

LAS “SITUACIONES DE HECHO” Y EL “DERECHO DE FAMILIA”

Por Eduardo José Cárdenas

*“Mind the gap between the platform and the train”.
 (“Ojo al hueco entre la plataforma y el tren”).
Consigna repetida por altavoz, varias veces por minuto,
en las estaciones de subterráneos de Londres.*

¿Por qué tratamos este tema si, después de todo, no existen situaciones de hecho ajenas al derecho? Sólo las acciones privadas sin trascendencia social no tienen regulación jurídica, y el mismo derecho se encarga de decirlo. Pero las restantes están imbricadas en la malla de las disposiciones: puede, según sabemos, aplicarse a ellas la ley escrita, pero en caso de omisiones o de contradicciones se recurre a reglas de índole superior; también puede usarse los usos y costumbres, la analogía y los principios generales del derecho. En este sentido, éste no tiene lagunas y todas las situaciones de hecho están envueltas y atravesadas por una telaraña de prescripciones: no existen situaciones de hecho que le sean ajenas.

¿Porqué, entonces, plantearse esta cuestión?

Estimo que lo que nos mueve a hacerlo es que hay muchas situaciones de hecho, en materia de lo que genéricamente llamamos “familia”, que no coinciden con las “instituciones” que fundan el “derecho de familia”: el matrimonio, el divorcio, la filiación natural o adoptiva, la organización de la familia monogámica con hijos biológicos o adoptivos. Y lo que intriga a los juristas es qué está pasando con ese palacio tan coherente, suntuoso y decorado que son las instituciones del derecho de familia, cuando tanta gente prefiere no ingresar en él. Y qué hacer con esas personas, ya que lo normal era organizar la vida dentro del palacio, pero ahora hay muchas viviendo fuera de sus murallas.

Esta revista trae un elenco completo de situaciones familiares fuera del palacio: concubinatos, fecundaciones asistidas, uniones homosexuales, hijos con dos padres o con dos madres, hijos sin padres, etc. Es verdad que éstas siempre existieron, muy preferentemente en clase baja, pero ahora son los miembros de la clase media quienes habitan esas viviendas extra muros (que nos parecen precarias). “Lo que antes le pasaba a las mucamas, ahora nos pasa a nosotros” decía una amiga de mi madre. Y es sabido que el derecho y sus pensadores y operadores focalizan en los sectores propietarios

de la población mejor que en sus arrabales. De aquí también la sorpresa y el desconcierto de estos profesionales. (*Mind the gap!*)

No hay entonces una desarticulación entre las situaciones de hecho y el derecho ni podría haberla, ya que el derecho envuelve y penetra todas las relaciones humanas – en este caso, las relacionadas con ese grupo que llamamos familia. Pero sí hay una fuerte tendencia a que lo normativo deba ser cada vez más buscado fuera de las instituciones clásicas del derecho de familia.

Es bueno que esta sea tendencia escuchada y atendida. Por un lado porque nos está diciendo cosas, y por el otro porque reflexionar sobre el entramado de dicha propensión y su probable futuro nos instruye sobre cómo actuar en el presente. Meditar sobre esta tendencia significa de alguna manera vivenciarla, dejarnos invadir por sus pliegues, evaluar su peso específico, antes que juzgarla.

Digo esto último porque lo primero que surge al abordar estos temas es nuestro juicio moral: los hay que piensan que el abandono del palacio señala una decadencia que a su vez trae peores males; los hay también que ven a las instituciones tradicionales como un cerrojo del cual nuestra época se está liberando. Los profesionales tenemos por lo general el mal hábito de precipitarnos sobre los acontecimientos, diagnosticarlos según nuestras ideas previas y señalar tratamientos a veces precipitadamente. Así, quienes piensan que el abandono de las instituciones familiares bajo las cuales se criaron señala una disolución social, se opondrán a cualquier cambio. Y quienes por el contrario ven en ese fenómeno una liberación, están prontos a extender los beneficios del palacio a quienes acamparon fuera de él (sugerir, por ejemplo, que los concubinos entren automáticamente bajo la ley del matrimonio pasado cierto plazo).

Son pocos quienes se detienen con parsimonia (y coraje) a ver el paisaje de la mutación y permanecer inmóvil o haciendo pequeñas cosas útiles en lugar de programar grandes transformaciones. No está mal que juzguemos, es casi inevitable hacerlo. Pero pienso que debe postergarse ese momento y primero tratar de comprender el fenómeno. Es lo que trataré de hacer en las líneas que siguen.

