

UN DERECHO DE FAMILIA PARA UNA ÉPOCA DE TRANSICIÓN

Eduardo José Cárdenas

*Ma il mio mistero è chiuso in me,
Il nome mio nessun saprà!
No, no, sulla bocca lo dirò
Quando la luce splenderà!
Ed il mio bacio scioglerà
Il silenzio che ti fa mia!
Dilegua, o notte!
Tramontate, stelle!
All'alba vincerò!*
(de “Turandot” de G. Puccini)

Los períodos bautizados como “de decadencia” son colorida y asustantemente magníficos: en ellos el alma de verdad desprejuiciada y alegre y segura de sí misma (que no teme ser asaltada por la inseguridad) puede no solamente gozar de los últimos más sofisticados lujos del pasado (incluidas sus perversiones) sino también advertir (semiocultos por la bella fanfarria de lo que está muriendo) los rasgos primitivos bellos voraces de lo que está naciendo.

Algunos espíritus delicados sensibles inclinados a razonar y deprimirse (quizás han sufrido mucho abruptos cambios del fin de la modernidad) entonan bellísimos lamentos-inventarios de muertes de seres tan queridos: convivencia conyugal estable trabajo sin variantes razonamiento coherente higiene pública y privada. Por ejemplo Zygmunt Bauman (un polaco que como Joseph Conrad escribe en inglés) es un magnífico ensayista que con dignidad envidiable y sofisticación intelectual no sólo se dedica a describir el ocaso de la modernidad sólida burguesa sino los íntimos efectos que la modernidad líquida obra sobre nosotros cuando nos deja desnudos y solos compitiendo por el éxito con conocimiento de nuestra vulnerabilidad y límites: angustiados entonces e inseguros porque nos atacan o nos atacamos. O cuando la cultura al final nos crucifica exigiéndonos a la vez felicidad inmediata compromiso familiar educación de los hijos y aún más. Este final de sociedad moderna produce enormes desperdicios en materia prima elaborada y humana y esto angustia a Bauman (y a cualquiera al igual que la desaparición progresiva del trabajo y de la pareja estable). Cita Bauman a

Iván Klima (otro polaco) cuando dice que

*el espíritu de las cosas muertas levita sobre la tierra y sobre las aguas y su aliento es de mal agüero.*¹

Pero hay otros como Abbas Kiarostami el genial director de cine iraní que a una joven con facilidad innata para traducir varios idiomas al persa le dijo: “Si fuera mi hija mía la admiraría no tanto por su capacidad sino por el hecho de no trabajar nunca”. Y ella le dio una respuesta que Kiarostami calificó de “bellísima”: “Estoy satisfecha conmigo misma. No necesito que me citen en la tapa de un libro como traductora”.² Y otro gran poeta sociólogo filósofo contemporáneo Michel Maffesoli (que es francés y escribe en francés) aclara que “el período de transición que vivimos es sorprendentemente paradójico; genera una uniformidad aparente y al mismo tiempo, una diferenciación real o una afirmación, a veces fanática e intolerante, de las particularidades específicas. Por un lado encontramos valores comunes visibles, sonoros, intrusivos, valores proclamados por los medios de comunicación y los poderes económicos y políticos, ya sea para magnificarlos o, al contrario – lo que resulta ser lo mismo –, para cuestionarlos. Pero al fin de cuentas valores totalmente abstractos que tienen poca influencia en la dinámica real de la vida individual y social. Por otro lado, al contrario, tenemos el resurgimiento de valores arraigados, la revitalización de arcaísmos que parecían superados, en pocas palabras, la celebración, para bien o para mal, de un tribalismo exacerbado cuya importancia no se puede negar en la actualidad y cuyos efectos sería absurdo desestimar. Esta dialéctica es precisamente el sello distintivo de la posmodernidad naciente”.³

Decadencia del estado nacional de los valores pretendidamente universales del razonamiento apolíneo del culto del trabajo de la religión monoteísta judeo cristiana (en la cual se apoyaba no sólo la unidad de dios sino también la unidad del yo) y de la estabilidad afectiva ideológica y laboral. Aparición de las tribus urbanas indiferentes hacia la política congregadas por contactos corporales emocionales espirituales y también por intereses efímeros (aprendizajes y cultos y viajes etc.) con “un ritmo orgánico constituido por atracciones y repulsiones, fascinaciones y rechazos, dichas y penas, razones y afectos”⁴ visceralmente politeístas (la pluralidad de dioses y sus batallas condicen con la multiplicidad interna de la persona y el defenestramiento del “yo” como elemento central) y dionisiacas y nómades (tanto en lo ideológico como en lo afectivo y laboral). Naturalmente que visto

desde el individuo y el individualismo teórico o metodológico que le sirve de racionalización (o si se quiere desde el adulto productor y reproductor que fue la figura emblemática moderna) este nuevo amanecer es tildado de adolescente y “hay que estar atentos al hecho de que todas las prácticas contemporáneas, principalmente las prácticas juveniles, son las que van a caracterizar la posmodernidad. La figura emblemática posmoderna es la figura del adolescente o del infante eterno; esto no quiere decir que nos refiramos a una figura efímera, a un momento pasajero, a una etapa específica que con los años se superará y que sólo puede fungir para analizar las generaciones de jóvenes y sus diversos avatares. La figura juvenil es algo que va a tener la misma importancia en la posmodernidad, como la que tuvo la figura del adulto en la Modernidad, es decir, que la figura del infante eterno va a ser contaminadora”.⁵

Son naturalmente tribus postmodernas. Poco que ver con aquéllas duramente enjuiciadas por los postreros reivindicadores del “progreso” cuando dicen: “Las identidades personales existen, desde luego, pero las colectivas, no. Existieron, y aun de manera relativa, en los albores de la humanidad, cuando, en razón de su precariedad en un mundo lleno de misterio y peligro para él, el ser humano casi no existía como individuo, era apenas una parte de la tribu, gracias a la cual sobrevivía. Pero, desde que comienza el progreso, la desanimalización de lo humano, y el individuo se va desgajando de la tribu, diferenciando de los demás y afirmando su singularidad en múltiples ámbitos, las identidades colectivas dejan de ser realidades y se vuelven ficciones. O, en todo caso, pasan a constituir una generalización tan vasta, una abstracción tan extrema de lo que significa formar parte de una comunidad, que ellas excluyen, siempre, mucho más de lo que expresan y contienen. Al referirnos a esto queremos dar cuenta de que la contaminación va a incidir en nuestra continua capacidad de asombro, en la persistencia de la actitud contemplativa, la curiosidad incisiva, el gusto por el presente y el momento compartido, aunque esto no deje de tener la crueldad tan bien descrita en los niños por la psicología del desarrollo”.⁶

Con esta polémica nos vamos metiendo en tema. Maffesoli parecía referirse a Vargas Llosa cuando expresó: “Con demasiada frecuencia el malestar de la *intelligentsia* es, en efecto, la medida para la apreciación de las cosas. Ciertamente esto tiene cada vez menos importancia, pues al no reconocernos más, o muy poco, en las diversas representaciones moralistas engendradas por la modernidad, cada uno de nosotros se dedica, cada vez

más, a gozar de lo que podemos ver y vivir. (...) Se puede, y es lo que sucede las más de las veces, cantar la cancioncilla del individualismo en boga. Se puede igualmente deplorar el hedonismo egoísta de las jóvenes generaciones o, al contrario, festejar su profesionalismo y otros valores positivos propios del productivismo dominante. Partiendo de la petición de principio que en la modernidad hace del trabajo el valor esencial de la realización del individuo y de lo social, se puede ver en el desempleo la plaga del momento. Todas estas evidencias, o ideas convenidas, son lugares comunes que únicamente dan cuenta de las opiniones o proyecciones de quienes están en el poder de decir o hacer. Algo totalmente distinto es la capacidad para ver el resurgimiento de estructuras inmutables siempre nuevas, cosas antiquísimas, arquetípicas, que se elevan ante nuestros ojos. Éste es el acto creador del pensamiento”.⁷

Uno se pregunta ¿dónde ha quedado la familia en todo esto? Y es fácil decir hoy (con la perspectiva del tiempo) que el paradigma de familia de la modernidad fue y aún sigue siendo (aunque en declive) la familia nuclear biológica burguesa (FNBB): allí estaba unida la pareja por el vínculo matrimonial casi para siempre (que daba: al hombre la posibilidad de tener una prole suya adjudicándole socialmente paternidad sobre la prole que pariera su esposa y a los hijos la posibilidad de criarse en un ambiente estable y a la sociedad la certeza de que todos – pero en especial los varones - trabajarían ahorrarían e invertirían a favor de los legítimos desarrollándose de este modo la nación). La FNBB era así una garantía de paz entre las familias (a través de los matrimonios exogámicos) y de crecimiento del estado nación (a través de inversiones alentadas por la certeza de legitimidad otorgada por esos matrimonios a los hijos del varón: *pater id est quod nuptiae demonstrat*).

