

Micropolítica y derecho

Emancipación afectiva y emancipación democrática en las sociedades secularizadas

María Silvia Villaverde*

msv@ciudad.com.ar

Resumen

El presente trabajo se propone repensar la democracia y la política mediante el análisis de las principales contribuciones que las lecturas desestatizadoras de la política han hecho a la teoría política de la democracia moderna, profundizando en las características fundamentales del totalitarismo como antimodelo de la democracia y analizando la incidencia de los cambios micropolíticos. Se aborda también la noción de un régimen regulado por leyes y fundado sobre la legitimidad de un debate, con acuerdos siempre revisables, sobre lo legítimo y lo ilegítimo, en un espacio abierto sin discriminaciones institucionales manifiestas, ni sutiles represiones psicológicas; en tanto prevención de la democracia moderna contra la creación de nuevos absolutos legitimadores del poder.

Palabras claves: *derecho – política – emancipación - democracia*

Abstract

The current work attempts to think over democracy and politics again, by means of the analysis of the main contributions that “unestatized” readings of politics have done to the political theory of modern democracy, studying in depth the basic characteristics of totalitarianism as an antimodel for democracy, and analyzing the incidence of micropolitical changes. It is also approached the idea of a regime regulated by laws and founded on the legitimacy of a debate, with always debatable agreements on the legitimate and illegitimate, in an open social space without declared institutional discriminations nor subtle psychological repressions; this would work as a prevention of modern democracy against the creation of new absolute legitimates of power.

Keywords: *law – politics – emancipation - democracy*

*Únicamente a quien sea capaz de imaginarse una sociedad distinta de la existente
podrá ésta convertírsele en problema.*

Theodor Adorno, *La lógica de las ciencias sociales*

Cuando abrimos –luego de superar los obstáculos epistemológicos de la formación jurídica tradicional- nuestra reflexión idiosincrática de juristas a otras reflexiones disciplinarias y nos permitimos abandonar el aislamiento, descubrimos relaciones significativas. Asimismo podemos encontrar relaciones inquietantes para el desempeño de la función práctica y para el desarrollo de la investigación teórica en el campo del derecho.

* **María Silvia Villaverde** es Abogada, Jueza en los Tribunales de Lomas de Zamora y maestranda de la Maestría en Metodología de la Investigación Científica de la Universidad Nacional de Lanús

Si admitimos que los fenómenos sociales se han tornado más complejos y los instrumentos para explicarlos y comprenderlos no pueden sino acompañar esa complejidad, se torna entonces condición *sine qua non* renunciar a las visiones tradicionales reductivistas –naturalistas y positivistas- que conciben al derecho como pura esencia o como pura normatividad. Los juristas – tanto como el resto de los científicos sociales- no deberían manejarse con las mismas categorías de las que se valían veinte o treinta años atrás (siendo que a veces lo intentan con las de hace siglos), porque el fenómeno del incremento de la complejidad social resignifica íntegramente la problemática jurídica.

Las categorías teóricas, que harán las veces de hilos conductores de la reflexión propuesta en este trabajo, permiten profundizar la comprensión de los fenómenos jurídicos mediante la resignificación de las instituciones al calor de contextos conceptuales más complejos y flexibles. La jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci reconoce en un excelente trabajo -titulado “Derechos humanos y derecho de familia”¹ - que la peor actitud que puede asumir el nuevo operador del derecho es la cerrazón ante las nuevas ideas sin analizarlas. Allí cita a Norberto Bobbio que, en *De Senectute*, caracteriza precisamente a la senectud como la etapa en que “la idea nueva aparece como una intrusa que intenta penetrar en un lugar ya atestadísimo, donde no hay más sitio”².

En el ámbito del derecho de familia, la forma de razonar ha variado radicalmente cambiando la concepción que se tenía de él a partir de su puesta en relación con conceptos provenientes de otras áreas disciplinarias y jurídicas (derecho constitucional, derechos humanos), así como extrajurídicas (bioética, sociología, antropología, ciencia política, ciencias de la salud, economía)-. Esta nueva visión no se mueve de manera exclusiva en el mundo de los conceptos o de las buenas intenciones. Sus repercusiones impactan sobre los destinatarios de las normas en la medida en que una jurisprudencia comprometida con una interpretación dinámica, evolutiva, no originalista y atenta a los diversos contextos emergentes en el horizonte social, se constituya en motor relevante de la evolución del derecho de familia actual. Pues los jueces, como ha sostenido Carlos María Cárcova,

Según parece: conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan, no de una manera monádica, aislados, solitarios y caprichosos, sino como seres sociales, portadores de una cultura técnica, pero irreductiblemente permeables al conjunto de representaciones, estados de conciencia y visiones del mundo que comparten con sus congéneres y que coadyuvan, con su trabajo, a veces a conservar y otras veces a transformar.³

En efecto, el compromiso de la jurisdicción con los problemas de su tiempo es un tema que no puede soslayarse cuando se aborda la complejidad de la labor judicial. Pues el juez no es un espectador puro, ahistórico y neutro, sin ninguna relación con lo extrajurídico, confinado en el expediente, al servicio de principios abstractos y en contacto sutil con el mundo de las esencias por su calidad de juzgador independiente e imparcial. Es un protagonista que dialoga con las partes, que tiene frente a él a los autores del drama y -consciente de la relatividad de la libertad social-, se preocupa por comprender las determinaciones sociales a las que no es ajeno.

En concordancia con estas conceptualizaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, reitera en sus decisiones que la noción de “familia” debe ser interpretada

¹ Kemelmajer de Carlucci, A., “Derechos humanos y derecho de familia”, en Arnaud A-J y otros, *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.

² Bobbio N., *De Senectute*, Madrid, Taurus, 2000, p. 59.

³ Cárcova C., “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y de la hermenéutica judicial”, en la obra conjunta *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, dirigido por Ameal, Oscar J. y coordinado por Gesualdi, D., Buenos Aires, Hammurabi – Depalma, 2001, pp. 3 a 14.

conforme con las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura.

Una tendencia homóloga se verifica en América Latina donde luego de un período signado por el terrorismo de Estado, la desaparición forzada de personas y la violación sistemática de los más elementales derechos humanos, se comprendió el valor de las instituciones democráticas y la importancia estratégica de la defensa de los derechos humanos. Por ello, democracia y derechos humanos constituyen las nuevas categorías de la acción política y resulta necesario teorizarlas. De la articulación de estos factores que históricamente se sucedieron ha resultado la aparición y desarrollo de nuevos modelos de pensamiento jurídico y social, de prácticas jurídicas alternativas de revalorización de la democracia y la participación ciudadana y de juristas. Estos afirman las ideas del garantismo, necesariamente ligado al valor de la legalidad y no por ello reifican la norma, ni soslayan el debate acerca de la justicia. No ya de la justicia de los dioses, ni de la justicia de las intuiciones esencialistas, sino de una justicia humana, falible, pero también perfectible, histórica y contingente, exenta de sujetos privilegiados que la edicten y producto dialógico de la tolerancia y el reconocimiento recíproco de los sexos, las razas y las ideologías.

