

# COMPRESION TRIALISTA DEL DERECHO DE FAMILIA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La idea de familia, cambiante según las circunstancias, tiene características básicas de **analogía**, de **afinidad** y de **intimidad**. Esa analogía, esa afinidad y esta intimidad pueden ser graduales, al punto tal que desde el grupo más reducido de dos personas es posible alcanzar, por ejemplo, a la "familia humana". Aunque tiene muchas otras perspectivas, económicas, religiosas, etc., la familia es también siempre un fenómeno jurídico y en este sentido corresponde centrar nuestro estudio.

2. Desde el punto de vista **jurístico sociológico** (1), la familia puede constituirse con bases más **naturales** (de sexo, reproducción, sucesión de generaciones, etc.), de **influencias humanas difusas** o del **azar**, es decir con "**distribuciones**" que dan más curso al valor espontaneidad, o con el obrar **consciente** de seres humanos determinables, es decir con "**repartos**" que realizan en mayor medida el valor conducción. Es evidente que durante milenios se ha considerado a la familia sobre bases de datos fundamentales de la naturaleza y también de influencias humanas difusas e incluso de juego del azar, pero hoy, desde la figura tradicional de la adopción hasta otras de cierto modo revolucionarias como la familia homosexual o las innovaciones de la ingeniería genética se abren grandes marcos de conducción.

La familia es tradicionalmente un gran enclave de realización del valor **poder**, ejercido dentro de ella y a través de ella. Todos conocemos en el mundo familiar fenómenos de repartos autoritarios, en los que se realizan el valor poder en sentido estricto o el valor homónimo "autoridad" -que es poder encaminado a la justicia-, sea que los satisfagan el padre, la madre, los hijos, etc., pero también es dado reconocer que a través de la organización familiar, al hilo del control de los rasgos más profundos del ser humano como son los de su vida sexual y su vida afectiva, se ejerce otro gran poder a menudo difuso.

(\*) Ideas básicas de la exposición del autor en el Curso de Formación Superior en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basa la exposición pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Jus-filosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

Lo recién expuesto no ha de llevarnos a ignorar que la familia es también un gran marco de posibilidades de acuerdos, o sea de repartos autónomos realizadores del valor **cooperación**, al punto que si se quiere imaginar un régimen apoyado exclusivamente en dicha clase de repartos ese orden tendría mayores posibilidades dentro de una organización familiar. La afinidad facilita el acuerdo.

Uno de los grandes interrogantes que abre el Derecho de Familia es el de la medida en que ha de desarrollarse de manera **planificada**, o sea de modo descendente que, al estar en marcha, realiza el valor previsibilidad, o por **ejemplaridad**, al hilo de la razonabilidad de los propios protagonistas, que satisface el valor solidaridad. En Argentina la organización vertical de la familia perdió una de las grandes batallas cuando la ley tuvo que admitir el divorcio vincular. Sin embargo, siempre cabe observar en qué medida la razonabilidad obedece a valoraciones que nacen de la propia vida familiar o se origina en factores externos, a veces por ejemplo en las decisiones de las grandes empresas. Nuestro tiempo, que se considera en gran medida organizado por vía democrática de ejemplaridad, es en mucho decidido por la planificación de las grandes empresas impuesta a través de los medios de comunicación de masas.

La familia es un orden que está interrelacionado en gran medida con el **orden** general, al que en muchos casos representa. Así, por ejemplo, las características familiares suelen proyectarse al orden general, al punto que suele hablarse de la familia como célula de la sociedad. En general, la familia es un factor de conservación del régimen, al punto que quienes la consideran con importancia muy decisiva suelen oponerse a los cambios más profundos.

Es importante tener en cuenta que la familia ha resultado **limitada** en sus posibilidades por el desarrollo de la "sociedad civil", pero también son importantes los límites que se imponen a la conducción en el área familiar. Así, por ejemplo, son evidentes los límites físicos, como vgr. lo son para las parejas heterosexuales los diversos sexos. En el aspecto psíquico vale tener en cuenta que una familia cabal no puede construirse sino sobre el amor de los protagonistas y a menudo el odio provoca obstáculos insalvables. Es en este marco donde se mueven, por ejemplo, los límites a los regímenes de visitas de los padres separados o divorciados a sus hijos, sobre todo en razón de que el odio entre ellos se ejercita en agresiones a través de los hijos. La existencia del grupo familiar, por ejemplo en su solidaridad, es un límite sociopolítico frente a las pretensiones internas y externas que quieran ignorarlo. También existen, v. gr., límites socioeconómicos, ya que por ejemplo una familia con escasos o excesivos recursos suele terminar siendo mal avenida.