Era también la FNBB el lugar por excelencia donde la sociedad transmitía vida legítima y con ella no solamente el patrimonio sino también la cultura burguesa (la religión monoteísta la religión del yo la religión del trabajo la religión de la higiene y la religión de la obediencia a la ley y la delegación del poder ciudadano en sus representantes para dictarla). La FNBB era por último un lugar privilegiado de encuentro humanizado entre géneros y generaciones la cocina del aprendizaje social sobre el lugar de la ternura y el lugar de las jerarquías y las reglas.

Salvo esto último (quizá lo más importante) todo el resto está en desaparición porque la sociedad (esa curiosidad mediante la cual los ciudadanos aceptan o promueven que algunos los controlen a ellos mismos) y especialmente el poder (los controladores) ya no tiene necesidad de la FNBB

para garantizar la paz social o desarrollar las inversiones. El control de los flujos bélicos económicos y sociales se mueve ya a nivel planetario sin que tenga que ver con las familias. La transmisión de la vida y el patrimonio y la cultura se realiza desde hace tiempo de formas mucho más sofisticadas y eficaces que a través del acto sexual la enseñanza domiciliaria y la herencia.

Como consecuencia se ha aflojado la presión social sobre la familia y es así como la FNBB ha perdido parte de su prestigio y en cambio sus miembros tienen más reconocimiento y posibilidad de “hacer la suya”. En concreto: el declive de la vigilancia abrió espacio para la lucha feminista (alentada por el avance tecnológico que al sustituir la fuerza humana por la liberación de energía natural disminuyó la desigualdad entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo). Y si bien los resultados benefician más a las mujeres y los niños también los hombres están menos constreñidos (aunque con menos privilegios a la vez). Contemporáneamente se legitiman aún en clase media las familias que ahora la *intelligentsia* de sociólogos y psicólogos y juristas ha dado en llamar con esos horribles nombres (en ocasiones erróneos también) de familias monoparentales o ensambladas etcétera (en clase baja siempre estuvieron pero no contaban más que para los trabajadores sociales)

Y para estas nuevas familias (también las nucleares en cierto modo son nuevas ahora porque tienen la posibilidad de separarse y aún de experimentar formas atípicas de relacionarse sin separarse) no hay mapas - hay sólo experimentos y aventuras en suma nomadismo.

Si decimos exagerando un poco pero sólo un poco que cada pareja que se forma es un experimento y cada filiación es una aventura podemos concluir en que la familia sigue y probablemente seguirá siendo un lugar prestigioso (hoy en día los homosexuales procuran legitimar su relación pidiendo poder casarse y tener hijos adoptivos) pero también que es y será un lugar de encuentros más efímeros que en el pasado. Es que en ella todos procurarán hallar un contexto para celebrar la vida con buenos momentos que se definan “ya” sin necesidad de una espera que omita el placer del “mientras tanto”. Lo importante es y será gozar del camino sin aguardar el alcance de una meta al final de una línea tensa de maduración y progreso (cuando muchos cada vez más hacen vidas no lineales o en *loop*).

Loop es la repetición mecánica de un fragmento musical en una composición: como si se tratara de un ostinato. Diedrich Diederichsen dice que “progresar es lo contrario de caminar en círculos. Yo crecí con la idea de

que progresar era en todos los casos algo bueno; lo era también para los dos modelos de vida antagónicos que existían por aquel entonces: los comienzos de los setenta. Los alemanes de la posguerra tenían la convicción de que progresar era el objetivo más importante de una vida. Por un lado existía la variante de fundar una familia, en la que el deseo era que a los hijos les fuera mejor que a los padres. En la otra variante, la esperanza se fundaba en hacer avanzar la propia vida. De todos modos, en ambos casos se trataba del ascenso social. (...) Estos caminos hacia la burguesía adquieren la forma del viaje. Y su momento más bello es el de la partida. El objetivo de este viaje es comprender la necesidad de volverse burgués; con libertad y en virtud de una sucesión contingente de experiencias didácticas. Al comienzo del viaje, en ese bello momento, se encuentra la también bella despedida, el ‘marcharse de casa’ que a veces tiene un carácter violento. En el origen de la burguesía se encuentra el alejarse de la burguesía, y esto presupone que la condición burguesa ya ha sido adquirida antes de ser rechazada gozosamente por primera vez. Pero cuando el regreso se hace imposible, ya sea el regreso al hogar paterno o a la regresión, queda una sola opción: el *loop*. El programa que Guy Debord llamó: ‘In girum imus nocte et consumimur igni’ (‘Caminamos en círculos de noche y somos consumidos por el fuego’). ”

Y sigue diciendo que “el loop no es ningún regreso, construye un círculo cuya tangente es la vida de Wilhelm Meister. El regreso está relacionado aún con el lugar de la partida, la casa paterna; el loop ha cortado esta relación. El precio de haber hecho esto es el ‘no llegar nunca a ninguna parte’, situación que muchos encuentran muy positiva. (...) Rodney Graham ubicó el loop junto a la improvisación infinita. En su obra aparecen siempre loops cortos, tanto de naturaleza musical como fílmica, junto a los cuales inserta piezas del género ‘improvisación infinita’, sobre todo en relación con músicos como John Fahey y Jerry García. Además de la novela de aprendizaje y la marcha en círculo, Graham ubica un tercer modelo en el que no hay ninguna repetición, junto a aquel que parece estar constituido sólo por repeticiones. Los dos tienen en común que rompen con la idea de desarrollo, con la idea de llevar una vida para conseguir otra vida, con la idea de partir para llegar a alguna parte. La repetición y lo siempre nuevo, si se quiere, son dialécticos en un sentido menos trivial que la relación entre partida y llegada, desarrollo y conservación, en la novela de aprendizaje: cuando uno ve continuamente algo nuevo en lo que parece siempre igual, lo que obtiene es algo nuevo mucho más sólido. Uno puede sustraer todo lo objetivamente

idéntico; lo subjetivo, pero también la recepción – que en la música techno es lo colectivo – y hasta el aspecto narcisista son perfectamente reconocibles, pueden ser identificados aun en experiencias de pocos segundos. Cuando estoy con otros dentro de un loop hay claras relaciones entre lo mismo y lo otro. Los otros y yo, nosotros como sujetos y como sujeto en loop, somos las relaciones de otredad, la repetición del sonido o la imagen en loop, y nuestra supuesto identidad son las relaciones de mismidad. Sin embargo, cuando algo igual se transforma en algo distinto o cuando algo distinto se transforma en algo igual, sabemos a qué atenernos. Progresamos. Sí... dentro del loop se avanza”.⁸

Como advierte Maffesoli “los latidos de los atávicos tambores del Candomblé, o aquél, más trivializado, de los instrumentos de percusión que suenan de manera puntual en las danzas sincréticas comercializadas, sin olvidar el *staccato* del sintetizador de los dj’s que producen el ambiente de los ‘antros de la noche’, o de los bailes populares, todo ello, a través de la repetición o la combinación lancinante de algunas medidas, expresa de una manera desenfrenada un cotidiano trágico que quiere detener el tiempo. Una de las funciones del rito, ya se sabe, es la de representar la sucesión periódica de la muerte y de la resurrección. Las cadencias rítmicas sirven para evocar esta sucesión. Es por eso que el ritmo juega un papel muy importante en las sociedades que no han evacuado la naturaleza en sus diversas manifestaciones. Se puede pensar que el regreso con fuerza del ritmo, de manera contemporánea, conforma en el espacio al tiempo, naturaliza la Historia, vuelve a brindarle dinamismo a la civilización a través de su ensalvajamiento. (...) Esto tiene que ver con una especie de trascendencia inmanente, de la búsqueda de un bienestar terrestre que no descansa sobre alguna relación de alegría. Es en este sentido que se puede hablar de trágico: no hay más allá salvo lo vivido ahora. *Desde entonces el político ya no tiene razón de ser, puesto que el tiempo ya no está para gestionarse*”.⁹

¿Y el derecho (parte constitutiva si la hay de la política del Estado)? ¿Dónde ha quedado el derecho y en especial el de familia en esta fiesta (o en este entierro según desde dónde se vea este período de transición)?

