, es hasta épocas muy recientes cuando se empiezan a ver los primeros resultados de la lucha por ejercer una maternidad libre, es decir, por satisfacer su derecho a tener o no tener hijos, cuestionar la licitud de este deseo es atentar contra esa lucha de liberación. Las primeras en preocuparnos conscientemente por el bienestar de nuestros(as) hijos(as) desde que el ser humano adquirió su naturaleza diferenciada de otros primates, hemos sido las mujeres; en este cuidado el gran ausente ha sido el varón de la especie desde que era cazador de grandes animales hasta nuestros días, no entiendo por qué ahora se quiera limitar la libertad de la mujer a tener o no hijos(as) en aras de una imagen que no ha estado presente. La única razón que encuentro es que estamos realmente en posibilidades de vivir esa libertad —llámese o no derecho— sin el consenso

del varón, situación que debe ser amenazante para él como detentador del poder; por tanto, no debe ser permitida en el contexto de un discurso patriarcal y sí criticada, aunque los argumentos que se empleen, como lo hace Meulders-Klein, carezcan de congruencia con los valores introyectados ancestralmente y con la realidad historico-antropológica.

El último punto que encabeza con una conmovedora falacia "El derecho de los hombres a nacer ¿opción individual o responsabilidad colectiva?", es un llamado a recapitular sobre la responsabilidad que la humanidad tiene de preservar a futuro la dignidad de la persona humana; de no permitir la *instrumentalización* —hoy potencial— del propio ser humano, llamado que secundo, pero desde una perspectiva que apunte, como señalé desde el inicio de mi reseña, hacia rumbos en donde el poder sea para todos(as) y no para unos cuantos que lo ejercen sobre el resto de los hombres y mujeres.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

NICÓLAS-MAGUIN, Marie-France, "Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987", *Recueil Dalloz Sirey*, Paris, núm. 42, diciembre de 1988, pp. 307-311.

Antes de la expedición de la ley número 87-570 de 22 de julio de 1987, era frecuente en Francia y en otros países que los tribunales otorgaran la patria potestad y la guarda conjunta de los hijos a ambos progenitores, en los casos de separación por divorcio y en las uniones de derecho.

Esta ley legalizó en Francia la práctica judicial.

El artículo 5 de la ley, modificó el artículo 287 del Código Civil en la siguiente forma: "En consideración a los intereses de los hijos menores, la autoridad parental será ejercida en común por ambos progenitores cuando lo soliciten los dos o uno solo de ellos. Cuando la autoridad parental se ejerza en común, el juez señalará la residencia que habitualmente ocuparán los hijos."

Se persigue con esta modalidad obtener un relativo entendimiento entre los progenitores y mantener los lazos afectivos entre padres e hijos.

La elección del ejercicio común de la autoridad parental puede resultar del acuerdo de los padres o de la resolución del juez. Puede promoverse antes del inicio del juicio de divorcio voluntario en el convenio que deben celebrar los litigantes o durante el juicio mismo.

Este sistema legal depende principalmente de la voluntad de los padres. Pueden solicitarlo al juez, exponiendo la forma en que ejercerán la autoridad parental compartida. Señalarán las modalidades de su ejercicio y le solicitarán su aprobación. El juez está obligado a cautelar los intereses de los menores para cuyo efecto la ley le faculta para rechazar el convenio y no acoger el divorcio mientras los progenitores no presenten un acuerdo satisfactorio.

La intervención del juez es necesaria e importante, expresa la autora, porque a través del diálogo puede obtener un relativo entendimiento conciliatorio entre los progenitores, una vez decretado el divorcio. Se impiden o atenúan en esta forma las controversias naturales que surgen del diferendo y que suelen dañar gravemente a los hijos.

Establece esta ley una verdadera articulación entre el juez y los progenitores en beneficio de los intereses de los hijos.

Dispone el artículo 9 de la ley que a petición de uno de los esposos, de un miembro de la familia o del ministerio público, puede el juez dictar las medidas que crea convenientes para el ejercicio de la autoridad parental, pudiendo hasta confiar el hijo a un tercero.

Elemento esencial, en los casos de separación de los padres, es la determinación de la residencia del hijo, pues ello implica una comunidad de vida de éste con el progenitor elegido.

Cuando la elección le corresponde al juez, preferirá al que tenga una residencia habitual, que esté dotada de los medios más adecuados para hacer grata la permanencia del hijo. De lo contrario, puede transformarse la guarda en una "residencia flotante" o "guarda alternada", donde el hijo estará conviviendo con sus progenitores en forma rotativa, sistema que puede atentar contra la estabilidad del hijo, pues lo desvincula periódicamente de su medio.

