

IDEAS BASICAS RESPECTO DEL BIODERECHO DE LA FAMILIA INTERNACIONAL EN LA ACTUALIDAD (Entre la institucionalidad y la negocialidad) *

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI **

1. El ámbito problemático

1. A semejanza de lo que sucede en el marco ético, los grandes avances de las posibilidades biotecnológicas que requieren la Bioética producen la necesidad del **Bioderecho**¹. Este es una disciplina “transversal”, que debe enriquecer, no sustituir los planteos de las disciplinas tradicionales. Uno de los despliegues más relevantes del Bioderecho es el que se refiere al ámbito de la familia.

2. Aunque en sentidos estrictos la Bioética y el Bioderecho se ocupan sobre todo de los problemas suscitados por los cambios en las posibilidades biotecnológicas, con alcances **amplios** han de tratar, por lo menos, todo el impacto que esas posibilidades producen en la Etica y en el Derecho, más allá de la puntualidad de tales asuntos. No es posible comprender en plenitud la Bioética y el Bioderecho sin reconocer sus proyecciones en el resto del mundo ético y del mundo jurídico. En nuestro caso del Bioderecho, este marco problemático amplio

* De una clase de seminario de profundización en Derecho Internacional Privado dictada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

** Director de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

1. Puede v. por ej. nuestro estudio “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 22, págs. 19 y ss. (y en “Bioética y Bioderecho”, Nº 2, págs. 11 y ss.).

abarca también las influencias de las posibilidades biotecnológicas en el régimen de la **familia** del **Derecho Internacional Privado**.

2. Las nociones básicas del régimen de familia en general

3. La comprensión jurídica se refiere siempre, en alguna medida, a las nociones básicas de institución y de negocio. En general en la familia ha tenido diversa preeminencia la perspectiva **institucional**, o sea de las ideas que se imponen a los protagonistas, y en gran medida ello se ha debido a la importancia que la familia ha poseído para la subsistencia de la especie como marco de la **reproducción** y en el proceso económico de **producción, distribución y consumo** y a la alta presencia de los **valores** amor, santidad y justicia que se integraban con la utilidad y contribuían a la realización del más alto de los valores a nuestro alcance, que es la **humanidad**.

En correspondencia con su sentido institucional, las maneras tradicionales de descubrir la justicia propias de la familia son de carácter extraconsensual, con “acepción” (consideración) de personas, asimétrico (de difícil comparación), espontáneo (sin “contraprestación”), de participación y de cierto modo general (tendiente al bien común)². En cuanto a los sentidos de la “pantomía” (proyección de totalidad) de la justicia, la familia tradicional significa un importante lazo entre pasado, presente y porvenir.

Todo ese panorama institucionalizador de la familia se ha modificado en los tiempos del **capitalismo** avanzado de la llamada “**postmodernidad**” que ahora vivimos³. El paradigma **negocial** predominante es adverso al sentido de la familia. En el modelo de vida “occidental” actual, que se difunde por el mundo, la in-

2. Es posible v. nuestros estudios “Bases para la comprensión jusfilosófica del Derecho de Familia”, en “Investigación y Docencia”, Nº 17, págs. 17 y ss.; “Comprensión dialéctica del Derecho de Familia”, en “Investigación ...” cit., Nº 23, págs. 11 y ss.; “Jusfilosofía del Derecho de Familia en la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 29, págs. 17 y ss.; “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación ...” cit., Nº 30, págs. 95 y ss.
3. Puede c. v. gr. nuestro artículo “Panorama dialéctico de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., Nº 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 21, págs. 67 y ss. Pueden c. por ej. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antón Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Postmodernidad y Derecho”, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, “El fin de la modernidad”, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. Ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, Fayard, 1992; CALINICOS, Alex, “Contra el Postmodernismo”, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven – KELLNER, Douglas, “Postmodern Theory – Critical Interrogations”, Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., “Technology Time and the Conversations of Modernity”, Nueva York – Londres, Routledge, 1995. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, “Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. También, por ej. GHERSI, Carlos Alberto, “La posmodernidad jurídica” (dos partes).

tervención de la familia en la reproducción y en el proceso económico y los valores amor, santidad, justicia y humanidad que la inspiraban están en crisis. También las maneras de descubrir y proyectar la justicia se han radicalizado en sentidos distintos.