Nos enseñó el amigo Ignacio Lewkowicz que debemos aprender a “Pensar sin Estado”¹⁰ y sobre todo a desarrollar (sin lamentos moralistas) modos y contextos de aprendizaje de cómo nacen y se conducen las nuevas subjetividades que se van produciendo sin Estado. Ese gran creador de subjetividades que fue el estado-nación está desapareciendo y con él se van

(nos guste o no) la FNBB la escuela el ejército el hospital el instituto de menores etcétera (o quedan pero vacíos: “galpones” los llamaba Ignacio). Con su inoculada religión monoteísta del trabajo de la higiene de la democracia (ficticia pero proclamada) etcétera. En realidad y como ya lo hemos visto en el caso de la familia ninguna de esas instituciones “desaparece” pero se transforma en un “galpón” bajo el cual las interacciones que suceden no son las previstas.¹¹

De este modo la ley (entendida como norma legítima reguladora de conductas sociales y primera emanación del Estado en disolución) va perdiendo su cualidad mitológica y su potencia. “¿Asistimos a una era de descodificación? pregunta Ricardo L. Lorenzetti. No sólo hay una descodificación legislativa, responde, sino un problema de explosión con una enorme fuerza centrípeta, desintegradora, en el plano de la ley, de otras fuentes, de la doctrina, y del derecho privado en general. (...) El Código fue un reflejo de la creación del Estado nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos, de forma igualitaria; una sola norma aplicable para todos los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (artículo 1, Cód. Civil Argentino). (Ahora) el Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente. El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho Civil, y el orden codificado por el sistema de derecho civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras. La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas giran con su propia autonomía, su vida es singular”.¹²

¿Qué es lo que crece hoy en día en ese “galpón” llamado “ley” y en especial en el todavía llamado “derecho de familia”? Sé que avanzo en un terreno descriptivo peligroso pero debo hacerlo. Y encuentro dos tendencias dos movimientos: uno en retroceso y otro en avance. El primero está constituido por las normas clásicas del derecho de familia hoy muy puestas al día por los legisladores de la democracia. Sin embargo ninguna de ellas encuentra adhesión sincera por parte de los ciudadanos. Lo cual no quiere decir que no sean utilizadas como armas cuando hay que combatir. Pero la atracción que tiene el matrimonio para jóvenes y no tan jóvenes es cada vez menor y apuesto a que si se legisla sobre las uniones de hecho asimilándolas al matrimonio muchos le buscarán la vuelta para evadirlas porque prefieren

hacer la propia aventura sin “ley” que los enmarque. Nadie cree (no soy el primero en decirlo) en las causales de divorcio más que como un medio extorsivo de continuar con la pareja o de vengarse de quien osó romperla. Tampoco hay credibilidad en las normas que rigen la sociedad conyugal: aún antes de casarse las parejas cada vez más buscan medios para evitarlas con el auxilio de los abogados aunque todavía algún profesor trasnochado enseña que es de orden público dividir los bienes por mitades cuando la sociedad se disuelve. Pero nadie le hace caso. Hasta los más legalistas encuentran excepciones para poder tener hijos sin seguir fielmente la ley de adopción y desde ya que se practican al margen de la ley todas las formas posibles de fertilización asistida. Para no hablar de las cosas que hace la gente honesta para evitar esos monstruos jurídicos (esos sí no tocados casi por los legisladores) que son la insania y la inhabilitación. Y para planificar su herencia en alguna medida al menos al margen o en contra de leyes (estas sí anticuadas).

“Cabe observar cómo la empresa ha prescindido del derecho sucesorio, tal como lo previó el legislador decimonónico para la familia, añade Lorenzetti. El testamento y la sucesión intestada son desplazadas por la cesión de cuotas societarias, la constitución de fundaciones, las cuentas de ahorro, etcétera, que escapan al sistema tradicional. La creación de redes contractuales y de mecanismos de sanciones, condicionan y hasta impiden la acción judicial, también son un dato claro de este fenómeno. El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores sociales sólo pueden hacer lo que surja de combinar tales reglas. Se trata como el juego de ajedrez, que debe jugarse con tales reglas; si se juega con otras reglas no será ajedrez. En los fenómenos predescritos, no se trata de meras combinaciones originales de las reglas de derecho, sino de una “privatización” de la regla jurídica que secciona las partes que le parecen inconvenientes. Basta observar cómo se deja de lado el derecho sucesorio o el de familia en la actividad empresarial; cómo se desplazan las normas sobre contratos típicos; o cómo se cierra la vía para el ‘debido proceso’, para tener una idea nítida del propósito. Mediante estos mecanismos, las reglas determinativas, son diseñadas por las partes o por una de ellas”.¹³

Creo sinceramente que en la nueva civilización posmoderna las familias han mejorado mucho y van a seguir mejorando su nivel de felicidad pero que esto se vive al margen de la ley... que está en franco retroceso. Hasta cuando hay conflicto muchas veces se trata de dejar de lado la ley y en

gran parte eso explica el éxito de la mediación.

Con la misma convicción pienso que hay otro movimiento jurídico en nuestro derecho de familia que en líneas generales y aún desde lejos (ya que hoy la nueva gente no desearía que la ley se acercase demasiado a ella) y con naturales equivocaciones va acompañando la vida y ayudándola a que prospere (sin moralina ni otra pretensión que la de defender en la medida de lo posible las semillas de esa nueva civilización tribal y nómada de la cual he hablado y que tanto promete para este nuevo período de la historia de la humanidad).

Por lo general se trata de declaraciones altas luminosas difíciles de “bajar” en forma demasiado concreta a la realidad. A veces parece que es directamente imposible hacerlo que son utópicas. Están inscriptas en textos constitucionales o en tratados y convenios cuando no en principios y resoluciones de las Naciones Unidas u otros organismos internacionales. Casi siempre privilegian la vida la integridad psicofísica la integración social. Enfatizan en el derecho a las diferencias en el espacio y en el tiempo y entre las distintas culturas y creencias y opciones. Y fortalecen la existencia de las minorías y de los débiles (niños adolescentes mujeres enfermos discapacitados ancianos extranjeros etcétera). Estas declaraciones confunden a los abogados desprevenidos acostumbrados a leyes que organizan las relaciones entre las personas. Aquí más bien se establece lo que no se puede hacer lo que hay que respetar y cuando se afirma alguna obligación es casi siempre de toda la comunidad o del Estado. Más que normas parecen meta-normas de respeto de solidaridad y de convivencia entre diferentes. “Se asiste a una progresiva recodificación constitucional del derecho privado” advierte Lorenzetti.¹⁴

Y en esas normas superiores se apoyan ciudadanos y jueces y abogados para ir deshaciendo hebra a hebra el derecho tradicional (antes debían recurrir a alambicados razonamientos y a sofisticadas relaciones inter-normas en que ni ellos mismos creían) e ir forjando palabra a palabra el derecho del tránsito a la nueva civilización. (El de la nueva civilización será muy distinto al punto que no nos parecerá “derecho” a los que ya tenemos años si mágicamente lo llegásemos a ver).

Claro que muchos tienen miedo de este nuevo derecho. Genera inseguridad y es poco previsible. Abre puertas donde antes sólo había paredes. Cambia los sistemas de razonamiento y de valoración. Todo esto es cierto pero también lo es que la familia y sus relaciones internas y externas

han cambiado tanto que ya el derecho tradicional como un odre viejo que acoge un nuevo vino rojo perfumado y poderoso se raja y cede. Hoy en día la prudencia exige sobre todo coraje.