Al progenitor que viva con el hijo le corresponderá realizar la mayor parte de los actos usuales relacionados con la persona misma del hijo. Contribuirá a su sustento en forma proporcional al aporte que haga el otro progenitor. En caso de desacuerdo, la pensión la regulará el juez.

No obstante, las medidas que se consideren importantes o esenciales, como el cuidado, alimentación y educación del hijo y otras semejantes, deberán adoptarse de común acuerdo, al igual que el derecho de visita del que no ejerce la custodia.

Respecto a los hijos nacidos fuera del matrimonio y que hayan sido reconocidos por ambos progenitores, la ley le otorga un papel preponderante a la madre, porque la familia de hecho se constituye alrededor de ella.

Sólo por acuerdo mutuo de ambos progenitores puede convenirse el ejercicio en común de la autoridad parental del hijo nacido fuera del matrimonio.

La autoridad parental conjunta depende exclusivamente de la voluntad de los progenitores. Al juez la ley no le otorga facultades para tomar la iniciativa y es al tribunal de tutelas al que le corresponde conocer del acuerdo de los padres del hijo nacido fuera del matrimonio. En cambio, es el juez que conoce del divorcio el que debe resolver sobre la autoridad parental y la custodia de los hijos del matrimonio.

Opina la autora que la ley francesa del 22 de julio de 1987 ha consagrado legalmente la práctica anterior sobre la guarda conjunta. Considera injustos los ataques que se han hecho a esta ley que permite el ejercicio común de la autoridad parental después del divorcio y que trata de mantener los lazos de afecto del hijo con sus progenitores, en especial con su padre, y porque con la intervención conciliatoria del juez se puede obtener un relativo entendimiento entre los divorciados.

Lisandro CRUZ PONCE

PRATTE, Marie, "La garde conjointe dans enfants de familles désunies",
Revue Générale de Droit, Ottawa, vol. 19, núm. 3, 1988, pp. 525-573.

En los casos de desunión de la familia, la custodia, tuición o guarda de los hijos se confía generalmente a uno solo de los progenitores o a un tercero. El encargado de la custodia queda responsable de su alimentación y educación, debe acogerlo en su domicilio o residencia, elegir al médico que debe atenderlo en caso de enfermedad y velar por su bienestar e integridad física y moral.

La figura jurídica denominada patria potestad en nuestra legislación, y autoridad parental en las más recientes, por consistir en un derecho-deber que es ejercido por ambos progenitores conjuntamente, presenta tres áreas bien delimitadas: custodia del hijo, administración de sus bienes si los tiene y representación legal del incapacitado.

La tendencia moderna considera que los progenitores separados deben perder sólo algunos de los atributos a áreas de la autoridad parental pero no la autoridad misma. Para ello, se han elaborado fórmulas con el propósito de distribuir en forma equitativa entre ambos progenitores el ejercicio de esta autoridad.

En la legislación y jurisprudencia francesa y canadiense encontramos dos nuevos conceptos: uno es la *guarda alternada* y el otro la *guarda conjunta o repartida*. Su objetivo es evitar el ejercicio exclusivo de la autoridad parental por solo uno de los progenitores separados o desunidos.

La ley francesa número 87.570 de 22 de julio de 1987, considera estas dos fórmulas.

En la guarda alternada el hijo debe vivir sucesivamente por periodos, a veces muy prolongados, con cada uno de sus padres, quienes ejercerán por turnos la autoridad parental.

Este sistema presenta ventajas e inconvenientes. Permite que el hijo viva en forma alternada en contacto directo e íntimo con cada uno de sus progenitores y no con uno de ellos solamente. Esta convivencia logra mantener viva la confianza y el afecto filial, que el divorcio o la separación suelen interrumpir peligrosamente.

Se le critica, en cambio, por no ofrecer estabilidad moral y material al hijo que debe cambiar periódicamente de hogar, de escuela, ciudad o país, con grave daño para su formación educacional y su vida de relación pues le aleja de los maestros, compañeros y amigos que ha logrado conocer en este extraño y raro proceso alternativo de existencia.

También se le expone a convertirse en actor o partícipe de los rencores que ocasionó la separación de sus padres, cuando aún no han sido olvidados los agravios, influyendo negativamente esta actitud en la formación física y espiritual del hijo. Ello impide o dificulta, además, la colaboración recíproca que se requiere de los progenitores, para tan altos fines.

Opina la autora de este comentario que la guarda alternada es raramente atribuida por los jueces canadienses.

La guarda conjunta, a pesar de la separación de los padres, les permite ejercer en común la autoridad parental, reservando para cada uno de ellos el derecho a participar en las decisiones más importantes relativas al hijo.