A mi entender, toda institución social vive y respira con dos pulmones. Uno es el mito, el otro la necesidad social. Historiadores,

filósofos, antropólogos y sociólogos han dado a veces primacía a uno de los dos, pero siempre han tenido presente a ambos. El pulmón del mito es el que da curso a lo irracional del grupo humano, es una narración o una idea-fuerza que aglutina a la comunidad, le da un origen, un sentido y un curso de acción (los dioses homéricos, la revelación hebrea, cristiana o islámica, la idea de patria, de libertad, de progreso, de fraternidad, de igualdad, etc.) que vivifica instituciones (el Estado nación, el sacerdocio, el ejército, el matrimonio, etc.).

El pulmón de la necesidad social, en cambio, explica racionalmente la existencia de la institución en función de la estructura que el grupo precisa o elige (la institución da o quita legitimidad, pertenencia y marginalidad y organiza la igualdad y la desigualdad en función del juego de las fuerzas que se mueven, luchan, negocian y acuerdan o se destruyen dentro de la sociedad).

Tanto el lado oscuro como el visible de la luna, mito y necesidad social, fe y razón, inconciencia y conciencia, intuición y concepto, van cambiando en el curso del tiempo. La mutación es inevitable en todos los grupos humanos por que hay saturación de los mitos y transformación de las necesidades sociales. A la vez, se moverán las instituciones, los ritos, las celebraciones, las comunicaciones, las interacciones, las formas de agruparse y de entenderse los hombres entre sí.

Por lo general la impugnación de los mitos ya saturados deviene en ideas racionales iconoclastas, pero a la vez hay nuevos mitos que van surgiendo y que, como todos los mitos recién nacidos, son apenas perceptibles en su formulación. Al mismo tiempo las nuevas tecnologías van transformando las economías, los intercambios, las producciones y los consumos, con lo que los grupos humanos mutan en su organización y reglamentación de las interacciones. No es posible saber si hay una causalidad lineal, un origen del cambio, más bien parece un movimiento holístico, de la totalidad, sincrónico.

Las instituciones, con el cambio de mito, van perdiendo su savia interna, la fuerza primitiva e irracional que las mantienen vivas; al mismo tiempo las necesidades sociales que ellas satisfacían comienzan a desaparecer y sobrevienen otras, que generan nuevas instituciones. Estas últimas muchas veces no tienen nombre siquiera y pasa tiempo antes de que se detecte su efectiva vigencia y su importancia, a veces enorme. Cuando advienen, son vistas por los profesionales y las personas de responsabilidad en la sociedad como una invasión de los bárbaros que pone en riesgo la civilización

(Baricco, Bauman). La condena moral se hace casi inevitable. Son pocos los que se arriesgan a surfear la nueva ola que aparece y comprender así su movimiento y su sentido. Por lo general sucede que hay crisis y divorcio entre la academia y la vida social: es que los intelectuales tienden a ver los nuevos fenómenos que ocurren a la luz de las ideas que ellos mismos aprendieron, enseñaron y hasta forjaron o perfeccionaron. Un cambio de paradigma no les parece necesario, no lo ven posible; es más, secretamente temen perder el poder que les otorga el conocimiento si ese cambio se produce. Las viejas formas de organización de la vida, los viejos conceptos, son de este modo estirados y deformados casi hasta el infinito para poder cubrir las nuevas realidades.

Es lo que sucede a veces con las últimas obras de los artistas, cuando deben modificar sus procedimientos para poder expresar las nuevas vidas que van apareciendo dentro y fuera de ellos mismos. Entonces fuerzan sus viejos instrumentos de trabajo hasta que éstos se resienten y a veces se destruyen, o recortan la realidad condenando al ostracismo a todos los pedazos de ella que les es imposible traducir en belleza con las antiguas formas. A veces este enorme esfuerzo trae formas auténticamente bellas (los últimos cuartetos de Beethoven, las postreras obras de Richard Strauss o de Mahler), pero la mayor parte de los mortales produce obras violentas, exasperadas (los procesos judiciales de tenencia, encuentros o alimentos en casos de familia ensambladas son un buen ejemplo de esto).

Pasado un tiempo, los descubridores o creadores de un nuevo lenguaje mostrarán qué sencillo era expresar lo naciente sin esfuerzo y sin recortes, si se dejaba de lado la nostalgia del viejo lenguaje y se emprendía la tarea de manera ingenua e imaginativa. Mientras tanto, los que no son capaces de ese acto de osadía tienen el deber de no pretender cubrir la realidad con ideas totalizantes (que devienen totalitarias) ni moralizantes (que devienen en moralinas) y limitarse a realizar humildemente tareas de reparación y ajuste, sin ampararse en grandes teorías. En este sentido, es bueno concebir la operación del derecho como el ejercicio de un arte o, mejor aun, de una artesanía.