Es que “la crisis de las visiones totalizadoras ha hecho explotar todo texto unificador – como concluye Lorenzetti. Los intereses son individuales o sectoriales, perfectamente diferenciados unos de otros. En el plano individual, el legislador se ve en problemas. Si se tuviera que tomar una decisión legislativa sobre temas sensibles, habría que hacer una ley para cada uno de esos individuos. Esto es lo que sucede por ejemplo con el denominado ‘derecho a rehusar tratamientos’; habría que hacer una ley para los testigos de Jehová y tantas otras como ideas distintas hay. De igual modo ocurre con el aborto, con la regulación de la familia, y muchos otros. El proceso judicial deja de ser la averiguación de ‘la verdad’, para transformarse en una ‘transacción’. En este contexto, el comportamiento racional de los individuos autosuficientes es no vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en countries privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud, por la medicina prepaga; el crédito estatal, por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada. Este individuo no necesita del Estado, le molesta, pretende que se lo suprima, porque él está satisfecho sin necesidad de la acción pública. El Estado lo molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirla al mínimo. No necesita del Estado porque tiene su propio feudo, y por ello se dice que asistimos a una nueva edad media. El Código surge con el Estado, y éste con la nacionalidad. Este esquema fue justamente sustitutivo del feudo, e incompatible con él. De ahí que estos fenómenos de feudalización sean descodificantes. El Código significó una abstracción: la idea de ‘ciudadano’ eliminaba las singularidades para tratar un concepto único al que se le aplican las consecuencias jurídicas. Frente a la heterogeneidad y a la diferencia, no tenemos conceptos similares, o abarcadores. La solución provisoria, que se va imponiendo, es dejar a cada uno la decisión individual. Se admite progresivamente que el individuo pueda decidir la subsistencia de su matrimonio, de su embarazo, de su vida, de la tipología genética de sus hijos, de su religión. La familia se reduce, porque las personas tienen otras vinculaciones; los hermanos se ven más con sus amigos que entre sí, los cónyuges se ven más con sus compañeros de trabajo que entre sí. La familia

civilista también se disgrega al multiplicarse el sistema de pertenencia. Las leyes de protección del consumidor, patentes, aborto, accidentes, son habitualmente productos de una transacción”.¹⁵

Nada más que este derecho del tránsito a la nueva civilización necesitaban las tribus posmodernas para ser felices. Una especie de billete de entrada y derecho a permanencia (lo hubieran hecho igual pero más incómodas y temerosas) a la “adultez” y a la no marginalidad.

*

Estas líneas me han sido sugeridas por la lectura de un libro (“Derecho Constitucional de Familia” es su título) que a mi juicio no puede dejar de leerse porque propone a cada paso pensamientos con los cuales naturalmente se puede disentir (loado sea Dionisos)¹⁶ pero con los cuales no se puede dejar de dialogar. Sus autores son Andrés Gil Domínguez y María Victoria Famá y Marisa Herrera.¹⁷ Todos son conocidos del público lector. Han escrito mucho y tienen antecedentes. Gil Domínguez es mucho más que el discípulo directo y continuador del pensamiento de Germán Bidart Campos y Famá y Herrera son ya mucho más que hijas intelectuales de Cecilia Grosman y Aída Kemelmajer de Carlucci (quien prologa el libro).

Resumirlo es imposible y diré porqué: no hay casi tema del derecho de familia que no sea examinado en él. Y si bien el título y el eje de los capítulos hace referencia a derechos constitucionales en juego por su contenido desfilan el matrimonio el concubinato la filiación en sus diversas variantes el nombre y la capacidad (que por fin aparecen en el derecho de familia: lástima no haber hecho lo mismo con el tema de la insania y la inhabilitación) algunas cuestiones referidas al patrimonio de cónyuges y concubinos (los escritores se excusan de no haber tratado otras en este trabajo) la reparación de daños la responsabilidad parental e inclusive las cuestiones más actuales como la violencia familiar la homosexualidad la transexualidad la educación para la salud reproductiva y muchas otras. Este verdadero tratado por la forma en que aborda cada uno de estos temas apasionará a los jóvenes estudiantes que amen el derecho y a la vez amen la vida. Quizás más que a los profesores porque son mayoritariamente aquéllos y no éstos quienes pertenecen a las nómades tribus posmodernas.

Aquí resumir sería desbatar y no me place hacerlo. Más bien prefiero mantener un diálogo con los autores y el lector sobre ciertos tópicos. Después

de todo en el derecho del futuro lo que importarán son las conversaciones y son ellas las que deben crecer y enriquecerse (no los individuos y ni siquiera los grupos de individuos como creían nuestros maestros).

Me sumo pues a la jugosas ricas envidiables conversaciones que el trío autoral ha mantenido seguramente e invito también al lector a conversar. Con el permiso de todos. Y propongo que empecemos por la expresión tan bella de que “las Convenciones Constituyentes operan como detectores de los síntomas del malestar de una sociedad para canalizarlos mediante la elaboración de un nuevo orden simbólico en donde existan menos frustraciones y más adhesiones al tótem” (de la ley). Me parece que en esta oración se apoya toda la obra. Los derechos humanos (de rango constitucional desde la reforma de la Carta en 1994) devienen un bloque que constituye el principio fundamental. Es lo que la sociedad cree y quiere y ni siquiera la mayoría podría oponerse a las consecuencias que de él se derivan en defensa de las minorías del pluralismo de la tolerancia del estado democrático.

La serena y firme hermosura de aquella afirmación refresca el alma. Un nuevo orden simbólico en donde existan menos frustraciones y más adhesiones (supraconcientes y concientes me gustaría agregar) a la ley... De esto trata toda la obra: de aliviar el sufrimiento de erigir una ley que beneficie a todos o al menos a más que a unos pocos... De permitir que la vida viva que la vida se cuele (aunque no sea más que eso) por los intersticios de la ley... Y si la ley la ayuda ¡mejor todavía!

En esto los magistrados tienen un papel fundamental ya que “la vigencia sociológica de la Constitución ha recibido bocanadas de oxígeno gracias a la ardua labor de jueces activos que no han quedado pegados a la bizantina creencia de que la ley es el techo del ordenamiento jurídico”. Consecuentes con esta afirmación suya los autores a lo largo del libro describen y evalúan todos los fallos que se han dictado en derredor de cada tema. Desde los locales hasta los de las Cortes Supremas provinciales y de la Nación incluyendo para el ávido lector los de los tribunales europeos norteamericanos y supranacionales.

Es lo que llamo un derecho para una época de transición. Pero si se me permite agregar algo diría que cuando una persona o una sociedad dice “creer” en algo (por medio de una Constituyente por ejemplo) es en el preciso instante en que su vida deja de estar apoyada íntegra y supraconcientemente en esa creencia. Cree: pero no es ya su mito fundante. Los mitos fundantes no

son optativos y las creencias sí. Esto nos lleva a interrogarnos sobre cuál será la baldosa sobre la que estamos parados ahora y que forzosamente no vemos (los románticos traían una imagen más bella cuando decían que un faro costero iluminaba todo salvo la zona en que estaba ubicado...).

Y me pregunto seguramente con los escritores cuáles serán hoy los mitos fundantes de la pareja humana ya que como ellos tan bien explican en el capítulo sobre “El concepto constitucional de familia” las antiguas funciones “han sufrido grandes transformaciones influenciadas por factores sociales y culturales”. Tiro una “idea pelada”¹⁸: el mito del camino con la pareja en huida la que busca un refugio de la agresividad del mundo replegándose sobre sí misma la que está en fuga como en los clásicos del cine de una policía o de unos mafiosos que la persiguen por error (o al menos ellos no saben porqué los persiguen) la pareja cómplice la que busca ternura sexual y emocional transgrediendo en cierto modo los mandatos de un poder agresivo del cual huye... una pareja menos sometida a la construcción de una sociedad que a la búsqueda del goce en una vida efímera (lo sabe) y algo aislada...

