

PRÓLOGO

Para quienes hacemos del Derecho un motivo central de nuestras vidas, una de las preocupaciones que nos asaltan es la relativa a la continuidad de la labor de búsqueda de justicia, equidad y solidaridad. Estamos convencidos del “progreso” de la ciencia jurídica, de su permanente avance hacia el respeto de la persona humana, pero no dejamos de observar momentos de vacilaciones y hasta de retroceso; tiempos en los que el panorama de la juridicidad parece oscurecerse y el Estado de Derecho tambalear. El ejemplo de la hora actual es elocuente...

En estos tiempos de crisis grave y de aparente decadencia, la inteligencia y el esfuerzo de Graciela Medina nos conmueven. Nos ha emocionado en los años pasados, que no fueron fáciles, y más ahora, cuando observamos a nuestro alrededor tanta confusión y desinterés.

Los mayores en este quehacer podemos partir tranquilos, sabiendo que la cuestión que nos preocupa está en muy buenas manos y que, una vez más, se cumple aquello de que los discípulos superan a sus maestros.

Como los temas abordados –con menos método, integralidad y profundidad– nos han preocupado y mucho, viene a cuento la historia del alfarero que a punto de “subir a la barca” entregó a su alumno la mejor de sus piezas...: el favorecido la observó largamente y luego la arrojó al suelo destrozándola. El sentido no es otro que mantener en la joven generación su impronta y su poder creativo –virtudes que a Graciela la adornan visiblemente– sin perjuicio de atender a la obra de las generaciones anteriores.

Más de una vez nos hemos ocupado de la compleja dialéctica entre el “Derecho de Daños” y el “Derecho de Familia”: ¿son compatibles?:

¿puede predicarse el resarcimiento entre un familiar dañado y otro dañador?; ¿son campos que se penetran o permanecen aislados? El "no dañarás" y su consecuencia, la justicia conmutativa, que vuelve las cosas al estado anterior al perjuicio producido, ¿son predicables entre familiares? ¿No opera en este ámbito tan sensible, a partir del amor y la piedad, otra especie de sanción?

Hemos repetido aquello: fue preciso entonces que ocurriera una desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, para que se pudiera pensar en una acción por daños.

Impensable en la familia tradicional, en la que privaba una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca del origen de los males... mezcla de consideración y respeto religioso que impedía avanzar sobre la intimidad de las relaciones.

¿Podría predicarse, acaso, que por tratarse de un daño entre familiares, causado por uno y sufrido por otro, el mismo pierde su carácter de "injusto"? ¿Cabría aceptar que la condición de "familiar" otorga una especie de derecho a dañar?

Creemos, convencidos –y compartimos tal punto de vista con la autora–, que la regla es la responsabilidad por el daño causado, aun en las relaciones de familia, y la excepción, con base en circunstancias muy especiales, la irresponsabilidad. Incluso puede aludirse a una responsabilidad "camino a la familia" –o prefamiliar– entre novios o comprometidos y otra "luego de la familia", como una herencia de respeto y consideración hacia quien está unido por esos lazos. Una responsabilidad, en fin, dentro de la "familia" que el ordenamiento regula y otra fuera de esa familia jurídica, pero fundada en una "familia de hecho" o natural.

Estamos convencidos de que este debate que se inició –o volvió a la palestra en tiempos recientes– con la mira puesta en el cónyuge divorciado y las consecuencias padecidas por el inocente, y continuó tímidamente con los daños que por las enfermedades transmisibles causan los padres a sus hijos, encuentra hoy –como lo evidencia la obra que prologamos– "nuevos rostros", "capítulos diferentes", a partir de los avances de la ciencia en la "producción de la vida" –fecundación asistida, bebé de probeta, elección de embriones, clonación,

etcétera— y, por qué no agregar también, en la “producción de la muerte”: muerte digna, asistida, eutanasia, ortotanasia, etcétera.