3. Desde el punto de vista **jurístico normológico** es importante reconocer la importancia relativa que deben tener en el Derecho de Familia las **normas generales**, referidas a sectores sociales futuros y realizadoras del valor predecibilidad y las **normas individuales**, acerca de sectores sociales pasados, a las que es inherente el valor inmediatez. Esto se conecta estrechamente con los papeles de las **leyes** y de las **sentencias**, que suelen ser fuentes formales de normas generales e individuales. Si bien la estructura social suele requerir que las soluciones familiares estén consagradas en normas generales por vía legal, las importantes particularidades de los casos de la vida de cada familia exigen con frecuencia un amplio juego para las normas individuales y para las sentencias. La pretensión exegética de limitar al juez mediante el razonamiento silogístico es en general insostenible, pero lo es con especial intensidad en el Derecho de Familia.

Dada la profundidad de los temas, la **interpretación** de las normas de Derecho de Familia suele requerir especial atención para no descuidar los fines de sus autores. La complejidad y particularidad de los problemas familiares exige a veces que las normatividades queden sometidas a posterior **determinación**. Es asimismo posible que en esta rama jurídica se produzcan importantes **carencias dikelógicas** y, pese a que la familia se ha desarrollado por cauces relativamente conocidos que limitaban los casos de **carencias históricas**, hoy se están produciendo grandes carencias de esta clase, sobre todo en cuanto a las nuevas posibilidades científico-técnicas abiertas por la ingeniería genética, carencias a las que poco podrá aportar la autointegración. La **aplicación** de las normas del Derecho de Familia, que suele hacerse sobre lo más profundo de las personas (podría decirse en su "carne viva") requiere especial consideración. ¿Cómo puede aplicarse el estreñimiento personal para asegurar un régimen de visitas?. ¿Podrá ejercerse la fuerza pública por ejemplo sobre los padres o los hijos sin dañar profundamente a esos y otros miembros del grupo familiar?.

Aunque las normas tradicionales del Derecho de Familia han tenido fuerte sentido **institucional**, con roles consagrados por milenios, en nuestro tiempo, de la **negocialidad**, hay importante penetración consensual, al punto que se busca incluso establecer negocialmente los roles de esposo y esposa y de padre e hijo, a través de contratos nupciales, uniones homosexuales, cesión de vientres y de esperma, etc.

4. Desde el punto de vista **jurístico dikelógico** (y en general de los valores) suele reconocerse tradicionalmente que la familia es marco de especial desarrollo de los **valores naturales**, en tanto los **valores fabricados** tienen menos significación. Sin embargo, nuestro tiempo de expansión de los valores fabricados, a menudo falsos porque se contraponen a los valores naturales, también presenta esa característica en el ámbito familiar. Los valores fabricados de la sociedad de consumo tienen en este sentido gran proyección.

Es común advertir que la familia se constituye sobre todo en la realización del valor **amor**, aunque también hay una antigua apreciación de sus significados como enclave de la **salud**, en el cuidado recíproco; de la **santidad**, llegando a hablarse de ella como una institución religiosa básica; de la **utilidad**, satisfecha a través de las actividades económicas de producción, distribución y consumo, etc. En relación con estas realizaciones se plantea la satisfacción del valor **justicia**, al punto que si ellas fracasan la justicia se hace casi imposible.

En nuestro tiempo, los soportes tradicionales de amor, salud, santidad, utilidad, etc. se han debilitado y a menudo han quedado reducidos a superficiales despliegues de la utilidad en el sentido del **placer**, de modo que todos los roles familiares son replanteados en términos hedonísticos. Antes en el Derecho de Familia se trataba de una difícil justicia acerca del amor, la salud, la santidad y la utilidad en sentido fuerte, pero en nuestros días hay en gran medida una difícil conversión con miras a una justicia marginal respecto de la utilidad débil de los placeres. Como los placeres son muy **diversos e inestables** la familia adquiere correspondientes caracteres de diversidad e inestabilidad. Creemos que los placeres son muy significativos para la vida plena y que tenemos no sólo el derecho sino el deber de ser felices también a través de ellos, pero además entendemos que la familia requiere un encauzamiento particularmente profundo del placer, sobre todo en términos del amor.