Entonces bien dicen los escritores que la familia de hoy enfatiza sobre el pluralismo la tolerancia y la autonomía (buscando - agrego por mi cuenta - “hacer la suya” frente a una sociedad que ahora se lo permite y hasta la alienta a hacerlo y que ya no tiene interés en acosarla como antaño cuando paradójicamente los menos vigilados eran los pobres). Entonces “emerge, dicen ellos, la opción preferencial por la fuente (de derecho) que más proteja a la persona (...) o bien, como nosotros lo entendemos, el principio según el cual se debe buscar la mayor vigencia sociológica de los derechos humanos”.

Se protegerán todas las formas posibles de pareja y familia “siempre teniendo en cuenta que las mismas no estén dispensadas de respetar las leyes dictadas para proteger el bien común” añaden los autores citando un fallo inglés. Difícil de medir este bien común - añadido por mi cuenta - recordando que otro autor con quien a menudo dialogo sin conocerlo y que superó a Foucault con las herramientas que el mismo Foucault forjara nos ha mostrado en un librito inolvidable que la armazón social hace variar cada tanto los pivotes sobre los cuales se asienta el bien común (y muchas veces nos engañamos y creemos que esos pivotes siguen estando allí donde estaban ayer: pero se han corrido...).

Es por eso me parece que en el libro se aborda seguidamente y con placer el tema de la discriminación. Cuándo es arbitraria y cuándo se trata de

una diferenciación legítima. Esta última coincidiría con el famoso y debatible bien común. Un preciso análisis de este tema permite a la obra adentrarse en cuestiones debatidas del derecho de familia: la imposibilidad legal de que adopten un hijo los compañeros no casados de una pareja heterosexual. Ellos ven allí discriminación legal arbitraria y yo también (y acoto que en este caso se ve claramente cómo el bien común se traslada ya que hace cien años esta misma norma hubiese señalado una diferenciación legítima). El mismo criterio se sienta en el libro y con razón con respecto a las distinciones que pueda hacer una futura ley de fertilización asistida.

En el trabajo se sostiene que en materia de seguridad social las parejas convivientes están suficientemente protegidas por la ley y la jurisprudencia y es verdad. Cuestionan en cambio que la vieja ley de bien de familia excluya a los compañeros de las protecciones que ella provee y analizan los fallos dictados con respecto a este tema y aquel otro (considerado como aledaño) de que si el segundo párrafo del artículo 1277 del Código Civil argentino debería extenderse a los compañeros. En este punto me parece que conviene dialogar con los autores y crear un espacio de reflexión ulterior. En mi concepto se trata de dos supuestos diferentes: en el caso del bien de familia se protege la vivienda de ésta y no se perjudica a nadie. En el segundo supuesto aparece por primera vez en la obra que si se suprimiera la diferenciación o discriminación habría un “perjudicado”: el otro compañero. Y propongo dos niveles de diálogo: el primero para ver si el artículo 1277 ha sido beneficioso o no en los divorcios de parejas casadas con hijos ya que por un lado protege a los niños y por el otro los perjudica estimulando apropiaciones de hijos e inmuebles a la vez y poniendo en una situación desvalida (inclusive en cuanto al ejercicio de la paternidad) al progenitor que no detenta la guarda primaria de los hijos. Quizás una norma flexible al estilo del derecho posmoderno sería mejor en vez de trasladar rigidez a otras situaciones. En segundo lugar y en cuanto a los compañeros no casados habría que pensar aquí por primera vez (y no será la última) si la autonomía y la tolerancia que propugna el nuevo derecho no debería extenderse a ellos permitiéndoles organizar su familia sin ingerencias ya que no han querido quizás adrede entrar a las normas del matrimonio. Es verdad que si hay hijos algunas reglas deberían protegerlos pero habría que reflexionar si al trasladarles sin más y sin voluntad de ellos la arquitectura matrimonial no estamos invadiéndolos y reprimiéndolos como en el pasado al dejarlos fuera de todo beneficio. Digo esto (y sé que es opinable) no en defensa del matrimonio sino de la

autonomía de los que no quieren entrar en él y desean crear su propia forma de vida.

Lo mismo podríamos decir sobre el siguiente tema que abordan los escritores con la seriedad y enjundia habituales. Es hoy en día inconstitucional que los compañeros no puedan inscribirse en las obras sociales del otro como lo hacen los casados. Pero ¿es igualmente inconstitucional que no se deban alimentos entre sí? En el libro se responde positivamente a este interrogante aunque pocas páginas después se asegura como constitucional el derecho a no casarse y a convenir con la pareja los efectos de la unión (salvo en lo relativo a los hijos naturalmente). Sin embargo se afirma que para preservar el derecho a no casarse y no impulsar al matrimonio deben salvaguardarse ciertos derechos básicos dentro del cual está el de recibir alimentos - aunque sólo los de toda necesidad y encontrándose en estado de desventaja patrimonial evidente. Uno se pregunta entonces si este derecho así limitado no tendría más obligados que el o la ex compañero/a para extenderse no sólo a otros parientes como ya está legislado sino a la sociedad toda. Están de acuerdo también con que los compañeros tengan un derecho a la herencia aunque restringido. A mí me gustaría saber si las nómades tribus posmodernas que buscan su camino tendrán algún interés en estas normas o si no se trata de un intento inconsciente de los abogados de traerlas dentro del campo de un derecho que todavía no está maduro para recibirlas.

El capítulo relativo a los homosexuales es impecable. Todo lo que en los últimos años hemos aprendido sobre esta forma de vivir la sexualidad está aquí volcado con conocimiento y pasión. Su derecho a ser padres a ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos y a convivir con ellos aún en caso de separación está brillantemente defendido con razones y lecturas y fallos tanto nacionales como extranjeros. Si la cuestión se complica con respecto a los derechos de acceder al matrimonio a la adopción y a la fecundación asistida los escritores la resuelven con igual autoridad y precisión. Prefieren esperar la evolución de la palabra “matrimonio” y aguardar también a que la sociedad acepte que la paternidad pueda desarrollarse de más de un modo - pero opinan que mientras tanto debe adjudicarse a las parejas homosexuales un régimen jurídico que las ampare con iguales derechos que el matrimonio aunque no se llame así. Creo lo mismo y pienso que esta prudencia no es discriminatoria.

Ya hemos visto de la mano de los autores que tanto en el caso del

concubinato como en el de la relación homosexual no pueden aplicarse directamente las reglas elaboradas para la familia nuclear. Aquí la voluntad de no discriminar se atiene a diferenciar con legitimidad - precisamente para no incurrir en discriminación. Lo mismo ocurre con la familia que ahora llamamos ensamblada y de la cual se trata con extensión y profundidad. Para bien de la evolución del derecho de familia aquí las viejas normas no alcanzan y producirían trastorno de ser aplicadas (con la excepción de la adopción de integración que con acuerdo de casi todos corresponde tanto en el caso de nueva pareja casada como en el de que sean compañeros). En el resto la novedad en clase media de la nueva pareja post divorcio (casada o no) ha hecho estallar las viejas categorías liberales. En efecto una vez reconocido con franqueza que el viejo artículo 363 previsto para la viudez nada tiene que ver con el supuesto de divorcio todos nos preguntamos y los escritores con nosotros cómo regular estas situaciones. La obra arriesga soluciones con el mérito – al menos para mí es un mérito – de no pretender que sean aplicaciones de la ley positiva sino de los grandes principios del bloque constitucional. Así propone que en determinados casos el juez autorice al niño a llevar el apellido del cónyuge o compañero de su madre (aunque sin filiación). Que se admita que el padrastro o madrastra tienen derecho a ejercer cierta autoridad sobre sus hijastros. Que los alimentos al hijastro cesen cuando se rompió la unión con su progenitor biológico y que en todo caso la obligación sea subsidiaria de los parientes sanguíneos pero que no se limite a la satisfacción de las necesidades elementales del alimentado sino que comprenda lo necesario para su adecuado desarrollo. Y que los artículos 211 y 1277 se interpreten a favor de los hijos menores de edad sin discriminación de la filiación de los hijos. De todos modos subsisten dudas inmensas que el derecho individualista no puede solucionar y me encanta introducirlas en la conversación: la responsabilidad del padrastro ¿disminuye los derechos del progenitor biológico no conviviente? Si un padre o una madre aportan dinero como alimentos para su hijo ¿deben soportar que los hijos de la nueva pareja del otro progenitor o la nueva pareja misma o los hijos comunes del otro progenitor y su nueva pareja aprovechen del dinero que da? Estas preguntas e infinidad de otras no tienen respuestas dentro de la mitología liberal salvo que se fuerce tanto las normas que terminen trituradas – cosa que los autores no hacen. La ideología de la apropiación (“mi” capital “mi” marido “mi” hijo, “mi” médico) es incompatible con respuestas lógicas a nuevas realidades. Apunto con estas dudas constructivas a que el derecho

del futuro no podrá tener una base ideológica individualista si lo que se quiere es construir la solidaridad.