Por lo demás, como Graciela Medina lo destaca muy bien —y nosotros no hacemos sino resaltarlo ahora—, la penetración de la justicia institucionalizada, la del Estado, en la “privacidad de la vida familiar”, en sus secretos, su intimidad o reserva, conflictúa estas cuestiones: para juzgar de la relación de causalidad avanzamos sobre la salud de la pareja al momento de la concepción del hijo y, de algún modo, estamos sancionando un acto tan personal como las relaciones sexuales por sus consecuencias perjudiciales en el ser engendrado; nos constituimos en jueces de padres sin hijos, desesperados por tenerlos, que no titubean en “comprar” gametos para lograr su propósito o bien que autorizan experimentos y manipulaciones.

Una condena resarcitoria generosa a favor del cónyuge inocente del divorcio o de la separación —de las causales que lo posibilitan— puede verse como una “tentativa para frenar los divorcios y las separaciones”, forzando a la pareja desavenida a continuar la vida en común...

Y la condescendencia de un familiar del enfermo terminal para hacer de puente con el médico y posibilitar un final digno —sin el sometimiento a una vida artificial y cruel—, despojada de las motivaciones, puede interpretarse como un homicidio o una colaboración a su ocurrencia.

“Cerrar” el ámbito familiar al Derecho de Daños, por el contrario, es dar “piedra libre” a cualquier conducta, por más perjudicial que ella fuera; es creer que toda familia, por el solo hecho de ser tal, es un ámbito de amor y solidaridad, de piedad y conmiseración. Es dar espaldas a la realidad que nos exhibe cientos o miles de familias destruidas, en las que ya no existe la menor consideración, y no decimos amor, entre quienes son sus miembros.

La autora trata este apasionante tema en diez capítulos: uno, el primero, dedicado a introducirnos en la cuestión, a partir de la “evolución” de la familia y de los presupuestos del Derecho de Daños, y otro, el final, a darnos una visión, provechosa, del Derecho Comparado: del Civil Law, a través del Derecho francés, y del common law, a contar del Derecho norteamericano. Son de lectura imperdible.

El meollo del asunto es tratado en los restantes capítulos, que van separados por temas: daños derivados del divorcio, donde examina la jerarquía constitucional del "no dañarás", la "especialidad" del Derecho de Familia y la necesidad de una regulación legal, para cubrir, en este como en tantos otros temas conexos, un vacío o laguna legal. Y no se nos diga que la regulación debe venir de la "Bioética"....; para nosotros, los hombres del Derecho, es de nuestra incumbencia y cuanto más el Bioderecho. Luego, en el capítulo siguiente, como un complemento, se examina el gran tema de la "violencia familiar" y la recepción de estos "entuetos" en la jurisprudencia norteamericana.

En el Capítulo IV, Graciela –que se ha venido ocupando desde la década anterior de estas cuestiones, en trabajos de investigación logrados y muy bien recibidos por la crítica– analiza la responsabilidad, en especial del padre –puesto que quienes se niegan pueden ser hermanos o abuelos–, por el reconocimiento de la paternidad, por los sufrimientos que esa negativa, expresa o tácita, causa a quien se considera un hijo y luego logra demostrarlo. Digamos, como especial mérito de la autora, que da amplia cabida a las "recomendaciones" de jornadas y congresos –donde se expresa la doctrina autoral– y a la jurisprudencia de nuestros tribunales, y también, como corresponde, a los proyectos de reforma en las materias analizadas.

El Capítulo V está dedicado a la "ruptura de los noviazgos", antes denominados "esponsales" –"compromisos matrimoniales"– y ahora receptados con una gran amplitud, que habla del "progresismo" de la autora, de su respeto por el pluralismo en las costumbres y las ideologías, que le han permitido, también en este sentido, ganar un sitio de privilegio entre los juristas argentinos. Allí aparecen, obviamente, las "uniones de hecho", cada vez más frecuentes y acerca de cuyas consecuencias el legislador no puede mantenerse "autista".