4. La conexión de la familia de modelo tradicional con la **reproducción** biológica se ha debilitado porque con frecuencia se la piensa ajena a esos fines, por ejemplo en las uniones homosexuales, y porque se van abriendo creciente cauce vías reproductivas ajenas a ese modelo que incluyen, v. gr., la cesión de vientres, la cesión de espermatozoides y la clonación. El interés por incrementar la reproducción con miras a asegurar la continuidad de la especie, que en otros tiempos estuvo amenazada -por ejemplo- por grandes epidemias, parece haberse atenuado⁴. Las posibilidades de la genética tienden a promover, por su parte, la crisis de la transmisión de los caracteres familiares.

La familia fue hasta hace poco tiempo, aunque de manera decreciente, un ámbito **económico** de producción -al fin especialmente de servicios- y de consumo. Sin embargo, la división del trabajo la aparta cada vez más de ese papel productor e incluso el consumo se realiza a menudo fuera de ella.

El valor **utilidad**, que ha adquirido el monopolio profundo de la cultura postmoderna y ubica a las personas y las cosas, no siempre las sitúa en el marco familiar que antes les correspondía. El imperio de la **técnica**, que caracteriza a la postmodernidad, no es compatible con el compromiso profundo de la familia. Las vías de descubrimiento de la justicia tradicionales en la familia son anacrónicas en una época de predominio de la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica (por el común denominador monetario), conmutativa, de aislamiento y particular. En un tiempo de permanente presente, la tensión temporal de la familia se va haciendo insoportable.

Con frecuencia se piensa que deben existir distintos tipos de familia en una misma sociedad, permitiendo la opción de los protagonistas que sin embargo, como es notorio, no resulta al fin ajena a los condicionamientos de la cultura capitalista. La propia defensa de la institucionalidad del matrimonio no divorciable suele hacerse en términos de opción entre distintas figuras matrimoniales⁵. El sujeto "débil" de la postmodernidad tiene también una familia de textura débil⁶.

4. Con acierto o sin él se manejan a menudo ideas malthusianas (cabe recordar por ej. MALTHUS, Thomas Robert, "Primer ensayo sobre la población", trad. Patricio de Azcárate Diz, Madrid, SARPE, 1983).

5. Acerca de la defensa de la opción entre diversas figuras matrimoniales v. por ej. el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 5 de febrero de 1998 en el caso "S., V. E. y F., M. I. s/información sumaria - sumarísimo", CS - 526.XXVI-RH, en especial el voto en disidencia del doctor Antonio Boggiano (c. "El Derecho", 20 de marzo de 1998; con nota de Roberto Bosca "Una oportunidad perdida").

6. V. por ej. ROJAS, Enrique, "El hombre light", 11ª, reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, "La era del vacío", trad. Joan

Incluso están en crisis no sólo los conceptos de “esposo” y “esposa”, sino los quizás inmemoriales conceptos de “padre”, “madre” e “hijo” presentes en casi toda la comprensión de la familia. Sin embargo, por lo menos a corto plazo, no hay que descartar la posibilidad de que la enormidad de los cambios genere cierta tendencia inversa de afirmación de aspectos institucionales y en lo profundo tal vez quepa reconocer una nueva “institucionalidad” profunda del capitalismo.

3. La familia internacional en la época actual

5. En nuestros días la internacionalidad se va transformando con el impacto del proceso quizás simultáneo de la **globalización** de quienes integran el sistema económico capitalista y la **marginación** de los que lo exceden⁷. El debilitamiento “material” de la familia, al que acabamos de referirnos, va acompañado de su “difusión” espacial.