Este comentario podría ser infinito sino fuera porque el tiempo (del que escribe) y el espacio (concedido al texto por el medio) no lo son. El interés del libro en cambio lo es. El capítulo sobre las relaciones entre la autonomía de la voluntad (a mi entender llamar a este derecho “libertad de intimidad” no es suficientemente preciso) y el clásico derecho de familia es apasionante. Ya es sabido que el desinterés social en la que otrora fuese la célula básica de la sociedad dio como resultado que se admitiesen convenciones sobre cuestiones antes consideradas sagradas. De aquí (dicen los escritores y yo adhiero) el éxito de la mediación la posibilidad de optar entre adquirir o conservar el apellido del marido o no la validez de los convenios de tenencia compartida y otras cuestiones no menos importantes detalladamente tratadas. Más allá de estos aspectos acordables hay actos unilaterales a los cuales se le acuerda un efecto jurídico hasta hace poco tenido por insólito como la puerta que la causal objetiva de divorcio abrió para salir del matrimonio aún sin haber sido injuriado ni tener el consentimiento del otro (tema comentado y muy bien por los autores).

Pero hay dos cuestiones que por su novedad y la calidad de su tratamiento no pueden soslayarse. Una es la posibilidad de otorgar a la palabra “fidelidad” (clave en el matrimonio) un contenido convencional que pueda incluir o no la exclusividad sexual. Me parece atinado. Y de hecho es lo que las tribus nómades posmodernas practican. La exclusividad sexual fue consagrada sobre todo en la mujer para asegurar la legitimidad de los hijos que pariese. Hoy en día esto no es necesario. Las parejas pueden contratar su programa de vida. “La fidelidad es lo que los esposos acuerden que es en virtud del plan de vida que han elegido, dice la obra. Es en el marco de dicho acuerdo en el que debe interpretarse el contenido de este deber de fidelidad. Debe entenderse pues en un sentido amplio, que implique para los cónyuges la obligación de observar una conducta de lealtad traducida en la sinceridad y el respeto mutuo. Fiel es aquél que no engaña, aquél que no defrauda la confianza depositada por el otro en su persona, aunque ello no se vincule necesariamente con la exclusividad sexual”. Hermosas palabras con las que pienso que la mayoría estaremos de acuerdo.

La causal de separación sería entonces (añado por mi cuenta) no adherir más a ese programa tácita o expresamente contratado o no acordar modificaciones al mismo o incumplirlo en perjuicio del otro sin haber

anunciado la desafiliación a su contenido. Y esto es el segundo punto que me interesó en este inteligente capítulo: la eliminación de las causales tradicionales de divorcio.

Es maravilloso que en un libro de derecho de familia pueda existir un capítulo entero e importante sobre “La perspectiva de género en el derecho de familia”. Introducir oficialmente esta mirada ya es revolucionario. Generalmente estas miradas son echadas por los otros: los perjudicados o sus representantes intelectuales. Aquí no es así: son los propios autores los que enjuician la materia de su especialidad y no lo hacen benignamente.

Parten del concepto constitucional de igualdad y en su torno anudan las partes del capítulo. Para que la igualdad sea real se analiza los criterios que permiten encontrar la discriminación arbitraria sobre todo en lo que se ha dado en denominar las “clases sospechosas” (concepto de fina elaboración doctrinaria y jurisprudencial que en este trabajo es descripto con especial esmero).

Con estos instrumentos de análisis no se estudia a la realidad social (donde la desigualdad sigue siendo inmensa) sino las mismas normas y prácticas jurídicas donde encuentran rémoras que deben ser barridas. Y se analiza fallos de la Corte Suprema favoreciendo la educación mixta y la eliminación de disparidades en la selección empresarial de personal y otras cuestiones.

Los escritores se han detenido especialmente en un análisis pormenorizado de la ley de violencia familiar (aunque aclaran que no se debe identificar violencia doméstica y violencia de género) y en la inconstitucionalidad de la veda que impide a la madre impugnar la paternidad de su marido.

Me resultó particularmente interesante por el original y bello tratamiento el largo apartado referido al consentimiento informado de la madre biológica para entregar a su hijo en adopción. Creo que si este texto fuese tomado seriamente para llevarlo a la práctica revolucionaría lo que se viene haciendo. El consentimiento informado no es un trámite formal: implica poner al otro en condiciones reales de decidir y esto es una tarea compleja que no sólo tiene que ver con nociones sino con la realidad social de quien decide. De otro modo tendríamos que preguntarnos con Lenin en su famoso cuestionamiento “La libertad ¿para qué?”

Otro tema particularmente espinoso es la disposición legal que prescribe otorgar a las madres (salvo casos de excepción) la tenencia de los

niños menores de cinco años. La obra a mi juicio con gran coraje y sabiduría concluye en que se trata de un caso de inconstitucionalidad sobreviniente.

Se cierra el primer tomo con un capítulo referido a la responsabilidad parental y los derechos fundamentales de los niños. Es un capítulo especialmente interesante para mí del cual me veré obligado a espigar lo que me parece fundamental. Lo primero es el estallido de la dicotomía capacidad – incapacidad (el cual aprovecho aquí para añadir que hace rato que ha estallado también en materia de discapacitados mentales). La Convención de los Derechos del Niño puso la bomba al reconocerle al niño derechos sin fijarle edad para su ejercicio - derechos que antes eran al menos desde la ley exclusivos de las personas llamadas capaces. Naturalmente que esto tiene una repercusión directa sobre la responsabilidad parental y su ejercicio. Ya en nuestra legislación interna la capacidad ascendía de a pequeños saltos (a veces arbitrarios) a medida que el niño crecía y correlativamente la vieja patria potestad disminuía. Pero ahora es verdaderamente el ejercicio de la autoridad y la obediencia lo que está en crisis: debemos encontrar nuevas formas y contenidos para estos antiguos y necesarios conceptos. Esto exige según los escritores resignificar o armonizar la legislación civil con el orden constitucional. Y además pone en crisis el sistema de la representación: tema al cual se dedica un preciso apartado.

En esto como en las relaciones de pareja (ya sean hétero u homosexuales) un retorno al pasado es imposible y además no hay razón para soñarlo ya que ¡el presente y el futuro son mejores que el pasado! Si ya la organización social no tiene a la familia como base y la deja actuar con más libertad ¡aprovechemos esa libertad para hacer una familia donde el respeto y la solidaridad reinen mejor y encuentren un lugar más posible! Y para esto una condición es que el derecho (como alta manifestación de la cultura) acompañe.

Otro tema que me parece muy atinado en su tratamiento es el de la escucha del niño tema difícil por su novedad. El libro trata casi todos los aspectos de esta problemática y lo hace bien. Cuando habla de la escucha del niño en sede judicial trae una importante salvedad: no hay que oír al niño cuando los padres han celebrado un convenio y piden su homologación. Estoy de acuerdo y sólo introduzco una pregunta: ¿dirían lo mismo los autores si se tratase de un acuerdo hecho sobre zona de riesgo (esto es en alguna de esas situaciones sobre las cuales no hay experiencia cultural previa)? Por ejemplo un acuerdo sobre la internación de un muchacho por

adicción a las drogas. La otra excepción según la obra son las situaciones especiales en que el chico va a hablar con el cerebro lavado por alguno de los padres o en medio de una pelea que lo está triangulando. Me parece bien aunque hago la salvedad de que quizás pueda entrevistarse al niño con provecho tomando ciertos recaudos que no es del caso tratar aquí.