Es lamentable, pero lo que nos permite ver la intensidad de la mutación que estamos viviendo es, precisamente, la exasperación de los gestos de quienes tienen a su cargo el manejo de las instituciones, sus rostros amargados y condenatorios que condicen con el contenido y la forma de sus predicaciones (no importa si son de derecha o de izquierda), la violencia y el

apuro de su actuar y el miedo cuando no el terror que lo subyace. Así sucede con la escuela, con la seguridad, con el cuidado de la ciudad, con la sexualidad y, por supuesto, con la familia.

¿Qué es lo que pasa con las instituciones jurídicas de la familia? ¿Qué está pasando con sus mitos fundacionales? ¿Qué con las necesidades sociales que cubrían?

La mitología que daba vida al matrimonio y a la consiguiente legitimidad de la prole enraizaba en la fuerte e indiscutida creencia en un dios creador y preservador de la existencia de la vida, un dios que alentaba a los humanos a procrear y a criar y los premiaba por ello. Las celebraciones tradicionales del matrimonio, a través de sus numerosísimas variantes, ponen siempre en evidencia que dos familias, empeñadas en continuar su linaje y con él la vida de la especie, entregan un vástago cada una para que se casen. La unión de ambos es también la de los dos sexos que componen el mundo a través de un juego eterno (los amigos acompañan al novio y las amigas a la novia). Es un juego de la entera humanidad que se ejecuta bajo la mirada de un dios que prescribe, premia y castiga, pero que también protege la nueva unión, le promete hijos y prosperidad. Este dios se hace presente, de alguna manera, en un protagonista central de la boda: el padrino, que se responsabiliza de su éxito.

La muerte de la creencia en ese dios (surgen otros, a veces bajo el mismo nombre, pero son diferentes) señala también la desvitalización del mito del matrimonio y de la consiguiente legitimidad de la familia. En la civilización que estamos comenzando a vivir, los nuevos dioses que subyacen a nuestros actos (a veces ocultos bajo la máscara del viejo dios solo) no muestran, como éste, un ceño paternal y adusto, celoso controlador del orden por él creado. Por el contrario, aparecen danzando con caras de placer frente a una vasta y en apariencia informe pluralidad de contactos emocionales y corporales entre los seres humanos, a agrupaciones que a la luz de las anteriores categorías aparecen como inorgánicas, innominadas y muchas veces efímeras, y a nociones holísticas en las cuales las consideraciones sobre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, quedan desdibujadas. Una cultura apolínea y racional, saturada y ya floja luego de haber dejado en pie grandes realizaciones, cede frente a la aparición de dioses que bailan báquicamente, acompañando a un invisible Dionisos prodigador de caricias y tendedor de

trampas. El horrible demonio no tiene más remedio que salir de la acción frente a la ausencia de su eterno contrincante y aparecen diablillos endiabladamente ambiguos que lo sustituyen (Mafessoli, Durand).

Otra corriente mitológica que en el siglo XIX se encontró con la más antigua y divina para dar vida al casamiento fue la del estado-nación (que en ciertos aspectos reemplazó al dios, en otros se apoyó en él) bajo cuya sombra vivieron la moral secular, la ley, el progreso, el trabajo, la salud y la educación, representados todos ellos por instituciones (el hospital y los médicos, los códigos y los tribunales, la ética y sus predicadores, el ejército y los símbolos patrios, la política y sus profesionales, etc.) que acompañaban, rodeaban, se fundamentaban en y fundamentaban al matrimonio y a la familia legítima. Estos grandes productores de subjetividad están siendo reemplazados por otros, quizás por la tecnología virtual interactiva (Lewkowicz y Coria).

Pues bien, intuimos que los nuevos mitos (que todavía no tenemos bien detectados precisamente porque están bien vigentes) no se oponen frontalmente a los anteriores (terminar de demoler éstos fue la tarea de la crítica) sino que los ignoran, pasan sonriendo a su lado y los ponen al prolijo cuidado de los grandes gerontólogos (los diarios y demás medios de difusión llamados serios, los intelectuales, profesores, académicos y demás “pensadores” que pronostican el final y predicán una urgente vuelta a la moral).

Mind the gap: el escenario no es apto para grandes compromisos como los matrimoniales, ni los precisa. En él, no se piensa en el futuro como objetivo, y se olvida la planificación, la política y el esfuerzo. Se descrea del Estado, de la ley y también del individuo (ya que el dios no es uno solo, el hombre también pasará a ser colectivo y tribal). Allí, el único placer moral es el que se realiza en el instante, sin comprarlo con esfuerzo adelantado. Y la mejor forma de respetar y admirar las causas será traicionarlas (Jean Genet).

En esta línea, parecen ingenuos los intentos de la ley por hacer entrar por la fuerza en su recinto a quienes ya están hartos de ella (es probable que quienes quieran vivir en concubinato tengan que firmar una manifestación específica de rechazo si la ley, a su pesar, los incluye dentro del matrimonio). Provocan risa. La formación académica de los juristas (y la humana tendencia a conservar lo que les da poder) les impide ver que la gente puede manejarse muy bien fuera del palacio de las instituciones tradicionales.