En la práctica judicial actual se permite rescatar la normatividad, pero sin hipertrofiar su papel. Se consiente la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces. Se incorporan las dimensiones de la sociabilidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimación sustancial, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia. Me refiero a las funciones que a este poder le son atribuidas, en el marco de un sistema democrático de naturaleza garantista. Como sostiene el jurista italiano Luigi Ferrajoli:

La sujeción del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez, ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez.⁴

Por lo tanto, el juez no podrá considerar la ley en forma acrítica o incondicionada sin someterla a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos fundamentales en ella consagrados. En dicha sujeción a la Constitución

radica el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean –o precisamente porque lo son- poderes de la mayoría. [...] Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos.⁵

Una legitimación que no es equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de los derechos fundamentales consagrados. Las expectativas, entonces, que esta especificidad funcional alienta,

⁴ Ferrajoli L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p.26.

⁵ Ferrajoli L., op. cit. p. 33.

aumentan el reclamo por un mayor grado de protagonismo de los jueces, estimulan el denominado activismo jurisdiccional. Y no sólo como interpretes finales de la legitimidad de los actos de poder - cuestión que en algunas legislaciones tienen atribuida directamente o que, en otras, comparten con representantes de otros poderes- sino también en las cuestiones más variadas y novedosas, en las más relevantes y decisivas. Por ejemplo, cuando se debe resolver si se ha producido o no la muerte clínica de una persona; cuando se debe autorizar o no un cambio de sexo; cuando se debe decidir sobre el carácter contaminante o no de determinada actividad productiva; cuando se debe acoger o no la excusa de un objetor de conciencia; cuando se debe habilitar o no a un menor a elegir familia sustituta y, todo ello, además de dirigir empresas en dificultades, juzgar en horas sobre la licitud de un amparo, divorciar, castigar el peculado, salvar a algún rehén. Se trata de lo que François Ost ha llamado “el modelo del juez Hércules”, más que un hombre de ley, un verdadero ingeniero social.

Sin embargo, no debe perderse de vista que su posibilidad hermenéutica está limitada. Sólo puede ejercerla para tornar viables y eficaces las promesas consagradas como derechos fundamentales por cada ordenamiento. Esta idea, cara al proceso que marcó la evolución de las corrientes alternativistas en Italia - de la jurisprudencia emancipatoria a la defensa del garantismo igualitarista: Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, entre otros-, tiene más sencilla fundamentación desde una perspectiva ética o política que desde una perspectiva específicamente jurídica.

Pues, los principios constitucionales que consagran positivamente garantías negativas (que conciernen a la libertad) y positivas (que conciernen a la igualdad) son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. En los sistemas constitucionales rígidos son relativamente indisponibles porque ninguna decisión, por mayoritaria que sea puede abrogarlos, salvo que utilice los procedimientos previstos para la reforma constitucional. Su preterición o suspensión *sine die*, provenga del órgano que provenga, carece de legitimidad o de validación sustancial. De lo contrario lo que está en juego no sólo es el sistema de garantías, sino el sistema democrático y la forma histórica que ha asumido a finales del siglo. No se trata de pensar los derechos fundamentales como valores transhistóricos, inmutables o de cualquier manera petrificados. Se los debe considerar adquisiciones humanas incorporadas de manera inmanente al pacto de socialidad que el modelo democrático y la forma histórica del Estado de Derecho involucran. Poner en crisis su jerarquía normativa implica tanto como poner en crisis aquel pacto.

He aquí la cuestión dilemática para los jueces –advierte Cárcova⁶-, pues razones operacionales y opiniones doctrinarias ponen a su cargo muy complejas tareas y una cuota amplia de capacidad creadora y de interpretación constitutiva. Ella debe materializarse procurando hacer eficaces las promesas sustanciales del orden democrático. Promesas que, al mismo tiempo, constituyen el control y límite de su despliegue hermenéutico.

Los derechos fundamentales como adquisiciones humanas constituyen la forma histórica asumida por el sistema democrático en la actualidad, para cuya elucidación crítica resultan relevantes los elementos teóricos de la obra de Claude Lefort⁷ referidos precisamente a los presupuestos de la democracia, que a continuación enuncio brevemente:

⁶ Cárcova C., “Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada”, en *Jueces para la democracia. Información y debate* Nº 24, Madrid, 1995.

⁷ Lefort C., *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990.

- a) considera a la sociedad civil como el espacio público por excelencia, el lugar donde los ciudadanos, en condiciones mínimas de igualdad y libertad, cuestionan y enfrentan cualquier norma o decisión que no haya tenido su origen o rectificación en ellos mismos;
- b) coloca en consecuencia a la esfera pública política como el factor determinante de retroalimentación del proceso democrático y como la esencia de la política democrática, y se opone a cualquier concepción que reduzca la política al estrecho ámbito de las instituciones o el Estado;
- c) en conexión con lo anterior, concibe al poder político como un espacio “vacío”, materialmente de nadie y potencialmente de todos, que sólo la sociedad civil puede ocupar simbólicamente desde sus propios imaginarios colectivos y a condición de su plena secularización;
- d) sostiene, finalmente, que la sociedad civil es por definición autónoma y fuertemente diferenciada, por lo que la democracia se inventa permanentemente desde el conflicto.

Asimismo, Ulrich Rödel, Günter Frankenberg y Helmut Dubiel -frankfurtianos tardíos- en su ensayo titulado *La cuestión democrática*,⁸ se inscriben, dentro de la teoría política de la democracia moderna, en la línea de las principales contribuciones desestatizadoras de lo político. También invitan a pensar el futuro de la política como invención constante de democracia, dado que en caso contrario el riesgo totalitario es permanente.

A contracorriente de las lecturas institucionalistas y normativas con que suele explicarse el concepto de democracia, los autores de este ensayo proponen una interpretación que la concibe como un dispositivo simbólico mediante el cual una colectividad adquiere conciencia de sí misma. Según este argumento, el autogobierno democrático se instituye con la aparición del espacio público, el reconocimiento mutuo del derecho a tener derechos y la emergencia de una sociedad civil, entendida más como un espacio de conflicto y pluralidad que de consenso y armonía. Así, el poder político es un espacio vacío que de vez en vez la sociedad civil ocupa simbólicamente. Sostienen los autores que, el imaginario colectivo debe satisfacer por lo menos tres condiciones: una cultura secularizada, una opinión pública ilustrada y abierta, y una sociedad civil donde los derechos de libertad y comunicación política sean patrimonio de todos y cada uno de los ciudadanos.

Profundizar en las características fundamentales del totalitarismo es como trabajar por el diseño de la democracia. Es decir, reparar en los aspectos básicos del totalitarismo es investigar en el antimodelo de una democracia. Se relevan así tres aspectos decisivos del totalitarismo sin los cuales no se entendería hoy el desarrollo de la democracia:

- a- destrucción de la esfera pública y abolición de la multiplicidad de opiniones en beneficio de una “unidad de opinión”, que es difundida como saber,
- b- la supresión de la separación de la esfera privada y la pública a través de una “politización” de lo privado aparentemente ilimitada y la desaparición de la política pública,

⁸ Rödel U., Frankenberg G, y Dubiel H., *La cuestión democrática*, Madrid, Huerga y Fierro, 1989.