Los valores de amor, salud, santidad, utilidad y justicia que hemos referido deben **integrarse** entre sí y **contribuir**, hacia arriba, con el valor humanidad (el deber ser cabal de

nuestro ser) y hacia abajo con los valores jurídicos inferiores, algunos de los cuales señalamos con anterioridad. En cambio, hay que evitar que estos valores se falsifiquen y unos secuestren el material estimativo que corresponde a los otros, sea por arrogación del material de unos valores por otros del mismo nivel, por inversión de los valores superiores o por subversión de los valores inferiores. Si la falsificación axiológica siempre es grave, lo es con particular significación cuando afecta a uno de los pilares de la vida, como es -por lo menos hasta ahora- la familia.

En la familia se evidencia con gran notoriedad la **panonomía** de la justicia (pan=todo; nomos=ley que gobierna), con sus complejas referencias al **pasado**, el **presente** y el **porvenir**. En ella confluyen los distintos momentos del tiempo a través de las diversas generaciones. Hay comprensiones de la familia más referidas al pasado, como la que ha caracterizado a los Derechos del Extremo Oriente y otras más remitidas al porvenir y al presente, como la del Derecho Occidental; en unas el centro de gravedad está en las generaciones pasadas y en los ancianos, en otras en las generaciones nuevas y del futuro o -cada día más- en las generaciones actuales. Al hilo de la panonomía de la justicia familiar se hacen muy evidentes otras influencias, por ejemplo, del complejo personal, reflejado en una empresa vital común a la que todos contribuyen; del complejo real, de modo que no son admisibles, v.gr., los formalismos, y de las consecuencias, al punto que a menudo se busca favorecer o perjudicar a unos a través de otros. Según ya señalamos, son frecuentes, por ejemplo, las agresiones entre los integrantes de parejas mal avenidas a través de los hijos, los padres, etc.

La familia se ha caracterizado por el predominio tradicional de ciertas vías para el descubrimiento de la justicia (clases de justicia) que ahora han cedido y van cediendo ante el avance de otras. Tradicionalmente la familia ha sido resuelta en términos de justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas, asimétrica, dialogal y espontánea, pero ahora avanza la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica (sobre todo por la simetrización a través de la moneda), monologal (en términos de la única razón utilitaria) y conmutativa. En sus orígenes la familia se desarrolló según la justicia parcial y sectorial, aunque luego crecieron los sentidos de justicia gubernamental e incluso integral. En su orientación tradicional la familia se ha constituido en cauces de justicia de participación, absoluta y general (de bien común familiar) mas hoy hay avances de la justicia de aislamiento, relativa y particular.

La **legitimación** tradicional de los **repartidores** familiares se apoya principalmente en la **superioridad** moral y, sobre todo en cuanto al saber, de las viejas generaciones (es decir en la aristocracia), pero es muy difícil que pueda alcanzar a las decisiones que jueguen la vida misma de los interesados. Además, con la aceleración del cambio histórico esa superioridad se ha deteriorado al punto de casi no quedar más títulos de legitimidad que la **autonomía** surgida del acuerdo de los propios protagonistas. Vale recordar que de no mediar la legitimación aristocrática o autónoma sólo resta el mero carácter de repartidores antiautónomos o de facto que a veces tienen los repartidores familiares.

Aunque siempre cada **recipiendario** humano cuenta con sus propios merecimientos, el amor familiar permite que fácilmente unos reciban a través de los otros. En el marco de la familia se adjudican **potencias** e **impotencias** que tienen jerarquía altamente repartidera, pero también pueden adjudicarse otras muy injustas. Así, en el campo de la vida familiar se da vida, se brinda compañía, se atribuye propiedad, se produce a menudo creatividad, etc., pero también se puede quitar la vida (v.gr. según decisiones de aborto) y penetrar en la persona con irrupciones en su intimidad, con la explotación económica, con la inmersión en la rutina, etc. Aunque normalmen-

te la familia es un ámbito de "audiencia" de los otros, favorable a las **formas justas** del proceso y la negociación, las tensiones que pueden producirse en su seno suelen hacer especialmente difíciles dichas vías de proceso y negociación, resultando de este modo altamente fundada la existencia de tribunales y procesos especiales.