Con la solvencia ya demostrada los autores tratan también dos temas difíciles como el de la salud reproductiva y el derecho del niño a la educación. Aquí profundizan de manera notable estos dos tópicos y afrontan decididos el aparente conflicto entre los derechos personalísimos del niño y las obligaciones del Estado y la responsabilidad parental. No me explayaré sobre estos puntos y solamente resumiré una idea que me parece central y que a mi entender es la base filosófica sobre la cual los escritores apoyan la fina solución que dan a esos problemas: el derecho de los hijos consiste en que los padres los capaciten para vivir en una sociedad abierta y pluralista en igualdad de oportunidades. Y el Estado debe garantizar ese derecho. Alguna vez volveré sobre este tema.

Ahora debo pasar al segundo tomo que se inicia con un concepto que (como todos los que constituyen la columna vertebral de este trabajo) atraviesa transversalmente el derecho de familia: la identidad. Concepto que en nuestro país apareció como una joya en la lucha por remover la mentira y los efectos nocivos que las “desapariciones” ocurridas durante el proceso militar dejaron en los hijos de las víctimas. Por eso mismo la idea se transformó en un arma (demasiado simple para ser útil en otros campos). Y por suerte en aquí se la complejiza se estudian sus orígenes se advierten sus matices. Y se valora que la identidad no es algo que nace de adentro hacia fuera sino que se origina en la interacción social. Las identidades se construyen socialmente y varían también con las posibilidades que las culturas y las crisis van ofreciendo.

Es interesante el parangón que hace el libro entre identidad y verdad. Se habla aquí de la verdad fáctica (lo que realmente sucedió) y de la verdad axiológica (la calificación moral que merita lo sucedido). Esto es por lo general referido a la identidad biológica. Pero la identidad no es sólo biológica: en lo fundamental es interactiva. La misma ley positiva (al no hacer obligatorias sino dejar como optativas las acciones de impugnación de estados biológicamente falsos) muestra cómo el trasfondo de la identidad (aún de la mal llamada filiación natural o por naturaleza) no es lo biológico. Esto está clarísimo en la paternidad matrimonial y extramatrimonial y en

muchos otros casos. Y se refleja también en algún proceso fallado por la Corte Suprema de nuestro país donde una joven conocía la verdad de su origen biológico pero optó por mantener la ficción legal porque encontró en su familia biológicamente “falsa” su “verdadera” identidad y no quiso perjudicar con su actitud (dejarse hacer una prueba de ADN) a quienes consideraba sus parientes (mostrando una vez más que eran su familia dentro de las opciones que la ley permite aún en estos dramáticos casos).

Los escritores analizan este fallo y aunque no coincidido con su postura en este punto (ellos piensan que la Corte debió obligar a la joven a hacerse el análisis) considero que la exposición es brillante erudita y no tendenciosa: aporta a un debate que seguramente seguirá porque cada vez más a mi entender la familia será optativa y responderá menos a los detonantes biológicos.

El derecho a la identidad en la filiación adoptiva es otro de los temas clave que los autores abordan en este capítulo y también lo hacen con profundidad y erudición aportando como siempre al lector no sólo lo que ellos piensan sino también poniéndolo absolutamente al día sobre la legislación y doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras y supranacionales. El tema es subyugante porque aquí se da un supuesto que muestra claramente la complejidad de lo que encubre el concepto de identidad. A tal punto que podríamos hablar (como en el caso de la joven hija de desaparecidos) de varias identidades no excluyentes y/o opcionales. Esto es harto evidente en el caso de la adopción. Aún el hijo adoptado desde el nacimiento tiene una identidad relacionada con su familia de origen y otra con la adoptiva. Y también una cierta fidelidad a ambas que en la mayoría de los casos se va desarrollando pacíficamente y en otros no pero que en todos los supuestos hay que respetar porque lo ayuda a crecer. Añado sólo que cuando hablo de fidelidad a la familia de origen no me refiero a querer conocerla (lo cual es posible) sino a esa vocación que muestran los adolescentes adoptivos por relacionarse con personas que de alguna manera los pongan en contacto con lo que suponen fue el contexto social de sus progenitores biológicos. Esta identidad compleja muestra que la familia adoptiva no es (como se pretende a veces) idéntica a la supuestamente biológica. Y que esta diferencia no la disminuye sino que una vez aceptada la complejiza y enriquece.

Concordantemente con lo expuesto aparece el último tema del capítulo: el nombre como un aspecto de la identidad personal. Por fin en un

libro de derecho de familia se habla del nombre. Ya esto me parece importante: sacar el nombre del sagrario de la individualidad ya que también el nombre es algo interactivo y como bien dice el texto es por esto que es mutable. No sólo el nombre de pila sino también el apellido: ya lo es en nuestra legislación actual y más lo será en el futuro por que la mutabilidad del nombre se basa en el derecho a cambiar de tribu y las tribus nómades posmodernas lo están ejerciendo.

Así como sucede con el tema del nombre una vez más nos sorprende la obra al incluir dentro del derecho de familia un verdadero minitratado de políticas sociales. Sabía muy poco y aprendí muchísimo de este tema que ahora sí entiendo porqué se lo incluyó en el texto. Agradezco a los escritores el haberlo hecho y muchos abogados como yo se lo agradecerán.

A lo largo de todo el trabajo siempre se va manteniendo un diálogo con la realidad viva. En esto fue pionera Cecilia Grosman y los escritores siguiendo esta línea le rinden homenaje (así como en los aspectos filosóficos se ve la impronta de Bidart Campos). Ahora bien aquel diálogo permanente con la realidad se muestra con ese acto de audacia de introducir dos capítulos tan poco tradicionales como el de los problemas de género en el derecho de familia que ya comentamos y éste de las políticas sociales. ¿Es que la pobreza acaso no tiene que ver con los derechos del niño y con las dificultades de los padres para educarlo por ejemplo? ¿Acaso no tiene que ver con los problemas de la pareja la falta de vivienda y de trabajo? Y si estos son los verdaderos derechos ¿porqué no hablar de estos temas en un tratado de derecho de familia?

El esquema básico del capítulo es el siguiente: el Estado debe ayudar a los padres a cumplir con los derechos fundamentales del niño: así lo dice la Convención. Y para eso debe desarrollar políticas sociales. De las cuales el poder administrador es el primer responsable. Pero atención que si no cumple con su deber el poder judicial es el encargado de exigirle que lo haga a través de las acciones de amparo y de las que defienden los derechos de incidencia colectiva. Todo esto está expuesto con detalle y rigor en este novedoso capítulo. Que también será muy útil en el ejercicio de la profesión de abogado ya que luego de exponer con claridad la doctrina que se ha desarrollado en torno de las políticas sociales y los mecanismos de las acciones judiciales que tutelan el derecho a acceder a las mismas la obra analiza extensamente fallos que dan operatividad a derechos en materia de educación de salud física de salud mental (y aquí por fin se aborda el tema de los enfermos desde el punto

de vista de los derechos humanos hablando de la gradualidad de la incapacidad y de la internación como último recurso) de alimentación de vivienda digna y del acceso a un trabajo digno.

Termina el libro con un capítulo sobre bioética. Se tratan allí temas delicados y opinables: el aborto voluntario la anencefalia la esterilización de capaces e incapaces el hermafroditismo y el transexualismo. Temas delicados que han sido pensados y escritos con delicadeza y ponderación que no ocultan la lógica pasión (pasión que por otra parte recorre todo este trabajo como los nervios que según dicen se alojan en nuestra columna vertebral).

El aborto voluntario es un tema tan trágico como interesante ya que en él están enfrentados como nunca las mujeres y los niños (en la historia de los derechos humanos las mujeres han luchado y vencido y han traído tras de sí a los niños para que los hombres los respeten). En la descripción de este drama - debo decirlo - se escucha muy fuerte la voz de las mujeres pero es casi inaudible la de los niños y menos aún la de los hombres que algo tienen que ver en este entuerto de siglos. Así y todo debo también decir que el apartado está tan bien construido que aún a mí (convencido desde siempre que el aborto hecho en cualquier momento da fin a una vida humana) me ha persuadido de que esta tragedia debe seguirse llorando y de que su resolución en sede penal es sólo una apariencia contraproducente.