- c- el ejercicio y justificación de la tiranía por medio de la apelación a un saber privilegiado, la ideología, en el lugar de los principios racionales y susceptibles de alcanzar un acuerdo siempre revisable.

La propia historia nos muestra que no existen estructuras fosilizadas del poder, que las endurecidas formas institucionales del ejercicio del poder no tienen ninguna consistencia frente a la capacidad de acción de los ciudadanos asociados y del restablecimiento de una esfera pública política. La sociedad civil es la representante legítima y “real” del poder político, a condición de su plena secularización; si bien siempre puede hacer abandono del mismo y doblegarse a cualquier tipo de totalitarismo.

El poder es localizado en aquella dimensión en la que los individuos y grupos se forman una imagen de su situación y sociedad. El ejercicio de este poder definiría la acción democrática como la praxis contra todos aquellos mecanismos que ofreciesen resistencia al ejercicio efectivo de la igualdad, la libertad y la solidaridad civil o, en términos positivos, la acción democrática ha de responder a esos valores. Esta concepción de democracia está avalada por las múltiples luchas históricas en el pasado y, más recientemente, por los movimientos sociales y ciudadanos regionales y mundiales.

Entonces, sostienen que si el pueblo es el fundamento legítimo y real del poder político, el objetivo es averiguar el sentido en el que ha de encaminarse la acción democrática, los definitorios de la democracia o, en lenguaje lefortiano, el dispositivo simbólico de la democracia. Frente a la opacidad del término “democracia”, la propuesta de Lefort sobre las tres condiciones abstractas es de extraordinario interés para Rödel, Frankenberg y Dubiel no sólo para diagnosticar la madurez alcanzada por las democracias contemporáneas de carácter liberal-parlamentario, sino también para proponer vías de tránsito de sociedades y regímenes totalitarios a formas de vida y de gobierno más democráticas.

Conviene destacar que los desarrollos de las condiciones lefortianas resultan profucios, particularmente en los temas que desarrollaré en adelante. Si se cumple la secularización radical de las razones de justificación de la política o, lo que es lo mismo, si no existe ningún argumento capaz de sustraerse a la discusión, la segunda condición de un proceso democrático se refiere al fenómeno de la opinión pública política. En una sociedad radicalmente ilustrada, la calidad de la política se mide por las instituciones en el marco de las cuales se forma la opinión pública política. La misma se define como un espacio materialmente abierto en el sentido que todos los temas pueden ser discutidos en las sociedades desarrolladas, pues, a diferencia de lo que sucedía en las sociedades del siglo pasado, ya no se mantiene la diferenciación entre las esferas políticas y no políticas. Al mismo tiempo, determinados movimientos sociales, especialmente el movimiento feminista bajo la fórmula programática de que “lo privado es político”, ha comenzado a derribar el muro que resguardaba de la opinión pública política a estructuras injustas y violentas que se producían en la esfera privada y, a veces, íntima. La opinión pública debe considerarse, en segundo lugar, un espacio socialmente abierto en tanto que ningún grupo social quede excluido por algún tipo de prohibición del acceso a la esfera pública en la que el ciudadano discute sobre la orientación de la política y de los objetivos y recursos que para ella se van a utilizar.

En cierto sentido, la historia de la opinión pública civil es también la historia de la crítica de su realización hasta ahora siempre parcial, porque sólo se realiza en determinadas clases y de forma específica según los sexos. La historia de los derechos de comunicación política en la democracia occidental sigue siendo una única lucha sin final, en la que los trabajadores, mujeres, minorías étnicas, homosexuales, entre otros, están luchando por el acceso a la esfera pública.

Dubiel⁹ –siguiendo la idea habermasiana de la modernidad como proyecto inacabado- apuesta a que, ya que únicamente la Ilustración es responsable de las heridas de la modernidad, debe tener también la capacidad para curarlas. Pues ella no ha llevado a la destrucción completa de todas las posibilidades de emancipación. Más bien considera a la sociedad mundial en una situación histórica incierta en la cual las fuerzas de la barbarie y el peligro monstruoso de la civilización se traslapan de manera paradójica con las posibilidades de emancipación democrática¹⁰. El concepto de democracia al que se refiere Dubiel no es el de la democracia liberal, que justo en el momento de su triunfo histórico, cae en una crisis profunda de aceptación, sino a la democracia social. Revisten particular interés las cuatro tendencias hacia un incremento de esta democracia social, identificadas por el autor.

La primera de ellas remite precisamente a las posibilidades crecientes de una democracia emocional a nivel de las relaciones de pareja y de las relaciones paterno-filiales. En efecto, el desmantelamiento de la autoridad tradicional se puede traducir en un fuerte estímulo para la tolerancia y la resolución creativa y pacífica de conflictos. Como considero que no se debe subestimar la relación entre estos cambios micropolíticos del mundo de la vida y la democracia del sistema político, la idea de Dubiel me resulta por demás sugerente. La cuestión afectiva es un asunto de primer orden debido a que el marco de significados afectivos influye de modo notable en la acción de los individuos. Entonces, la incardinación entre la emancipación afectiva y la emancipación democrática incidiría en un programa de acción democrática –específicamente en lo relativo a la construcción de un espacio social abierto, sin discriminaciones institucionales manifiestas ni sutiles represiones psicológicas-.

En esta tendencia, se ubica la creación de novedosos tribunales especializados en temas de familia, cuya funcionalidad depende de una interpretación judicial sistemática informada por la Constitución Nacional y los documentos internacionales de derechos humanos a ella incorporados. En efecto, la justicia tradicional, pensada para el conflicto bilateral, era insuficiente cuando no ineficaz, para encauzar plenamente el interés de la familia. La ineficacia devenía de lo inapropiado de desatender la especificidad del conflicto en las relaciones familiares, pues –como afirman los juristas Mauro Cappelletti y Bryant Garth- el procedimiento no se debe colocar en el vacío, ya que las técnicas procesales tienen funciones sociales y un pronunciado efecto sobre la manera en que opera la ley sustantiva¹¹.

Las relaciones familiares se encuadran en el tipo de aquellas que están destinadas a perdurar. Son relaciones de interdependencia fuerte y de naturaleza compleja, cuyas repercusiones individuales y sociales reafirman la necesidad de un modelo de resolución de problemas que preserve dichas relaciones, en especial cuando hay hijos comunes en cuya crianza y formación deben continuar participando activamente ambos padres. En este punto, es inexcusable no reconocer los efectos devastadores de la *litis*, propia de los procesos contradictorios, pues enemistaban a familias enteras - hasta las de los testigos, a veces-, dejando como resultado “sobrevivientes en tierra arrasada”.

Considerando las consecuencias dañosas que los esposos en trance de divorcio pueden causarse, no sólo a sí mismos, sino a los hijos, se crearon los tribunales familiares en diversas jurisdicciones, integrados por equipo técnicos interdisciplinarios, a fin de abordar el conflicto familiar desde una nueva perspectiva. Pues, un juez ordenado sobre la base de pretensiones individuales y ritos formales rigurosos, en el marco de un proceso focalizado en el análisis de los problemas individuales, en

⁹ Dubiel H., *La teoría crítica: ayer y hoy*, México, Plaza y Valdés, 2000.