Luego, en el Capítulo VI aborda un clásico en la materia: la responsabilidad de los padres por daños causados, por sus hijos, a terceras personas. Allí analiza con detenimiento si debe o no mantenerse una imputación subjetiva, a título de culpabilidad, o avanzar en otra, objetiva, con base en el riesgo de la paternidad, de una relación responsable. Graciela "distingue" las muy variadas situaciones que la realidad exhibe y prueba aquello de que "quien distingue sabe, conoce el tema".

Un capítulo especial dedica la autora a la "responsabilidad por la disolución del concubinato", diferenciando los casos o las especies según aspectos tan relevantes como la duración, el ánimo o la intención, la publicidad y otros. En cada capítulo, frente a cada supuesto tipificado, la profesora, jueza y jurista trata separadamente los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales, no agotando, en este último, su visión en el denominado "daño moral".

En el Capítulo VIII aborda la tan debatida cuestión de la causación, por los padres, de detrimentos en la salud de sus hijos, dentro de la "procreación natural", y, en el capítulo siguiente, la responsabilidad por daños, de quienes aparecen como padres, en el marco de la fecundación asistida. Ya este distingo evidencia otro acierto de la autora: una es la temática de las "enfermedades transmisibles" y otra la interferencia, en la producción de la vida, de manipulaciones, gametos de personas extrañas, etcétera. El análisis es oportuno para discurrir acerca de si "dar" o "traer" la vida es excusa suficiente para quienes son padres, en alguna medida, dañadores. Si es siempre mejor "juzgar desde la vida", por más triste, limitada y dolorosa que ella sea, que "haber quedado en la nada", en la inexistencia del no nacer... Tema sobre el cual se siguen diciendo "cosas interesantes" y conmovedoras, que nos obligan a permanentes replanteos.

Finalmente, el último capítulo que completa el catálogo, el X—luego vendrá el Derecho Comparado, según vimos—, alude a los "daños entre cónyuges durante el matrimonio". Y entre padres e hijos, asumiendo reciprocamente el rol de víctima o de victimario. Allí la autora extiende su análisis a la responsabilidad contractual, con evidente provecho.

Prologar una obra tan rica y enjundiosa, sobre la base de los capítulos, aun con ciertas glosas, es tarea harto sencilla. Mucho más complejo es hacerlo siguiendo los pensamientos de la autora, sus pasos y comentarios. Hemos dicho ya algunos de sus méritos, pero podríamos continuar por largas páginas: el conocimiento profundo de las doctrinas nacional y extranjera; de la decisión de tribunales de aquí y de allá, y el recuerdo oportuno para sostener una afirmación o dejar otra de lado. Y el puntapié inicial: "La reparación de los daños entre los miembros de la familia, podemos considerarla como un principio aceptado, después de una lucha de años y que se abre paso, no sin

dificultad, en el ámbito jurídico", y luego, a poco de comenzar: "...no debe convertirse a la institución matrimonial en sitio donde se hiera y se injurie con absoluta gratuidad". Y al promediar: "En la Argentina, en una de cada cinco parejas, hay violencia". De la "teoría de la inmunidad conyugal sólo quedan resabios".

En fin, Graciela Medina, jurista y ejemplo. Una obra excelente que nos ilustra y nos motiva en temas actuales y de enorme importancia. Valentía y razonabilidad en las opiniones que van despejando el camino, abriendo el sendero y que permiten, como de la mano, llegar a un final feliz.

En los años sesenta, mi mujer y yo trabajamos en la denominada "preparación matrimonial", organizada por el "Movimiento Familiar Cristiano". Si para esos lejanos años esta obra ya hubiera visto la luz, hubiéramos decidido, sin lugar a dudas, hacerla de "lectura obligatoria".

JORGE MOSSET ITURRASPE