Igual destino corren las prescripciones dadas a los progenitores en el

sentido de que recuperen la autoridad perdida. Como si se pudiera fingir para siempre la certeza cuando ya se ha instalado la duda sobre la adecuación de las conductas. En ese sentido también las nuevas mitologías dejan de lado (¡para colmo sin confrontarlas!) los viejos sustentos irracionales de la conceptualización de la infancia y de la adolescencia, esforzados caminos hacia una sociedad adultocéntrica en la cual ya no se cree. La autoridad y la obediencia se transforman (bajo las mismas letras) en conceptos tan diferentes que devienen irreconocibles, e imprecisa y hasta grosera la utilización de esas palabras. La convivencia intergeneracional transcurre sobre el crepitar fogoso de nuevas mitologías que todavía no tenemos bien definidas precisamente por vigorosas y vivas, y muchos de los violentos conflictos que en este orden se producen son más interculturales que frutos de la maldad o de la indiferencia. Es que vivimos en una sociedad en que los niños han dejado de ser “niños”, los adolescentes han dejado de ser “adolescentes” y los adultos han dejado de ser “adultos” en el sentido que asignábamos a estas palabras, antes tan perfecta y gloriosamente iluminadas por la psicología del crecimiento, que creíamos universal y eterna, cuando (ahora descubrimos) era occidental y pasajera. La mutación de las creencias ha dejado sin sustento vital, primitivo, impensado y por tanto incontestado, a las instituciones familiares. (*Mind the gap*).

¿Qué sucede con las necesidades sociales a las cuales éstas atendían? nos preguntamos entonces.

En cuanto se refiere a cubrir necesidades sociales, las instituciones familiares cumplieron una labor de ordenamiento tan vigorosa y fundante como agotadora y represiva. En los momentos de gloria, era imposible y además innecesario advertir ninguna de estas características: las instituciones simplemente existían, como algo natural que, de tan obvio, no se ve ni se juzga. Cuando la gloria pasó sobrevino la visión y la crítica, y el padecimiento salió a luz. Recién hoy, superada al menos en parte la instancia represora, podemos advertir que, si la institución era un yugo, también tenía, como todo fenómeno social, una contrapartida ordenadora y por eso mismo aliviante. Cada uno sabía cuál era su lugar en la sociedad y hacia dónde debía moverse. No había dudas y se economizaban esfuerzos. Hoy, seguramente, las nuevas necesidades sociales y las nuevas mitologías convergentes crean nuevos corsés dentro de los cuales vivimos sin saberlo todavía: los

descubrirán nuestros descendientes, cuando esos corsés se vayan tornando innecesarios y por tanto visibles y criticables.

Veámoslo del siguiente modo, a manera de propuesta: toda agrupación biológica o social tiene necesidad de orden y necesidad de cambio. Ambos son inevitables. Toda persona y todo grupo tiene en su cuerpo una necesidad de reprimirse, controlarse y ordenarse, y una necesidad de liberarse y cambiar. Ambas son naturales e irrefrenables. El costado represor, controlador y ordenador de los seres humanos se encarna de preferencia en éticas, leyes e instituciones. El costado liberador y cambiante se instala en los intersticios, como las cuñas de madera que los incas insertaban en las grandes piedras, humedeciéndolas luego para que se ensancharan y partieran las rocas.

Las viejas instituciones de familia (matrimonio, autoridad paterna, etc.) eran necesarias para ordenar la sociedad. Las nuevas también, sólo que todavía no tenemos bien en claro (porque el proceso está en curso) cuáles son y para qué las necesita el grupo humano. Lo que sí comprobamos es que el orden social funciona normalmente bien sin el matrimonio, que antes era un trueque interfamiliar que intentaba evitar las guerras y asegurar la paz social: hoy las decisiones que generan guerra o paz son tomadas en otros ámbitos. Y si antes el matrimonio, gracias a su presunción de paternidad, abría el camino legítimo para la entrega de la vida, el patrimonio, el prestigio, los conocimientos, el lugar social, etc., hoy la sociedad no precisa para su subsistencia y evolución esa forma de legitimidad y transmisión y busca otras: ciudadano (y no “bárbaro”) es aquél, piensan algunos, que tiene posibilidad de consumir y es capaz de delegar en otros (llamados gobernantes) el uso de la fuerza.

Cuando se dice que al Estado hoy no le importa proteger a la familia, se dice una verdad. Antes, en la escuela se la bautizaba como la “célula básica de la sociedad”. Naturalmente que se estaba haciendo referencia a la familia nuclear formada alrededor del matrimonio y los hijos legítimos. Hoy, al Estado no le importa proteger a esa familia, porque no la necesita. Los grandes fines sociales, como hemos visto, se cumplen de otra forma.