¹⁰ Op.cit.p.108.

¹¹ Cappelletti M., y Garth, B., *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos*, México, FCE, 1996, p.13.

conflicto bilateral, no podía desplegar en toda su amplitud la noción constitucional-civil-procesal del interés familiar.

Las leyes procesales que instituyen estos tribunales reconocen que el saber jurídico ha menester de una complementación con otros saberes: médicos, psicológicos, psiquiátricos, antropológicos, sociológicos e incluso filosóficos. El legislador procesal familiar, que se desempeña en el marco de las reformas constitucionales nacional y provincial y, por lo tanto, en un contexto respetuoso de los derechos de la persona humana en sus múltiples manifestaciones, diseñó un modelo procesal para la resolución del conflicto de la familia, acorde con su realidad existencial. Por ello, no olvidó que los conflictos familiares llegan a tribunales, pero en mínima parte tienen contenido jurídico¹².

Se consagró una etapa procesal previa al proceso contradictorio, con las características propias de un amable proceso conciliador con formalidades legales mínimas, y cuya aspiración es desalentar el estilo del litigio estratégico o de “tierra arrasada”¹³ de los procesos contenciosos tradicionales y promover la autocomposición, que empero no debe considerarse exclusiva de la etapa previa, dado que el legislador procesal la insta empeñosamente aún ya iniciado el proceso de conocimiento o contencioso. Evitar someter a una decisión de carácter jurisdiccional –heterónoma– lo que los justiciables pueden obtener por sí mismos, es lo que el legislador procesal familiar ha preferido. Al decir del procesalista bonaerense Augusto Morello¹⁴, ello conlleva una nueva intensidad de comunicación con el justiciable, que se asocia con la solución. Como expresara magistralmente el jurista argentino Eduardo Zannoni, “ninguna duda puede haber que lo que hombre y mujer, no obstante el conflicto acuerden, ha de ser infinitamente más eficaz, que lo que el juez imponga”¹⁵.

Por ello, en el proceso judicial familiar, especialmente en las etapas previas, se promueve la conciliación como forma de resolución de conflictos intrafamiliares. Pues por la naturaleza de las relaciones –en general complejas y a largo plazo–, conviene al interés de la familia la solución negociada de los problemas, con miras a la conservación, mejoramiento o restablecimiento de la comunicación. Trasciende de este modo el esquema del proceso contencioso, que en mayoría de los casos sólo sirve para profundizar los conflictos y los enfrentamientos, desatendiéndose así el afianzamiento de la justicia en la especie familiar. No puede perderse de vista que la familia es el centro privilegiado del encuentro entre las generaciones y grupo de socialización primaria; en ella se opera la transmisión de padres a hijos de los modelos de abordaje de conflictos.

Se incardina esta dimensión procesal de la cuestión con el valor de la decisión autónoma en un esquema de familia participativa, por oposición al modelo autoritario o fuertemente jerárquico, al que le son consustanciales las decisiones heterónomas. Las familias, organizadas democráticamente, tienen mayor probabilidad de dar respuestas negociadas a los problemas que se les presentan en los momentos críticos, debido a que han desarrollado una aptitud mayor, por medio de la sucesión de elecciones que enfrentan diariamente en un marco de igualdad y libertad. Este entrenamiento cotidiano para participar en la toma de decisiones que les afectan directa o indirectamente. Como contrapartida, las familias, ordenadas conforme a un patrón autoritario, se hallan menos motivadas para la búsqueda de las propias soluciones, depositan inconscientemente en otro –en el proceso judicial, en el juez– la generación de respuestas. Repite así el modelo familiar incorporado desde el

¹² Cfr. Zannoni E., “Contienda y divorcio”, en *Derecho de Familia*, nro.1, 1989, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 1989, p.14.

¹³ Garth, B., y Dezalay Y., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago, 1996, p. 77.

¹⁴ Cfr. Morello A., *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*, Editora Platense, 1998, p.1120.

¹⁵ Zannoni E., op.cit., p.12

que no es posible generar soluciones, “todos sentados al mismo nivel y en torno a la misma mesa”¹⁶, pues la solución viene de algún lugar que está situado “arriba”.

Por otra parte, la promoción de soluciones generadas por los propios integrantes de la familia a sus conflictos, se orienta a estimular el desarrollo de personas libres y autónomas, compensando el creciente intervencionismo estatal en el área familiar. Es necesario señalar que la incorporación de la voz del niño en estos procesos no debe ser entendida como una invasión de la privacidad de la familia¹⁷, aunque pueda verse como tal en aquellas en las que no todos tienen voz, pero no en las que se le confiere al niño ámbitos cada vez más amplios de libertad –en correspondencia con su desarrollo psico-físico acompañando su crecimiento- para que se despliegue como ser humano libre y responsable. También debe valorizarse la amplitud de la repercusión de estas inclusiones en los procesos familiares, dado que las voces de los sin voz, cuando se las incorpora, movilizan a las sociedades, a los grupos, a las familias¹⁸.

Para comprender el riesgo de esterilizar las promesas institucionales descriptas, resultan útiles algunas categorías teóricas desarrolladas por Jacques Donzelot, especialmente el concepto de “policía de las familias” explicitado por el autor en el libro homónimo. por el que se entiende “la proliferación de las tecnologías políticas que van a actuar sobre el cuerpo, la salud, las formas de alimentarse y de alojarse, las condiciones de vida, sobre todo el espacio cotidiano a partir del siglo XVIII y en los países europeos”.¹⁹

No puedo dejar de mencionar, por su estrecha relación con el tema, un artículo publicado en una obra homenaje al Dr. Pedro David²⁰, remite a los “efectos criminógenos” de las actitudes de los padres hacia los hijos. Se responsabiliza de este modo a la familia contribuyendo perversamente a la justificación del control disciplinar ejercido por el Estado a través de las nuevas tecnologías de policía familiar; en lugar de generar políticas sociales adecuadas para revertir la fragilidad de su constitución. El autor se refiere a los cambios intrafamiliares en los hogares asentados en la autoridad del padre y en su rol protector-poderoso sobre la familia, al concubinato que cada vez se va haciendo más común, a sus dos formas particularmente dañinas (la del sujeto legalmente casado que se une a otra mujer y que no deseando separarse de su familia, funda una segunda familia, o los concubinatos sucesivos), a la ausencia de algunos de los padres por muerte o por divorcio, al problema de los hijos nacidos fuera de matrimonio, a los niños de la calle y en la calle. A la vez, cita una clasificación sobre “familias deformantes que pueden tener efectos criminógenos”: familia carencial, desordenada, discordante, insegura, tiránica, anómala, patológica, nociva, traumatizante, corruptora, antisocial, explotadora, “bien”, pudiente, amoral, inadaptada y familia en transculturación. El autor agrega la violencia intrafamiliar y concluye afirmando con convicción que “no podemos remediar la macroviolencia si no atacamos la microviolencia; no es posible acabar con la criminalidad que asola a nuestra sociedad si no solucionamos antes la violencia intrafamiliar”.²¹

¹⁶ Calamandrei P., *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

¹⁷ Risolía de Alcaro, M., “La opinión del niño y la defensa de sus derechos”, en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p.277.