Ha sido acogida, después de muchas vacilaciones, como una buena solución por jueces e interesados, por su carácter igualitario. Antes, los progenitores separados disputaban la guarda del hijo y los tribunales generalmente favorecían a la madre a quien otorgaban la guarda y aun la autoridad parental en forma exclusiva.

El ejercicio conjunto de la autoridad parental permite que uno de los padres se haga cargo del hijo y que el otro conserve el derecho a velar

por su educación, a visitarlo e intervenir en todas las decisiones importantes que fuere necesario adoptar en beneficio del hijo.

Las actuales leyes de divorcio, más liberales que las anteriores, han facilitado en gran parte esta nueva concepción, pues hoy la separación se produce generalmente sin conflictos.

Se atribuye por la autora el origen de la guarda conjunta al *common law*. Habrían sido los tribunales ingleses, los que primero consideraron que no debía despojarse al padre meritorio de la guarda del hijo y sólo confirieron su ejercicio exclusivo a la madre, cuando el interés del hijo lo exigía.

Los tribunales del *common law* empezaron por encomendar a la madre la satisfacción de las necesidades cotidianas del hijo, al padre, el derecho a elegir su vida. Equilibraban hasta cierto punto los derechos de ambos progenitores al permitirles participar en las decisiones importantes relacionadas con el hijo, tales como su educación, residencia, alimentación y entretenimientos, y las demás que fueren necesarias para su eficaz desarrollo y bienestar.

En este sistema especial de guarda conjunta, son los demás atributos de la autoridad parental y no la guarda misma la que se ejerce en común. Es necesario hacer a este respecto una distinción entre la guarda jurídica, que se atribuye a ambos progenitores y la guarda física que se otorga sólo a uno de ellos.

En Canadá, los jueces acogían la guarda común sólo cuando ambos padres la solicitaban, pues se suponía que entre ellos no existían conflictos. Hoy la decretan libremente cuando consideran que es el mejor medio de proteger los intereses del hijo.

Según la autora, la jurisprudencia en Canadá fue vacilante. Los tribunales de Quebec la admitían cuando tenían la certeza de que los padres cooperarían desentendiéndose de agravios y rencores pasados.

Presumían que el acuerdo de los padres era una prueba clara de su interés por compartir entre ellos, sin problemas, la autoridad parental. Esto no significa, sin embargo, que se privara al juez de la plenitud de sus poderes: "Subordinar la autoridad conjunta al acuerdo de los padres sería darles el 'derecho de veto', donde el hijo sería la primera víctima". El juez, mejor que los padres, debe ser el árbitro que determine sobre la oportunidad del sistema conjunto.

En Ontario, Canadá, un proyecto de ley de febrero de 1988 propone enmendar la ley *Children's Law Reform Act*, incorporando en ella "la presunción de guarda" según la cual "cuando ambos padres se disputan la guarda del hijo, el juez debe presumir que la 'guarda conjunta'

será la mejor solución para el hijo". En todo caso, su aplicación sería opcional para no limitar las facultades del juez.

Muchos opinan que la guarda conjunta es una buena solución, porque permite al padre conservar el ejercicio de la autoridad parental que generalmente los tribunales confían a la madre en forma exclusiva, reservando al padre sólo el derecho de vista.

La guarda conjunta permite a los progenitores compartir las inquietudes comunes que derivan de la filiación y les faculta además para adoptar en conjunto las decisiones importantes relacionadas con el hijo. En cambio, cuando la guarda es exclusiva, el grado de desacuerdo entre los padres suele llegar a límites extremos.

Presenta también ventajas para el hijo. En los casos de divorcio es conveniente que ellos tengan una relación continua con sus padres. Muchos hijos resienten la ausencia del progenitor a quien no le ha sido confiada la guarda y que es generalmente el padre, lo cual les origina, a veces, estados depresivos. Los efectos negativos que produce la ruptura del vínculo familiar, se agravan cuando se elimina al padre, el cual empieza por observar cierto desinterés por los hijos, que se va acrecentando con el tiempo hasta llegar a convertirse en un extraño para ellos, con quienes sólo mantiene contactos episódicos o ninguno.

La guarda conjunta, a pesar de la separación, mantiene en común el ejercicio de la autoridad parental y crea en los padres un sentimiento de justicia que permite eliminar rencores y susceptibilidades, lo que redundaría en beneficio del hijo, porque origina un espíritu de mutua cooperación, aminorando los efectos dañinos que pudo ocasionar el divorcio.