Según es requisito general de la justicia, también respecto de la familia el régimen ha de ser **humanista**, o sea ha de tomar al hombre como fin y no como medio. Aunque entre adultos siempre debe desarrollarse el humanismo **abstencionista**, las diferencias generacionales suelen dar tanto espacio legítimo al humanismo **intervencionista** que éste es llamado también paternalismo. Como en todo caso de humanismo intervencionista, es fácil que éste se desbarranque en el totalitarismo, que toma al hombre como medio del conjunto. Por su parte, el abuso del humanismo abstencionista puede desviar hacia el individualismo en que unos hombres son tomados como medios de los otros. Pese al despliegue tradicional del paternalismo y a los desvíos de entonces hacia el totalitarismo, cada día más la justicia familiar es concebida en términos de abstencionismo y se está próximo al individualismo.

La idea de "familia" es en sí especialmente afín a los requisitos de respeto a la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** que ha de satisfacer un régimen humanista, pero en nuestra época la comunidad se halla con frecuencia en crisis. Para ser humanista el régimen ha de ser **tolerante**, permitiendo la propaganda de todas las ideas para que los hombres puedan optar por verdades de fe o de razón y ha de excluir el clima de autoridad, en que se cree en la verdad pero se pretende imponerla y el clima de indiferencia, en que se abandona la posibilidad de la verdad. Es especialmente significativo asegurar que en la familia haya un clima de tolerancia, evitando las frecuentes desviaciones al clima de autoridad, pero hoy es posible reconocer el avance de la indiferencia.

La familia es un importante instrumento para la **protección** del individuo contra los demás individuos, el régimen en su conjunto, el propio individuo y todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.), mas también urge evitar que la familia sea marco de la agresión de unos individuos contra otros. En nuestro tiempo de crisis familiar esa protección es muy claudicante.

5. Pese a su especial vinculación con la idea del **Derecho Privado** (caracterizado en última instancia por las exigencias de justicia particular), el Derecho de Familia es también una **rama** jurídica de cierto modo próxima al Derecho Público (signado en definitiva por los requerimientos de la justicia general). Aunque es sobre todo una **parte del Derecho Civil**, en realidad el régimen de la familia abarca un complejo de ramas jurídicas, al punto que su consideración requiere un planteo de **Teoría General del Derecho**, entendida como estudio del "sistema jurídico" en su conjunto (2).

(2) Acerca de la familia y el Derecho de Familia pueden c. por ej. BELLUSCIO, Augusto César, "Derecho de Familia", Bs.As., Depalma, 1974 y ss.; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Familia", 6a. ed., Bs. As., Perrot, 1977; CICU, Antonio, "El Derecho de Familia", trad. Antonio Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947; MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Derecho de Familia", con la colaboración de Marta Loredo y Jorge Ricardo Videla, 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983; ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil - Derecho de Familia", reimp., Bs. As., Astrea, 1981; también por ej. CAVAN, Ruth Shonle, Omeba, Bs. As., 3a. ed., 1963.

6. En el horizonte del **Derecho Comparado** se advierte que la problemática familiar es muy diversa según los sistemas jurídicos de que se trate. En el sistema “occidental” **euronor-teamericano** se discuten principalmente temas como los de las uniones homosexuales y la ingeniería genética; en **América Latina** hay todavía fuerte preocupación por alcanzar al fin la equiparación de los sexos; en el **Extremo Oriente** importa la tensión entre la familia tradicional (por ej. la “casa” japonesa) y la introducción de los modelos nucleares de tipo occidental y en **Africa Negra** se encara el conflicto entre la familia tradicional, amplia en sus alcances, fuertemente cohesionada y con gran dependencia de la mujer, y la influencia occidental limitadora, relativamente disolvente y equiparadora(3).

7. En el marco **político general** (del que el Derecho o **política jurídica** es una de las ramas), la solución de los problemas de la familia supone que el Derecho se integre de manera amplia con otras ramas del mundo político, como la **política económica**, la **política sanitaria**, la **política religiosa**, la **política educacional**, etc.

(3) Puede v. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), “Regards sur le droit de la famille le monde”. Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991.