¹⁸ Cárdenas E., “El proceso de familia en la provincia de Buenos Aires. Notas para interpretar y aplicar la ley 11.453”, *La Ley*, Buenos Aires, Doctrina, 1997, p.932.

¹⁹ Donzelot, J., *La policía de las familias*, Valencia, Pre-textos, 1979, p. 15.

²⁰ Rodríguez Manzanera L., “Familia y crimen” en *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*, Volumen en homenaje al Prof. Dr. Pedro David, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999.

²¹ Dentro de las teorías de la criminalidad, fue el positivismo quien planteó, adoptando el lenguaje de la medicina, la existencia de individuos con conductas patológicas (anormales o enfermos) que debían ser clínicamente observados (diagnóstico) con el objeto de detectar los factores que determinaban su comportamiento y así poder modificarlo a través de una serie de medidas correctivas (terapia). En las actuales burocracias judiciales-asistenciales muchas de estas

También Donzelot descubre, revisando la literatura de los expedientes, familias inestructuradas, familias normalmente constituidas, pero rechazantes o sobre-protectoras, familias carenciales, bajo un ligero barniz psicológico, con un vocabulario más jugoso, más rico en connotaciones económico-morales, que permite identificar los principales polos de la vida social sobre los que se focaliza la acción (normalizadora) de los servicios.

La jurista e investigadora Cecilia Grosman²², por su parte, al referirse al niño de padres divorciados o separados, destaca el fenómeno de alta “divorcialidad” y la consecuente necesidad de aproximación a las nuevas configuraciones familiares resultantes, en cuya invisibilidad se obstina a veces con mayor o menor éxito el derecho (familias ensambladas, monoparentales). Observa Grosman que la denominación de “familias monoparentales” -más allá de su utilidad a la hora de focalizar la atención en ella, sus condiciones de vida y su inserción social- tiene un trasfondo ideológico. Pues se ha querido subrayar que se trata de una configuración familiar diferente y no sólo de una “familia disociada” como se expresaba en la década de 1960. Hablar de diferentes formas de familia, es decir de “familias” en plural en lugar de “familia” en singular, representa el cuestionamiento de un modelo dominante configurado por la familia nuclear legítima y la consideración de los otros núcleos como familias desviadas o “sospechosas” o como “no familias”.

Grosman sostiene que el pluralismo implica desterrar la idea de una configuración familiar conceptuada como normal y la valoración de las demás como estructuras patológicas. Este pluralismo jurídico, o sea el reconocimiento legal de las distintas formas de familia que, incluso, una misma persona puede experimentar en los distintos pasajes de su vida es una manifestación del principio democrático- marca del derecho contemporáneo occidental. Así, en nuestro país la ley y algunos jueces han reconocido algunas consecuencias a las uniones de hecho, particularmente de carácter social; igualmente se vislumbra una preocupación por dar mayor protección regulatoria, tanto a hogares monoparentales, como a las nuevas unidades que se conforman tras una separación, divorcio o viudez.

Sin embargo, la lucidez de la autora no se empaña ante estas manifestaciones, pues, también pone en evidencia que la categorización puede revestir una connotación negativa en la medida en que muchas veces estas familias han sido estudiadas con una ideología estigmatizante así como “grupos de riesgo”. Todavía en las representaciones sociales los hogares encabezados por la madre son percibidos de manera prejuiciosa.

En este punto debe considerarse especialmente la antinomia entre el principio de no discriminación y el truncamiento del derecho de los chicos a crecer con sus padres, a la cercanía, al afecto y al cuidado, que menoscaba a los niños de estratos empobrecidos. Expresiones como “abandono”, “fuga de hogar”, “niños de la calle y en la calle”, “tráfico y comercialización infantil” dan cuenta de “exilios familiares” que simultáneamente constituyen una exclusión social y la segregación de importantes sectores de la infancia y la juventud²³. Este apartamiento igualmente se produce cuando estos niños y adolescentes son institucionalizados bajo la tipificación de “menores en situación irregular”, una identidad social que los estigmatiza y asila del entorno. Se pretende salvar al niño del peligro convirtiéndolo en peligroso. En lugar de adoptar políticas públicas preventivas de “protección integral de la familia y sus hijos”, que mejoren la calidad de sus vidas y las ayuden en su función de crianza y educación, se acude a intervenciones judiciales tardías e

concepciones médicas están implícitas en los análisis que los profesionales hacen de su clientela lo cual refuerza el antiguo ideal de defensa social que disfraza el control social normalizador o represor del Estado en reacción legítima de la sociedad frente a una minoría.

²² Grosman C., “Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades”, en Wainerman C., (comp.), *Vivir en familia*, Buenos Aires, UNICEF-Losada, 1996, pp.73-113.

²³ Vasilachis De Gialdino, I., *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*, Barcelona, Gedisa, 2003.

impotentes que terminan por marginar al niño y al adolescente. Ante la situación irregular de niños, generada por familias en situación irregular por la actuación irregular del Estado, la esperanza de salida se halla en políticas públicas de protección y promoción integral de la familia y de sus integrantes, en correspondencia con un esquema de vida democrático.

Diversos estudios han etiquetado a los hijos de divorciados como niños con perturbaciones, con un inventario de los riesgos a los cuales los padres separados exponen a sus hijos. Tales investigaciones, realizadas sobre observaciones clínicas de casos de niños llevados a consulta, han generalizado sus diagnósticos a toda la población infantil que se encuentra en esa situación. Las conclusiones, difundidas por los medios de comunicación contribuyeron a la creación del estereotipo, una imagen estigmatizada que afecta a los propios divorciados y lesiona, implícitamente, el derecho del niño a no ser discriminado y etiquetado en un estatuto particular, derecho consagrado expresamente en el art. 2 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en el derecho argentino se halla incorporada a la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994.

Otros estudios, en el área psicológica, sostienen que las patologías que se generan en las familias de divorciados no se deben tanto a la separación misma, sino a la organización disfuncional adoptada que obstaculiza la continuidad de la coparentalidad. La autoridad parental para ser efectiva requeriría, según estas visiones, la actuación de ambos progenitores; si ello no se produce, se originarían distintas anomalías en los niños provenientes del inadecuado manejo de la ruptura conyugal.

También las “familias ensambladas” han sufrido el proceso de estigmatización mediante discursos impregnados de prejuicios. Han sido identificadas como fuente segura de dificultades y conductas antisociales del niño. Las expectativas negativas acerca de las dinámicas de estas familias repercuten en los comportamientos de sus integrantes y los dificulta como grupo estable. Además las representaciones sociales del padrastro y la madrastra como personajes crueles e indeseables para el hijastro dan sustento a su rechazo en el imaginario social. La referencia a ellos como “la esposa de mi padre” o “el marido de mi madre” simboliza la negación de toda relación directa, a la que contribuye la invisibilización jurídica actualmente en proceso de retracción como se evidencia en y por la publicación de obras jurídicas de reconocido prestigio dedicadas íntegramente a las familias ensambladas. Se trata de hitos en un proceso de reconocimiento que debe culminar con su simbolización mediante el lenguaje de la ley y su puesta en práctica por los operadores jurídicos y extrajurídicos.