6. El régimen internacional tradicional de la familia ha revelado el tenso equilibrio entre institucionalidad y negociabilidad, con predominio de la primera, que hemos señalado con alcance general. Ese equilibrio se ha evidenciado, por ejemplo, en la distinción y solución de los problemas de validez, efectos personales, efectos relativos a bienes y separación y disolución del matrimonio; de filiación biológica matrimonial y extramatrimonial y de adopción y en los distintos tipos de efectos de la patria potestad.

El resultado de la realidad actual es la tendencia, real o conjeturable, al incremento de la **autonomía** de las partes que debilita las diversidades en las cuestiones y las respuestas. Si las partes pueden elegir entre distintos modelos de pareja en el Derecho Interno, no se advierte por qué no podrán **elegir** entre distintos Derechos en el marco internacional. Si se difunde la contratación de las rela-

Vinyoli y Michèle Pendanx, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Minima moralia – Reflexiones desde la vida dañada”, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea – Taurus – Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

7. Pueden v. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., Nº 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética ...” cit., Nº 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 25 y ss. Asimismo c. v. gr. ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam – DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Txalaparta, Tafalla, 1997; ROCHA CAMPOS, Adolfo, “Algunas reflexiones sobre Villas Miseria y Derecho”, en “La Ley – Actualidad”, 17 de febrero de 1998, págs. 3 y 4.

ciones de pareja en el Derecho Interno, avanzará la autonomía material en el Derecho Internacional. Es más: la crisis en el modelo de pareja puede traer la opción entre diversos tipos de filiación, con la consecuente proyección internacional.

7. La diferenciación de la **validez** del matrimonio respecto de los efectos y su sometimiento a la ley del lugar de **celebración** en los países que siguieron la tradición inglesa, abandonando el ámbito de sumisión del estado a la ley personal, ha respondido a la quiebra “negocial” de la institucionalidad del estado de las personas pero también a la afirmación institucional del matrimonio atraído por la voluntad de obtener hijos “legítimos”.

Si las partes pueden abandonar el sitio de su contacto personal (v. gr. el domicilio), para celebrar su unión en otro lugar y no someterse a las leyes que en él rigen, es lógico que, sobre todo en las actuales circunstancias, sea suficiente que elijan un Derecho vinculado al caso, al menos si éste favorece la validez.

Dado el contenido del discurso predominante en nuestro tiempo es posible que, por lo menos en países como el nuestro, no resulte factible el rechazo institucional de orden público de las uniones más negociales de carácter homosexual, reconocidas ya en algunos Derechos extranjeros.

8. Entre las causas de la distinción entre **efectos personales y relativos a bienes** en el matrimonio se encuentra la mayor institucionalidad de los primeros, de modo que el desplazamiento del contacto familiar según la autoridad institucional conduce a una conexión mutable (v. gr. ley del domicilio conyugal). Según los períodos, el régimen de efectos del matrimonio relativos a bienes ha sido más o menos institucional o negocial (el Tratado de Montevideo de 1889 es más negocial y el de 1940 y nuestro Derecho de fuente interna son más institucionales). Sin embargo, es posible que si se difunde la admisión de uniones diversas, incluso homosexuales, como parece suceder, no tarde en aceptarse la autonomía de las partes para fijar los efectos personales o relativos a bienes del matrimonio, también eligiendo o elaborando el régimen internacional aplicable.

A veces se introduce el establecimiento del tipo legal de efectos alimentarios, en mucho respondiendo al deseo de evitar el problema de las calificaciones, pero cabe reconocer que sobre todo en su régimen de favor, en particular al promover los montos más beneficiosos al acreedor, hay una combinación de afirmación y de crisis de la institucionalidad.

9. La distinción de la separación y sobre todo de la **disolución** del matrimonio responde en gran medida a la tensión entre los regímenes más negociales y divorcistas y los más institucionales y hostiles a la disolución (así lo muestran los

Tratados de Montevideo). Sin embargo, las tendencias que se evidencian en nuestros días en el Derecho Interno acerca de la elección de distintos modelos matrimoniales por los protagonistas hacen conjeturable que también estas cuestiones queden afectadas de manera creciente por la elección del Derecho por las partes.