Si la familia es ahora más libre que antes, y menos protegida y controlada, es en parte gracias a las luchas feministas y a la evolución tecnológica que ha permitido sustituir la fuerza física y valorar la fuerza intelectual, con lo que hombres y mujeres han quedado equiparados. Es en parte también gracias a la lucha que se ha librado por considerar a los niños

como personas humanas y no como propiedades. Pero espero que nadie se enoje si señalo que esa democratización de la familia viene prioritariamente del hecho de que la sociedad no precisa ya de ella para sobrevivir y evolucionar: la familia ha quedado en los arrabales del control, es más libre porque la sociedad ya no se fija en ella.

Es evidente que la sociedad precisa hoy, como en el pasado, un lugar para que el ciudadano aprenda a convivir con el o los otros sexos y con otras generaciones – después lo hará con otras etnias, con otros idiomas y finalmente con otros planetas. A este contexto lo llamamos familia. Y es evidente también que para que este contexto se dé, es necesario una frontera y por tanto normas que la delimiten.

Pero éstas no tienen que ver con las que otrora separaban a los legítimos de los bastardos, se trata de normas diferentes, que vistas con los anteojos del pasado parecen arbitrarias, desperejas, inventadas, no fundadas en textos escritos, sancionados y promulgados... se trata, en efecto, de las que envuelven a las “situaciones de hecho”, a las cada vez más numerosas y extendidas “situaciones de hecho” que van copando el panorama de esos grupos que tradicionalmente hemos llamado “familias”. Se trata de las señales (muchas invisibles, no escritas) que ordenan a los grupos que acampan, algunos efímeramente, fuera de las murallas del palacio de las “instituciones del derecho de familia”. (*Mind the gap*).

Y si esto es así ¿estamos en condiciones de describir siquiera esas normas diferentes con las cuales se delimitan y estructuran esos grupos de “bárbaros” que ahora rodean a la “civilización” que habíamos construido? ¿Podemos intuir al menos cuáles son los nuevos mitos fundantes? ¿Cuáles las nuevas necesidades sociales cubiertas?

No es fácil. No es fácil porque no se trata de describir lo que ya se hizo sino lo que se está haciendo. No acertamos a ver bien la baldosa sobre la cual estamos parados en este mismo momento. No podríamos razonar y conceptualizar sobre la música en el instante en que la escuchamos. Por otra parte, no son los mismos los instrumentos con los que se conocen las cosas que van muriendo, que aquéllos útiles para advertir y admirar las que van naciendo. A aquéllas las conocemos por el concepto, el juicio, el silogismo, el tratado y la academia. Con respecto a éstas, en cambio, no tenemos encuadres mentales y sociales aptos para encasillarlas, ya que acaban de

nacer y no son repeticiones del pasado. Podemos intuir las, sensiblemente acariciarlas, internarnos en ellas, vivenciarlas, abordarlas metafóricamente y si es posible describirlas. Siempre en el terreno de la poesía, más que en el de la ciencia.

Es siguiendo este modo de conocer que podemos avanzar. Pienso que es más fácil ver aquello que estamos abandonando. Estamos abandonando la prioridad del matrimonio. Todas aquellas normas que beneficiaban a los casados, que daban con este estado civil una nueva célula básica a la sociedad, se están corriendo para beneficiar a los concubinos, por ejemplo. O están cayendo en desuso. O hay fuertes corrientes derogatorias (de la ganancialidad, etc.). Ya y desde hace tiempo no hay diferencias entre los hijos que antes llamábamos “legítimos” y los extramatrimoniales. La debilidad del matrimonio es tal que lo que se disputa hoy es si incluir en esa palabra a las uniones de homosexuales, o sustituirla por otra. Que los homosexuales quieran poder acceder al uso de la palabra “matrimonio” y que el conflicto gire alrededor de ella, deja en claro la vacuidad de su contenido: es casi lo único que queda.

La pareja y la familia: un viaje de la institución a la aventura. Una aventura sin respaldo institucional, sin contralor social. “Situaciones de hecho en el derecho de familia”. ¿Qué dioses alientan la pareja actual? ¿qué necesidades sociales cubre? ¿qué reglas adopta o le son impuestas? La pareja ya no está conectada con el Poder o la Evolución. Es más bien una exploración y un remanso de privacidad y paz en medio del tiroteo (en vez de ocupar un lugar del palacio). Era paradigmática la pareja de la novela negra americana o de la literatura existencialista: asediada y temerosa, solidaria, parca y pícara. Esa pareja tenía un dejo de romanticismo (ellos estaban solos contra todos). El positivismo, desierto helado de polvillo gris, ha dejado a la pareja de Antonioni más a la vista. “Zabrisky Point” se transforma de profecía en cotidianeidad. Hay goce y miedo de la libertad. Hay más pegoteo en la pareja, y también más ruptura, más violencia y más anomia.