Ante estas observaciones de Cecilia Grosman y en el marco de la “policía de las familias”, cabe mencionar algunas conclusiones de una investigación de carácter socio jurídico realizado por las Dras. Olga Salanueva, Manuela González y Nancy Cardinaux, sobre la descripción del grado de eficacia del proceso de creación y funcionamiento de los tribunales de familia en la provincia de Buenos Aires.²⁴ Las investigadoras se refieren al apoyo que los integrantes de los tribunales de familia necesitarían para tematizar los mandatos sociales y su propia representación de la “familia”. Pues los operadores jurídicos pueden con gran facilidad e inconsciencia proyectar su modelo familiar a otras familias que poco o nada tienen que ver con las suyas. La comprensión, como bien lo indicaran los cultivadores de corrientes comprensivistas en las ciencias sociales, no implica

²⁴ Salanueva O., González M., Cardinaux, N., *Familia y justicia, un estudio socio-jurídico de los conflictos familiares*, La Plata, Editorial de la Universidad de la Plata, 2003. La investigación, fue realizada por un equipo de investigadoras, conformado por Nélica Beroch, Claudia Mentaste y Analía Pérez Cassini, con participación de otros docentes investigadores y jóvenes auxiliares de investigación, financiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de La Plata.

necesariamente ponerse en el lugar del otro (empatía) en un ejercicio de proyección. Sin embargo, parece ser esa y no otra la comprensión que abunda en la comunidad jurídica del derecho de familia. Lejos de una comprensión empática imposible de lograr y poco beneficiosa en materia profesional, debería fomentarse una comprensión profundamente respetuosa de los códigos y planes de vida de cada uno. Por supuesto que el derecho de familia fija limitaciones a estos códigos y planes, pero no los determina ni mucho menos, les pone un molde al que deben adecuarse. Confundir la representación de la familia de nuestras leyes con las plurales y divergentes formas que adoptan las familias es esencializar un deber ser, tratar de adaptar al pie el zapato en lugar del zapato al pie.

La familia constituye un saber transversal que demanda una serie muy compleja de conocimientos, tendientes a producir no solo la efectiva solución de los conflictos, sino además la reflexión sobre la acción. Ser capaz de cuestionar las propias prácticas es uno de los niveles más altos de crítica a los que se puede aspirar. Y se entiende que ese nivel de crítica no sólo es deseable sino exigible a los operadores que trabajan sobre una materia que los atañe y pone en juego sus universos simbólicos. No es fácil hacer derecho de familia porque tenemos familia; al contrario, se hace más difícil hacer derecho de familia justamente porque tenemos familia. Cuando Grosman se refiere al escenario judicial en el que se dirimen los conflictos familiares, también pone de relieve los aspectos relacionados con las interpretaciones judiciales ancladas en subjetividades, según la historia vital, creencias y convicciones de los jueces. Pensando en soluciones para salir del encierro de estas redes personales, destaca otras miradas o saberes que deberán acudir en auxilio de los juzgadores para imaginar juntos lo mejor para el niño.

Sin embargo, la práctica interdisciplinaria transita por un camino espinoso y no exento de dificultades. Donzelot destaca con perspicacia la lucha entre los poderes-saberes productores de la verdad. Esta lucha, según se ha verificado en la investigación referida sobre tribunales de familia, también se entabla en los tribunales actuales. El tratamiento judicial de la problemática familiar no permite la colaboración o participación en niveles de igualdad de los equipos interdisciplinario. En el marco de la justicia tradicional –fuertemente jerárquica, autorreferente y consustanciada con el principio de autoridad- no pueden prosperar equipos técnicos caracterizados por la practica interdisciplinaria, tal como han sido previstos en la legislación procesal familiar. Generalmente los jueces interactúan con los profesionales que integran el equipo técnico sin alcanzar a conformar un trabajo en equipo de tipo interdisciplinario. Psiquiatras, psicólogos, y asistentes sociales se van plegando al estilo predominantemente ritualista, con intervenciones en las familias que terminan convirtiéndose en el examen de sus historiales o informes, tal como han sido interpretados en diversas situaciones, por diferentes profesionales que no tienen ninguna relación entre sí, excepto la circulación de los historiales entre ellos. Así, el diagnóstico resultante deja de ser la relación específica con las personas concretas para pasar a ser una relación establecida a partir de los diferentes exámenes especializados que constituyen su historial.

La incorporación de la informalidad al proceso judicial familiar, encarnada en el Consejero de Familia, a cuyo cargo se halla la etapa previa, no impacta sobre la actividad de los jueces y el equipo técnico, quienes en lugar de apropiarse de esas nuevas prácticas producen una suerte de división del trabajo en la que su rol continúa predominantemente ligado a las practicas rituales del proceso de escritura. Al analizar la importancia que nuestra cultura le da al habla y a la escritura, aquí los justiciables y los operadores valoran positivamente aquellos actos en los que el habla es el canal de comunicación, pero luego, a la hora de tomar la decisión, *el habla cede al imperio de la escritura*.

Estas observaciones se orientan a encarar con lucidez la construcción de una verdadera articulación interdisciplinaria de saberes -psicología, sociología, antropología social, técnica de mediación y muchos otros que son imprescindibles si se pretende constituir a la materia “familia” en un conocimiento transversal-. Tal vez de esa manera, el novedoso y grávido de promesas

humanizadoras “fuero de familia” lograría la jerarquización que sus operadores pretenden. Este fuero dejaría de ser el lugar donde la gente ventila impúdicamente sus más privados asuntos, para empezar a considerarse un fuero donde lo privado se torna público. Un espacio en el que se respeta la autonomía para fijar criterios sobre “vida buena” que marca límites que no podemos transgredir sin que el Estado asuma su responsabilidad de controlador y ordenador social.

El proceso de autonomía y privatización de la familia se incrementa, pero es posible una mayor intervención del mundo público, precisamente por el reconocimiento de los derechos del niño. Cada vez, en mayor medida, la sociedad exige de los padres ciertos comportamientos como escolaridad obligatoria, aplicación de vacunas o controles médicos. Esto pone de manifiesto que la vida y evolución de los chicos importa a la sociedad en su conjunto.