Estas ventajas son más evidentes cuando la convivencia es alternada, porque mantiene estrechos los vínculos entre padres e hijos y evita que éstos adopten la dolorosa decisión de escoger entre ambos padres, cuando depende de uno solo de ellos.

Este sistema puede también tener efectos negativos porque no ofrece estabilidad en el equilibrio psicológico del niño, y por este motivo no es recomendable en todos los casos, como ocurre por ejemplo, cuando se impone contra la voluntad de los padres, porque, en vez de aminorar, agrava los conflictos existentes entre ellos y perjudica al niño al desaparecer la cooperación que deben prestarle para su desarrollo y destino.

Tampoco es conveniente en los casos de violencia conyugal o de manipulaciones dolosas o mal intencionadas, porque puede prestarse al chantaje, o a conductas ilícitas de un progenitor para con el otro

Posiblemente no puedan todavía aquilatarse los resultados de este sistema por tratarse de prácticas legales y judiciales muy recientes y por carecer de estadísticas sobre la materia.

La autora considera que para decretar la guarda conjunta se requiere investigar la capacidad material, económica de los padres; verificar si están en condiciones de proporcionar una buena educación al hijo y determinar, además, si se encuentran moral y psíquicamente capacitados para ocuparse de él, debiendo el tribunal otorgarla sólo cuando considere que en su ejercicio existirá el necesario entendimiento entre los padres.

Considera por fin, que no es una solución ampliamente ideal, pero que sirve para aminorar las consecuencias dañinas derivadas de la desunión de la familia.

Lisandro CRUZ PONCE

RUFFO, Andrée, "Le rôle du juge du Tribunal de la jeunesse sous la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Loi sur les jeunes contrevenants*", *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 19, núm. 2, junio de 1988, pp. 413-433.

Andrée Ruffo, juez en el Tribunal de la Juventud de Montreal, creado en 1977 con un espíritu protector de los (las) menores y jóvenes, analiza en este artículo la evolución de la tarea del juzgador para con los (las) menores tanto para aquellos(as) que requieren protección o que han infringido las normas de su comunidad. Su análisis parte de dos ordenamientos recientes: Ley sobre la Protección de la Juventud y la Ley sobre los Jóvenes Infractores cuya aplicación es competencia del Tribunal a que pertenece Ruffo.

En esta línea evolutiva encontramos, según nuestro autor, un primer estadio en donde el juez tenía un deber ineludible: mantenerse neutral, en virtud del cual el juzgador tenía que abstenerse de participar activamente en la búsqueda de elementos de prueba, por lo cual tenía que constreñirse a las pruebas presentadas ante él. Desde la perspectiva de un juzgador pasivo imparcial, la responsabilidad de la administración de justicia, en el ámbito probatorio, recae en las partes quienes son dueños absolutos de su causa.

A partir de este estadio los jueces han ido obteniendo del sistema normativo, un papel más activo en la búsqueda de la verdad, ya sea orientando a las partes en litigio o proyectando mayor dinamismo al juicio o llenando ciertas lagunas procesales para hacer efectivo el ordenamiento sustantivo, de tal manera que en el Tribunal de la Juventud, los jueces pueden señalar a las partes las lagunas tanto probatorias como procesales para que ellas puedan colmarlas en los términos que el propio juzgador determine. Esto mismo acontece en el ámbito familiar, todo ello en interés del menor.

Sin embargo, la Ley sobre la protección de la juventud no define qué entiende por interés del niño o menor a pesar que se especifica que el juzgador debería considerar la edad, sexo, religión, idioma y características del menor, así como las circunstancias en que se encuentra.

Es la Corte Suprema de Canadá la que ha definido el término de la siguiente manera:

El bienestar del niño debe ser determinado teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, de tal forma que el bienestar se busque en los planos psicológico, espiritual y emotivo. La Corte deberá elegir la solución que sea más adecuada para asegurar al niño una educación y un desarrollo sano que le proporcionen recursos para enfrentar los problemas de la vida adulta. Las demandas de los padres deben ser examinadas con atención, pero deberán ser descartadas cuando el bienestar del niño lo exija.

El término bienestar debe entenderse en el sentido más amplio. El bienestar moral y religioso del menor debe tomarse en cuenta tanto como el bienestar material. También debe tomarse en cuenta los nexos afectivos.

En este sentido, para la Ley sobre la Protección de la Juventud no es tanto la conducta particular del padre o la madre lo que se juzga, sino esta conducta en relación con las necesidades del menor y su bienestar.

En atención a este interés, los roles que juega el juzgador en una causa, de conformidad con este ordenamiento, han cambiado en la línea expresada párrafos adelante. En ella se anotan principalmente dos: el inquisidor y el creador del derecho. En virtud del primero el juez puede llamar a juicio a toda aquella persona que él considere poseedora de elementos que apunten al interés del niño.