Ya desde hace varios años se admite el matrimonio como una forma efímera del parentesco. ¿Qué sucede con las otras formas de parentesco? Con respecto a la filiación, específicamente, se ha abierto cada vez más y se seguirá abriendo la posibilidad de impugnar la presunción de paternidad que el matrimonio, hoy en baja, otorgaba. Mucho más allá de eso, con el avance de las tecnologías se da cada vez menor importancia al hombre que generó el espermatozoide fecundador y a la mujer que aportó el óvulo y el vientre. La

adjudicación social de paternidad se aleja progresivamente de la persona que es el marido de la parturienta o del que voluntariamente reconoce o inclusive del que puso el semen originante. Y la de maternidad se distancia de la mujer que protagoniza el acto de parir. Se atiende cada vez más a la voluntad procreadora; es ésta y no factores biológicos los que en definitiva acuerdan paternidad y maternidad con creciente fuerza. Una vez más, como ocurre con la pareja, la familia es electiva, no impuesta.

Se piensa en legislar sobre padrastros y madrastras (antes sólo imaginados para la viudez, ahora para los sucesivos matrimonios o las sucesivas parejas) y sobre nuevos parentescos no biológicos (hermanastros, hermanos de crianza, etc.); se admite el lazo no biológico de la adopción, creando inclusive filiaciones revocables por mutuo acuerdo.

En suma, el parentesco como trama social hilada en base a alianzas y sangre responde a una necesidad ahora en disolución. La nueva trama social está siendo ya otra: la familia se parece cada vez más a una opción temporaria.

Estamos abandonando también la certeza de que nuestra identidad social es dada por la pertenencia a un linaje que se muestra en nuestro apellido (éste tiende a ser cada vez más un apellido de elección y mutable, porque a la sociedad no le preocupa este modo de identificar, catalogar y jerarquizar).

La familia ha dejado de ser, además, un coto más o menos cerrado a la mirada pública. El poder de la justicia ha entrado en ella promoviendo y defendiendo los derechos personales de cada uno de sus miembros, aun enfrentándolos con otros. Véase en este sentido los fueros especializados en familia y menores o las leyes que defienden la igualdad de la mujer frente al hombre y los derechos del niño o adolescente frente a sus adultos tutelares (la ley de salud reproductiva es un buen ejemplo, pero hay muchos otros). El avance de lo público sobre el área familiar ocurre entre otras en el área del derecho penal, donde muchos delitos pasarán a ser de instancia privada a acción pública, en defensa de los derechos personales (delitos llamados contra la integridad psicofísica - lesiones leves, por ejemplo - o la honestidad - violación, etc.) El secreto profesional que resguardaba la intimidad familiar retrocede también en esos campos.

Primero fue el estado nacional a través del registro civil, luego la higiene pública (que señaló también normas éticas precisas) y la escuela (que impuso tanto reglas éticas como culturales), más adelante fue el área del

trabajo (extrafamiliar desde hace décadas), luego la seguridad social (que suplantó a la familia extensa) y por último los medios de comunicación, las instituciones que fueron y seguirán marcando que la familia ha dejado de ser el centro de la socialización de las mujeres (primero) y de los miembros de menos edad de la familia (después). Esta suplantación trajo y traerá enormes cambios legislativos en el derecho público administrativo, laboral, educativo, de seguridad, etc.

Por ahora, el régimen de la capacidad sigue en el código civil, pero no está vigente, porque ha sido pulverizado por leyes posteriores de igual o superior envergadura. Llamamos todavía “niños” a los niños y “adolescentes” a los adolescentes, pero en realidad la sociedad se mueve hacia otros sistemas, más funcionales a las nuevas necesidades. Los viejos, pensados en base a una familia con roles fijos y en salvaguarda de un patrimonio, están pasando a ser obsoletos. Y el poder educacional del padre (que antes se extendía a la mujer y los hijos, luego sólo a éstos) sufrió ya transformaciones importantes tanto en la práctica como en la legislación. Los cambios sufridos por la niñez y la adolescencia llevarán sin duda a nuevos cambios legislativos buscando nuevas formas de autoridad y cuidado, más consensuados y democráticos.

En cuanto a la herencia, otrora uno de los pilares de la familia burguesa, los proyectos tienden a rebajar o eliminar la legítima. Los fideicomisos también invaden un área que antes se consideraba casi sagrada como mantenimiento de la familia. Es probable que esta área no sea demasiada tocada porque va perdiendo importancia a medida que el capitalismo va desarrollando nuevas formas de capital intangible.