No obstante, el discurso que exalta la libertad educativa de los padres obra de manera diferente en los sectores medios o altos que en los de extrema pobreza y marginalidad. Pues en el primer caso la vigilancia es discreta, en el segundo el control se fortalece. Por otra parte, se concibe una mínima intervención estatal y la autonomía de la familia se vuelve verdad. Por otro, la confianza en la función del padre se desvanece y la indiferencia del Estado se transforma en el espectáculo de niños y adolescentes adueñados por el propio Estado, ante la imposibilidad de los padres de asumir su cuidado. Frente a los niños abandonados, maltratados, explotados o vendidos, se suceden actuaciones institucionales que en forma subyacente culpan a los padres por los daños que ocasionan a sus hijos apartándolos de éstos. El Estado asume así su función “normalizadora” ante los “actos de desviación” que ponen en riesgo al sistema. La inercia estatal por razones de mercado se trastoca en la silueta diabólica de padres e hijos capaces de vulnerar el orden y el sistema social. Así se rompe la ensoñación de la familia protegida y se diseña un futuro trágico con niños o adolescentes aislados de sus familias y prisioneros del estigma y la marginación.

Las intervenciones de los equipos técnicos judiciales en estas familias –sobre todo bajo el paradigma de la “situación irregular”²⁵- mediante estudios e informes (pericias e informes psiquiátricos, informes sociales, informes socioambientales y vecinales, tests psicológicos, entre otros) acumulan una serie de pruebas de sus comportamientos, de sus actitudes, de su carácter, que han sido identificadas como faltas sin infracción o defectos sin ilegalidad, es decir, conductas a modificar pero que no infringen una ley. Debe tenerse en cuenta la función que cumplen estos estudios: la familia diagnosticada como una familia en riesgo, y por eso potencialmente peligrosa para sí misma y para la sociedad, deviene en objeto de una tecnología y un saber de corrección y normalización. De esta manera pasa a ser una familia anormal, patológica o disfuncional –entre las diversas denominaciones a las que me referí previamente- sobre la cual debe intervenir el sistema correctivo.

Esta mirada normalizadora que se ejerce a través de los exámenes permite vigilar a las familias, calificándolas, clasificándolas y asignando tratamientos. Así el poder de sancionar conductas que no se ajustan a ciertos valores está íntimamente relacionado con el manejo de “saberes-expertos” autorizados para la evaluación de la familia. En los informes se utilizan adjetivos que hacen referencia a dos modelos implícitos de familia: uno de ellos, el positivo, corresponde a lo esperable por los expertos según el modelo occidental de familia nuclear dominante (naturalizado por muchos profesionales). Este es identificado, en términos muy generales, con el grupo conyugal compuesto por padre, madre e hijos escolarizados residentes en una misma vivienda. El otro modelo, negativo, objeto de intervención, está representado por las características que se alejan del modelo anterior. Corresponde a múltiples y diferentes formas de organización de los vínculos familiares, de convivencia, de sexualidad, de procreación o de educación, entre otros aspectos. La construcción de

²⁵ En contraposición al paradigma de la protección integral.

estas nociones sobre las familias se apoyan en argumentos similares a las políticas de higiene social positivistas de principios de siglo pasado: un supuesto consenso social (creencias y valores aceptados por la mayoría) permite naturalizar el hecho que el "cuerpo sano" de la sociedad reaccione contra la "parte enferma" (los asistidos).

Un aspecto principal que se registra en los informes técnicos son las fallas, rupturas, debilidades o incapacidades de la familia, que permiten justificar la intervención normalizadora. Los informes recogen esta serie de datos que llevan a descripciones estereotipadas de familias; tales como familias desintegradas o disfuncionales. Viven en una situación precaria (en villas miseria, conventillos, casas tomadas, hoteles del Gobierno), en la que la educación de sus integrantes ha sido interrumpida, son desempleados, y sufren algún tipo de adicción (drogas, alcoholismo, violencia física y/o psicológica). Ante todas estas incapacidades irresolubles con los propios medios de la familia, el poder judicial interviene para dar un nuevo orden. Una asistente social, integrante de un tribunal de familia, explicaba que algunas familias no logran superar por sus propios medios los períodos de crisis, por lo cual se hace necesaria la intervención judicial. En estos casos es la institución judicial la que brindará el marco adecuado para que nuevamente circule la información y repartirá las cargas en la familia, poniendo un orden externo.

Así, los integrantes de los equipos técnicos de los tribunales especializados y los jueces son los que dicen "la verdad" sobre el problema gracias "al saber" que poseen sobre él. La función de producción de la verdad estaría en poder de estos profesionales y encuentra sus garantías y sus justificaciones en los privilegios del conocimiento. Quienes "conocen" son competentes, teorizan sobre problemas de los asistidos y pretenden detentar un saber científico que despoja a los asistidos de todo poder y de todo saber relativo a su problemática.²⁶

En el marco teórico de Donzelot, el informe social (resultado de un saber de investigación inquisitorial) sumado a los exámenes médico-psiquiátricos (saber clasificatorio), y los tests psicológicos, servirán de base para la elaboración de la medida a tomar sobre los chicos o la familia. La tecnología del informe sobre las familias se convierte en una fórmula extensiva de control social. Porque otorga a los agentes directos de la ejecución del juez (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras) la posibilidad de administrar las prestaciones sociales, de quitar o de restituir niños o de intervenir en la familia con fines reeducativos.

El informe social es una técnica que moviliza un mínimo de coerción para obtener un máximo de información verificada. La asistente social certifica la receptividad de la familia a una intervención "suave", es decir, asistencial y terapéutica antes que la tradicional institucionalización. Así queda al descubierto el poder en sus formas más locales, donde se prolonga más allá de las reglas del derecho: invistiéndose en instituciones, tomando cuerpo en instrumentos de acción material que también pueden ser violentos.

Finalmente, en el momento actual ante el colapso de los modelos del Estado del derecho liberal y del Estado social, se reclama una mirada sobre la familia que revise la distribución del poder que se da a su interior. Establece entre sus miembros, con respecto al Estado, una nueva relación despojada de la jerarquía que la ha caracterizado tradicionalmente. Los ámbitos público y privado están una vez más discutiendo sus límites. En esa lucha se torna necesario el respeto a la autonomías individuales, a las configuraciones culturales y al derechos que niños, niñas, mujeres y hombres tienen de contar con los recursos necesarios para una vida digna que les permita elegir sus planes personales. He elegido este tema como objeto de reflexión con la expectativa de que los conceptos teóricos relevados sirvan a esta causa. Para su cierre he escogido al pensador alemán Jürgen Habermas -

²⁶ Cfr. Foucault, M., *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990; también Vasilachis De Gialdino, I., *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*, Gedisa, Barcelona, 2003.

destacado representante de la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt- específicamente por la obra titulada *Facticidad y validez*²⁷, calificada por su autor como una contribución a la teoría discursiva del derecho y al Estado democrático de derecho, que se caracteriza por el pluralismo metodológico, desde las perspectivas de la teoría del derecho, la sociología jurídica, la historia del derecho, la moral y la teoría de la sociedad. A través de la tensión entre facticidad y validez, Habermas analiza temas como el papel integrador del derecho, las relaciones con los conceptos de justicia y moral, el rol de la sociedad civil, el concepto de democracia y de Estado de derecho, el intento de una reconstrucción y un paradigma del derecho, entre otros.