En virtud del segundo, deberá el juzgador colmar no sólo las lagunas probatorias que dejen las partes en litigio, sino también aquellas

lagunas que se encuentren en el marco normativo en la inteligencia de que todas las decisiones deberán ser atendiendo al interés del niño. En todo caso existe la presunción *iuris tantum* de que el desarrollo y la seguridad del niño son el punto focal de la decisión judicial.

En los casos en que este desarrollo y seguridad del niño estén comprometidos, el juzgador deberá tomar, inmediatamente, las medidas necesarias para terminar con esa situación.

En el ámbito penal, donde se encuentra inserta la Ley sobre los Jóvenes Infractores, existe un sistema acusatorio en el que las partes tienen la iniciativa de la prueba. Sin embargo, el papel del juez tiene cierta capacidad de acción, pues debe interrogar por sí, a los testigos presentados, interrumpirlos o llamarlos al orden, según el caso. Si bien en este ámbito la protección de la ley no recae en el menor, como sí lo es en la otra ley. En este caso se tutela el interés de la sociedad.

Sin embargo, también aquí encontramos una línea evolutiva. Anteriormente los tribunales tenían el *rol* del padre severo pero bueno, en donde el joven infractor no tenía ninguna garantía procesal precisa. Actualmente, la Ley sobre los Jóvenes Infractores reconoce la necesidad de proteger a la sociedad y establece un principio de responsabilidad penal del menor, lo cual se traduce en el establecimiento de un conjunto de normas que regulan los derechos procesales de este menor infractor.

De la argumentación expuesta por Ruffo me permito destacar que —desde su punto de vista— el criterio de protección de la sociedad debe ser evaluado teniendo en cuenta las necesidades del menor infractor, de tal suerte que dicha protección significa no sólo impedir que el menor actúe criminalmente sino también subvenir a esas necesidades; en otras palabras, es necesario rehabilitar al menor. Así, el juzgador deberá tomar las medidas pertinentes a ese fin y teniendo en cuenta la situación concreta del menor infractor tanto en su vigilancia y disciplina como en su grado de desarrollo, su madurez y los requerimientos especiales que necesita.

Ruffo concluye que en ambos cuerpos normativos se observa un claro cambio de la tarea del juzgador en la administración de justicia cuando se refiere al menor. Dicho cambio reviste una dimensión humana aunque —reconoce— que la sobrecarga procesal dificulta su cabal cumplimiento, por lo cual el Tribunal requiere la presencia de personas competentes, expertas y creativas para servir de nexo entre el tribunal, el menor, su familia, su comunidad y las redes públicas o privadas.

En resumen, nos dice: proporcionar justicia a los menores, ese es el papel del juez en el Tribunal de la Juventud. En un marco más amplio del expuesto por Ruffo, considero que la administración de justicia a los niños y jóvenes debe ser sólo uno de los instrumentos que la sociedad utilice para apoyar el desarrollo y sano crecimiento de esos niños. Por ello es importante rescatar el concepto de interés del niño siempre que se trate de resolver un problema que le atañe.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

DERECHO CONSTITUCIONAL

AVRIL, Pierre, "Les innovations sénatoriales", *Pouvoirs*, París, núm. 44, 1988, pp. 111-118.

Las contribuciones innovadoras del Senado francés al funcionamiento de las instituciones se explican por la "lógica de situación" propia de la cámara alta, en el contexto de la V República. En efecto —destaca el autor—, porque escapa a la influencia mayoritaria, porque la Constitución no le concede la prerrogativa de doble filo de plantear la responsabilidad del gobierno, y porque esta posición lo incita a afirmar una identidad apoyada por su permanencia, el Senado ha podido innovar o suscitar las innovaciones, al manifestar su capacidad de iniciativa más deliberada que la Asamblea Nacional.

Independientemente del gobierno permanente, velando por su identidad, el Senado ha podido innovar más fácilmente que la cámara baja. ¿Cuáles son, pues, las innovaciones senatoriales bajo la V República?

1. *Las innovaciones en la función legislativa*

No se trata aquí del papel del Senado en la elaboración de la ley, sino de dos iniciativas que figuran entre las fuentes de la práctica actual y que se sitúan en la última etapa del proceso legislativo.

1) *La primera concierne al recurso ante el Consejo Constitucional.* En efecto, de las cuatro personalidades competentes para someter una ley al examen de la alta jurisdicción constitucional antes de la reforma de 1974, ni el presidente de la República, ni el primer ministro,