El derecho nuevo no se basa, en última instancia, en la legislación positiva. La crisis de las visiones totalizadoras ha hecho explotar todo texto unificador y se asiste a una progresiva recodificación constitucional del derecho privado (Lorenzetti). Por lo general lo que se escucha desde los fundamentos judiciales y los textos de los juristas son 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 positivas que organizan las relaciones entre las personas: hoy, los jueces y los tratadistas someten a examen dichas leyes, confrontándolas en cada caso con textos de rango superior. En éstos, 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 (Gil Domínguez, Famá y Herrera).

Y en esas normas superiores se apoyan ciudadanos, 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 parecería “derecho” a los que ya tenemos años, si mágicamente lo llegásemos a ver).

En este derecho de transición que estamos viviendo existen facetas identificables con el pasado. Por ejemplo: un ánimo ético progresista muy siglo XIX. Una fe en el “yo”, un acento en la privacidad (*privacy*), esos recortes construidos por la modernidad que estamos dejando atrás aunque por ahora todavía los tenemos 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 construidas 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 vivimos.

En cambio, hay signos en el nuevo derecho que pertenecen ya al futuro. Uno es el considerar a la humanidad como un todo apelando de continuo al derecho extranjero y al supranacional. Otro, la fuerte vocación de

integrar a todos los marginados por la sociedad apolínea (aunque toda sociedad genera marginales y los del futuro inmediato probablemente sean los no consumidores). También, un ensanchamiento del campo de la autonomía grupal, aunque esta grupalidad se llame “familia”, pero que también puede llamarse “aventura”, “experiencia”, “ensayo” o “prueba”: reinterpretando su constitución (tradicionalmente sexos, alianzas y generaciones, hoy: elecciones) y su funcionamiento (relación entre los miembros y problemas de género – presentes también en la relación entre homosexuales – y de autoridad, obediencia y responsabilidad). Reinterpretación también de las relaciones entre sociedad y grupo familiar: una relación ahora menos punitiva y judicial (menos interesada por cierto), menos protectora también y más laxa y apreciadora de las diferencias.

De todas formas, tanto la familia como el derecho son sistemas intensamente conservadores y los cambios apuntados en este texto serán probablemente en la práctica mucho menos intensos y rápidos de lo que en él aparecen, ya que se ha focalizado sólo en las novedades y no en las permanencias. La familia sigue y probablemente seguirá siendo el lugar privilegiado de encuentro entre los distintos géneros y las diversas edades (único para la generación en sus miembros de autoestima, crecimiento y pensamiento crítico). Probablemente estos grupos llamados familias sean hoy y en el futuro más efímeros y electivos pero no menos importantes. Ciertamente nos encontramos en un período experimental, acompañados de cierta culpa y en camino hacia nuevas formas del cuidado.

Intentamos surfear la ola de inseguridad. Producida la muerte del dios creído (como mito fundador de la sociedad de los hombres: la creencia en dios subsiste pero ya no es el mismo ni siquiera para los que siguen una misma confesión; bajo la palabra se esconden otras suposiciones) a fines del siglo pasado, hay varios vaticinios: uno es que automáticamente muera la ley, ya que según la tradición, la ley viene de Dios (S. Pablo). "Si Dios no existe todo está permitido", expresa un personaje de Dostoiewsky en "Demonios". De hecho hoy la ley ha desaparecido para dar lugar a un abigarrado conjunto de derechos personales.

Desde este vaticinio se produce la *ola de inseguridad*: los “desvíos” psicológicos, los actos criminales, etc. son vistos como la muerte de la civilización, de la humanidad o el fin del mundo. Los psicólogos, que hasta

ayer eran progresistas demolidores de lo adquirido, se vuelcan desesperadamente a la búsqueda del gran varón que imponga la ley en sus pacientes anómicos o en los parientes de sus pacientes. (Y mucho me temo que lo que se llama interdisciplina, esa colaboración entre los operadores de la psicología y de la ley, no sea mucho más que ese gesto de miedo). En el ámbito familiar, la falta de estabilidad de la pareja, el auge de los problemas graves entre padres e hijos adolescentes, etc. son vistos como índice de esta anomia.

Otros creen que como Dios es inmortal, no ha muerto sino que se ha pulverizado por el momento. Y reconocen pedacitos de Dios en las "divinizaciones" del culto al cuerpo (que genera anorexia), a la raza (que genera guerras), etc. Fundamentalismos pequeños reemplazan a los tradicionales grandes fundamentalismos.

Otros agregan que no puede haber ley sin Dios, ya que la ley no es convencional sino esencial, y cada ser carece de esencia propia (y por tanto de respetable esfera propia de autonomía) si no es dada desde afuera por un ser que no sea meramente un ser, sino algo más. La familia, entonces, estaría destinada a transformarse en un pelmazo de miembros inextricablemente unidos por una especie de pseudo-amor violento.