Aún dejando constancia de que los restantes temas que he enumerado y conforman el capítulo han sido tratados con una seriedad y completud que me ha enseñado mucho prefiero terminar aquí la reseña. Para quedarnos con el dolor y la tragedia. Y también con la esperanza. Porque en definitiva no sólo el aborto voluntario sino todas las cuestiones tratadas y todas aquéllas que nuestra tarea de abogados de familia nos presenta llevan en su entraña una tragedia y una esperanza. Será muy ingenuo creer que una buena solución jurídica o de cualquier otra índole suprimirá la tragedia pero puede aliviarla y sobre todo hacer que sirva para el crecimiento de la especie: he ahí la esperanza. Y creo que esta obra fortifica esa esperanza.

*

Si dentro de miles de años ella se convirtiese en un hallazgo arqueológico ¿qué es lo que denunciaría que pertenece a una época de transición? A mi entender que hay tensión y dura tensión dentro de ella misma entre los elementos del pasado y los del futuro.

Pertenece claramente a la civilización apolínea el estilo del trabajo: jurídico y racional y hasta académico. Además de polémico y casi agónico. Muy involucrado en la lucha por el derecho. Queriendo extender los beneficios de la civilización a todos (a pesar de que hay cada vez menos interesados en ellos). Un ánimo ético progresista muy siglo XIX. Una fe en el “yo” un acento en la privacidad (*privacy*): esos recortes contruidos por la modernidad que estamos dejando atrás aunque ya los llevamos incorporados. Una omnipresencia del Estado como confiable elemento englobante consistente contenedor protector y cumplidor: cuando a ojos vista están sus rajaduras que anuncian un próximo desmoronamiento (como el de las instituciones aledañas). Una dudosa colocación de los tribunales como efectores del tránsito a la nueva cultura y nuevo mundo: cuando su origen y estilo pertenecen a un liberalismo que ya no conduce el movimiento social. Se promueve a menudo el debate dentro de estructuras jurídicas del siglo XIX que no pueden elastizarse demasiado sin romperse ya que fueron contruidas pensando en derechos de individuos que están dejando de existir como tales. Éstas no son críticas sino “inevitables” que permiten averiguar el momento cultural en que el libro se escribió.

En cambio hay signos en que el arqueólogo verá que el mismo pertenecía ya al futuro (futuro nuestro que para el arqueólogo será ya pasado). Algunos de ellos son el considerar a la humanidad como un todo apelando de continuo al derecho extranjero y al supranacional. La fuerte vocación de integrar a todos los marginados por la sociedad apolínea ²⁰ (aunque toda sociedad genera marginales y los del futuro inmediato probablemente sean los no consumidores). Un ensanchamiento del campo de la autonomía grupal aunque esta grupalidad se llame “familia” pero también pueda llamarse “aventura” “experiencia” “ensayo” o “prueba”: en su constitución (sexos y alianzas y generaciones) y en su funcionamiento (relación entre los miembros y problemas de género – presentes también en la relación entre homosexuales - autoridad y obediencia y responsabilidad reinterpretados). Reinterpretación también de las relaciones entre sociedad y grupo familiar: una relación ahora menos punitiva y judicativa (menos interesada por cierto) menos protectora también (en este sentido se pone demasiada esperanza a mi entender en las políticas sociales - paradójicamente unos de los capítulos más hermosos) más laxa apreciadora de las diferencias.

Es lógico que los maestros del derecho de familia no gusten de este nuevo derecho en tránsito expuesto en este libro como también que critiquen

y hasta desprecien la ley 26.061 (que es al igual que este trabajo un catecismo del derecho para una época de transición esta vez tomando a los niños como foco).²¹

Pero las nómades tribus posmodernas que cada día que pasa engrosan su número y se están moviendo hacia una nueva mañana comerán en paz y beberán con placer el pan y el vino que esta obra les ofrece.

Notas

[↩1]

Zygmunt Bauman, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, ed. Paidós, Buenos Aires, 2005.

[↩2]

Fotografía y naturaleza, por Abbas Kiarostami, en Abbas Kiarostami, *Una poética de lo real*, ed. Museo Nazionale del Cinema y Malba, Buenos Aires, 2006.

[←3]

El nomadismo. Vagabundeos iniciáticos, ed. FCE, México, 2004, p. 114.

[←4]

Maffesoli, *El nomadismo. Vagabundeos iniciáticos*, ed. cit., p. 116.

Maffesoli y Daniel Gutiérrez Martínez, Prefacio a Michel Maffesoli, *La transfiguración de lo político. La tribalización del mundo posmoderno*, ed. Herder, México, 2005, págs. 28, 29 y 30. Siguen diciendo los autores: “Lo más interesante en la utilización de la metáfora del juvenismo como figura emblemática, es que ella ha revestido toda la historia de América Latina, pues el juvenismo que integra la cotidianidad en esta región es la misma que en una primera instancia llevó a justificar o legitimar a los ojos de la conquista la instauración del progresismo colonialista. Sin duda el argumento se basaba en la necesidad de educar a estas poblaciones carentes de madurez, se debía educar la inocencia pueril autóctona” (p. 30).

[[←6](#)]

Mario Vargas Llosa, *A la sombra de los cedros*, Diario La Nación del 9 de julio de 2006.

[[←7](#)]

Maffesoli, *El nomadismo. Vagabundeos iniciáticos*, ed. cit., págs. 9 y 14.

[←8]

En *Personas en loop. Ensayos sobre cultura pop*, ed. Interzona, Buenos Aires, 2005.

[←9]

Michel Maffesoli, *La transfiguración de lo político. La tribalización del mundo posmoderno*, ed. cit., 2005, págs. 195 y 167. El resaltado es mío.

[[← 10](#)]

Éste es el nombre de una de las obras más importantes de Ignacio Lewkowicz (ed. Paidós, Buenos Aires, 2004) algunas de ellas escritas con su mujer Cristina Corea. Ambos fallecieron juntos, jóvenes, en un accidente.

[[← 11](#)]

Terminología inventada por Corea y Lewkowicz en *Pedagogía del aburrido. Escuelas destituidas, familias perplejas*, ed. Paidós, 2004.

[[← 12](#)]

⁹ *La descodificación y fractura del Derecho Civil*, publicado en La Ley 1994-D, 724 y siguientes.

[[← 13](#)]

Idem.

[[← 14](#)]

Idem.

[[← 15](#)]

Idem.

[[← 16](#)]

Hanna Schygulla en 1997 visitó Buenos Aires y dijo: “Yo nunca pude encontrar una filosofía que pueda englobar las contradicciones de la vida”. (Revista “Ñ”, 8 de julio de 2006). Yo tampoco. Las tribus nómades posmodernas no se preocupan por ese detalle.

[[← 17](#)]

Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, 1276 páginas en dos tomos.

[[← 18](#)]

Ignacio Lewkowicz decía que había que tirar una “idea pelada” (sin fundarla) para que luego ocurriese la “discusión melenuda”.

Fernando de Trazegnies, *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1989, 2ª ed. A fines del siglo XVIII en el Alto Perú el comerciante Urtecho se enamora de una negra esclava y busca comprarla. Ante la negativa del dueño demanda judicialmente. Hay normas que permitirían admitir o denegar su petición y finalmente el juez se inclina por basar su sentencia en las primeras, visto que a esa altura del desenvolvimiento colonial el casamiento por amor era un bien común en alza mientras que la esclavitud estaba dejando de ser imprescindible al orden social.

[[← 20](#)]

Y esto desde la primera dedicatoria “a los distintos, los malditos, los diferentes”. En este sentido esta obra encuentra su complemento en la de Alfredo Kraut *Salud Mental. Tutela jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, que he comentado en La Ley del 12 de julio de 2006.

[[← 21](#)]

Esta ley es comentada en un apéndice de la obra que analizo ya que salió mientras estaba en la imprenta.

Table of Contents

[Notas](#)