10. En el marco de la **filiación**, el peso de la institucionalidad de la familia se ha mostrado por ejemplo en la tensión diferenciadora de la relación **matrimonial** (antes “legítima”) y **extramatrimonial** (“ilegítima”), ahora debilitada en lo interno y en lo internacional. Este debilitamiento representa cierto imperio de la reproducción sobre la forma, en relativo detrimento del cauce familiar tradicional.

El “despegue” de la familia respecto de la reproducción biológica promueve la afirmación de la tendencia a ubicar a los seres humanos donde lo indique el complejo axiológico dominado por la utilidad, promoviendo los desplazamientos de la **adopción internacional**. La utilidad induce a la baja reproducción en algunas áreas del planeta e impulsa el desplazamiento de los niños de regiones económicamente débiles a los lugares donde son más útiles.

La crisis de la institución familiar, a la que no obstante se desea afirmar, se evidencia también en la necesidad de asegurar la restitución de menores y la prestación alimentaria y en la exigencia de combatir el tráfico de menores.

Tal vez la cuestión más significativa del impacto de las nuevas circunstancias en el régimen de la familia sea la de la condición del **embrión** no implantado, en la que se evidenciarán las tensiones entre la institucionalidad del asiento de la familia de referencia o del lugar en que se encuentre y la negociabilidad del acuerdo que le haya dado origen. El interés de la especie en la reproducción se hará presente en las reglas que se impongan, quizás recurriendo al orden público, por ejemplo por el Derecho del lugar en que el embrión se encuentre. Puede suponerse que el asiento familiar no tenga el papel significativo que posee en la filiación tradicional.

11. La división de los **efectos de la patria potestad**, según sean **personales** o **relativos a bienes**, es otra muestra de la tensión entre una mayor institucionalidad en los primeros y un horizonte de relativa “negociabilidad” patrimonial en los segundos. Es posible que la crisis en la relación reproductiva, económica y axiológica de la familia se proyecte en modificaciones en los regímenes interno e internacional de la patria potestad.

12. En términos sansimonianos cabría sostener que la familia tradicional está demasiado unida al “gobierno de los hombres” en un mundo como el actual, pre-

visto por el gran pensador francés como de la exclusiva **“administración de las cosas”**. Por lo menos en apariencia, la pura administración se difunde de manera notoria ⁸.

En un tiempo nuevo, signado por sorprendentes posibilidades biotecnológicas, por cambios económicos y en los valores, el régimen del Derecho Internacional Privado de Familia no puede permanecer sin modificaciones y el Bioderecho en sentido amplio ha de dar cuenta de ello ⁹.

Nos parece evidente que el ámbito hoy denominado “familiar”, con las relaciones más estrechas entre individuos de proyección “intrageneracional” e individuos de distintas generaciones, seguirá existiendo. No obstante, las novedades en los regímenes internos e internacional respectivos tal vez sean las más importantes del porvenir.

Creemos que el Bioderecho en su dimensión dikelógica, el horizonte Biopolítico con su despliegue “erológico” y la Bioética deben reconocer que, por lo menos en cuanto nos es previsible, la familia es en principio un ámbito de relieve insuperable para la **protección amorosa** de la vida nueva ¹⁰. El gran desafío es encauzar los cambios con sentidos valiosos, sobre todo de justicia, amor y humanidad ¹¹.

8. SAINT-SIMON, “Catecismo político de los industriales”, trad. Luis David de los Arcos, 2ª. ed. en B. I. F., Bs. As., Aguilar, 1964, esp. págs. 134/5.

9. En el horizonte del tema, con carácter a menudo polémico, v. por ej. DARWIN, Charles, “El origen de las especies”, trad. José P. Marco, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; ENGELS, Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, trad. ed. Progreso, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1986; HORKHEIMER, Max, “Teoría crítica” (rec.), trad. Edgardo Albizu y Carlos Luis, Bs. As., Amorrortu, 1974, págs. 76 y ss.; COOPER, David, “La muerte de la familia”, trad. Javier Alfaya, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1986.

10. Puede v. nuestro “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

11. En relación con el tema puede v. nuestro estudio “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación ...” cit., N° 26, págs. 20 y ss.