¿Hacia dónde vamos? se preguntan todos. Y algunos encuentran otra idea: donde hay vida y crecimiento siempre hay ley. Pero hay momentos históricos en que esa ley está oculta, metida en el mito fundante, todavía no se desarrolló con independencia del mito. Éste es uno de ellos, y en él hasta podría ocurrir que por primera vez en la historia de la humanidad la ley no viniese de lo alto sino de la fraternidad. Ésta es otra variante, que origina otro vaticinio.

Para saber qué es hoy lo realmente jurídico deberíamos seguirnos preguntando – como hemos intentado hacerlo en este trabajo - cuáles son los mitos y las necesidades sociales que en nuestro presente subyacen y fundan la vida que crece. No son los de ayer, pero ciertamente existen. Los pensadores y sobre todo los artistas procuran dar con ellos. En otras palabras: qué es lo que todos respetamos, ante qué temblamos de deseo y de terror. Y qué ritos y qué leyes, entonces, emanan claras y respetadas de ese deseo y de este terror.

Mientras lo descubramos, quizá nos sintamos viajando en una nave espacial cuyo rumbo no sabemos. El espectáculo tal vez sea magnífico, pero casi no lo miramos porque estamos aterrados. *Mind the gap!*

Tampoco miramos demasiado el espléndido espectáculo que se

desarrolla dentro de nosotros mismos y de nuestras familias. Pocos tienen la confianza casi orgánica que se precisa para disfrutar del viaje. El nuevo “derecho de familia”, al abarcar a las “situaciones de hecho” en esta etapa de transición, acompaña este proceso, alivia sus dolores y ayuda a generar sentidos.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alessandro Baricco, *I barbari. Saggio sulla mutazione*, ed. Feltrinelli, Milano, 2008.
- Zygmunt Bauman, *La globalización: Consecuencias humanas*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1999.
- Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 1999.
- Zygmunt Bauman, *La postmodernidad y sus descontentos*. Ed. Akal. Madrid. 2001.
- Zygmunt Bauman, *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 2005.
- Zygmunt Bauman, *Vidas desperdiciadas: La modernidad y sus parias*. Ed. Paidós Ibérica. Barcelona. 2005.
- Nicolás Bourriaud, *Post producción*, ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004.
- Nicolás Bourriaud, *Estética relacional*, ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2006.
- Nicolás Bourriaud, *Formas de vida. El arte moderno y la invención de sí*, ed. CENDEAC.
- Jean Genet, *Un cautivo enamorado*, ed. Debate, 1988.
- Gilbert Durand, *Ciencia del hombre y tradición. El nuevo espíritu antropológico*, ed. Paidós, 1999.
- Gilbert Durand, *La imaginación simbólica*, ed. Amorrortu, 2000.
- Gilbert Durand, *Mitos y sociedades. Introducción a la metodología*, ed. Biblos, 2003.
- Gilbert Durand, *La imaginación simbólica*, ed. Amorrortu, 2007.
- Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera, *Derecho Constitucional de Familia*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.
- Ignacio Lewkowicz y [Cristina Corea](#), *¿Se acabó la infancia? Ensayo sobre la destitución de la niñez*, ed. Paidós, [1999](#).

Ignacio Lewkowicz, *Pensar sin Estado*, ed. Paidós, [2004](#).

Ignacio Lewkowicz y Cristina Corea, *Pedagogía del aburrido. Escuelas destituidas, familias perplejas*, ed. Paidós, [2004](#).

Ricardo Lorenzetti, *La descodificación y fractura del Derecho Civil*, Revista La Ley, tomo 1994-D, pág. 724 y stes.

Michel Maffesoli, *El conocimiento ordinario. Compendio de sociología*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Michel Maffesoli, *Elogio de la razón sensible. Una visión intuitiva del mundo contemporáneo*, ed. Paidós, 1997.

Michel Maffesoli, *El nomadismo. Vagabundeos iniciáticos*, ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.

Michel Maffesoli, *El tiempo de las tribus*, ed. Siglo 21, 2004.

Michel Maffesoli, *La transfiguración de lo político*, sin editorial, 2005.

Michel Maffesoli, *El instante eterno. El retorno de lo trágico en las sociedades posmodernas*, ed. Paidós, 2005.

Michel Maffesoli, *La tajada del Diablo. Compendio de Subversión posmoderna*, ed. Siglo 21, 2005.

Michel Maffesoli, *En el crisol de las apariencias*, ed. Siglo 21, 2007.

Michel Maffesoli, *Essais sur la violence*, ed. CNRS, París, 2009.

Michel Maffesoli, *El reencantamiento del mundo. Una ética para nuestro tiempo*, ed. Dedales, 2009.

Edgard Said, *Sobre el estilo tardío*, ed. Debate, 2009.