Habermas entiende por “paradigmas jurídicos”, distintos modos de realizarse el sistema de derechos y los principios del Estado de Derecho. En sus términos, un paradigma jurídico explica “de que manera se conciben y se deben tratar los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales a fin de que puedan cumplir, en un contexto dado, la función que normativamente se les adscribe”.²⁸

El nuevo paradigma jurídico que propone es el “paradigma jurídico procedimental o discursivo”, enfrentado al paradigma liberal que descuida las condiciones que hacen viable la autonomía privada, y en contraposición al paradigma del derecho materializado –propio del Estado social- que atiende a las condiciones de justicia social para asegurar los mínimos vitales requeridos para un ejercicio efectivo de la autonomía por los sujetos. Pero adolece de los defectos del paternalismo, pues desactiva la esfera política mediante medidas que surten un efecto desmotivador de la participación y disolutivo de las interrelaciones sociales²⁹.

En esta cuestión, a fin de ilustrar la “ambivalencia de aseguramiento de libertad y sustracción de libertad” que caracteriza al derecho materializado en términos de Estado social, Habermas cita a Simitis señalando que este autor “ha iluminado el punto crítico ‘a partir del cual el posible aumento de facultades materiales de acción se convierte en una dependencia’ [...] el cumplimiento de los presupuestos fácticos para una realización de libertades subjetivas de acción, que quepa suponer dotada de igualdad de oportunidades, cambia las circunstancias vitales y las posiciones de poder de modo que la compensación de desventajas queda asociada con un tipo de tutelas, a causa de las cuales lo que en origen pretende ser una autorización para hacer uso de la libertad queda convertido en un tratamiento de tipo asistencial.”³⁰

Esta cita habermasiana de Simitis reviste especial significación en el tema, porque destaca las incidencias del paradigma jurídico cuestionado en el caso específico del derecho familiar. Cuando éste paradigma interviene las relaciones de la familia, como una instancia extraña imponiendo patrones de socialización que se consideran normales o ejemplares, en lugar de promover que los miembros de la familia lleguen ellos mismos a una solución acerca de cómo quieren configurar sus relaciones mutuas. Pues el intento de proteger no debe conducir a exponerlos a más influencias externas en lo que respecta a la dirección de sus vidas. El paradigma propuesto por el autor rescata la interrelación ineludible entre autonomía pública y privada. Sólo sobre la base de la autonomía privada es posible la autonomía política de los individuos y la autoorganización social. A su vez sólo ese autogobierno pone las condiciones para que cada cual pueda ser privadamente autónomo. “El derecho legítimo –dice Habermas- cierra el círculo entre, por un lado, la autonomía privada de sus destinatarios, tratados de modo igual, y, por otro, la autonomía pública de los ciudadanos que, como

²⁷ Habermas J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

²⁸ Op.cit. Habermas, pp.469 a 532.

²⁹ Op.cit. Habermas, p.499.

³⁰ Op.cit. Habermas, nota 45: artículo de S.Simitis titulado “*Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance*”

autores con igual derecho de ese orden jurídico, han de decidir (en última instancia) sobre los criterios de la igualdad del trato”.³¹

De esta forma intenta Habermas con el nuevo paradigma salvar a los otros dos paradigmas, el liberal y el del derecho material. Un programa jurídico se muestra como discriminatorio cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que tienen las desigualdades fácticas; es paternalista cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que implica la compensación estatal de aquellas desigualdades. Concluye afirmando que el paradigma comunicativo del derecho no prejuzga un modelo determinado de sociedad o de vida buena y queda sometido a discusión, bajo las condiciones que él mismo establece. Sólo su núcleo es dogmático,

[...] en esta idea no hace sino expresarse una tensión entre facticidad y validez, que viene dada con el *factum* de la estructuración lingüística de las formas de vida socio-culturales; ‘*dada*’, es decir, que *para nosotros*, que hemos desarrollado nuestra identidad en tal forma de vida, resulta irrebasable.³²

Bibliografía

- BERIZONCE, Roberto, BERMEJO, Silvia y AMENDOLARA, Zulma, *Tribunales y proceso de familia* (Ley 11.453 modificada por ley 12.318), La Plata, Librería Editora Platense, 2001.
- CALAMANDREI, Piero, *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CÁRCOVA, Carlos María, “Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada”, en *Revista Jueces para la democracia. Información y debate* N° 24, Madrid, noviembre 1995.
- “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y de la hermenéutica judicial”, en *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, dirigido por AMEAL, Oscar y coordinado por GESUALDI, Dora, Buenos Aires, Hammurabi – José Luis Depalma, 2001.
- CÁRDENAS, Eduardo, “El proceso de familia en la provincia de Buenos Aires - Notas para interpretar y aplicar la ley 11.453”, en *La Ley*, Buenos Aires, Doctrina, 1997.
- DONZELOT Jacques, *La policía de las familias*, Valencia, Pre-textos, 1979.
- DUBIEL, Helmut, *La teoría crítica: ayer y hoy*, México, Plaza y Valdés, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- FOUCAULT, Michel, *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comp.), *Infancia, ley y democracia*, con prefacio de Luigi Ferrajoli, Bogotá- Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998.
- GARTH, Bryant y DEZALAY, Yves, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, con prólogo de Pierre Bourdieu, Chicago, Universidad de Chicago, 1996.
- GROSMAN, Cecilia, “Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades”, en Wainerman Catalina (comp.), *Vivir en familia*, Buenos Aires, UNICEF-Losada, 1996.
- GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

³¹ Op.cit.Habermas, p.546.

³² Op.cit.Habermas, p.532

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derechos humanos y derecho de familia”, en *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*. André-Jean Arnaud y otros, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- LEFORT, Claude, *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990.
- MORELLO, Augusto, *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*, La Plata, Librería Editora Platense, 1998.
- POPPER, Karl; ADORNO, Théodor, DAHRENDORF, Ralph y HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, México, Grijalbo, 1978.
- RISOLÍA DE ALCARO, Matilde, “La opinión del niño y la defensa de sus derechos”, en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, dirigida por GROSMAN Cecilia, Buenos Aires, Universidad, 1998.
- RODEL, Ulrich; FRANKENBERG, Günter y DUBIEL, Helmut, *La cuestión democrática*, Madrid, Huerga y Fierro, 1989.
- SALANUEVA, Olga, GONZALEZ, Manuela, y CARDINAUX, Nancy, *Familia y justicia, un estudio socio-jurídico de los conflictos familiares*, La Plata, Editorial de la Universidad de la Plata, 2003.
- VASILACHIS DE GIALDINO, Irene, *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*, Barcelona, Gedisa, Barcelona, 2003;
- Métodos cualitativos I. Los problemas teórico-epistemológicos*, Biblioteca de las Ciencias del Hombre, Buenos Aires, CEAL, 1992^a;
- “El análisis lingüístico en la recolección e interpretación de materiales cualitativos”, en FORNI Floreal., GALLART, M. A. y VASILACHIS DE GIALDINO, Irene, *Métodos cualitativos II. La práctica de la investigación*, Buenos Aires, Biblioteca de las Ciencias del Hombre, CEAL, 1992^b.
- VERNENGO PRACK, Rómulo, “Teoría de la confirmación”, en *Doctrina Judicial*, Año V, N° 36, Buenos Aires, agosto 1989.
- VV.AA., *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI. Volumen de Homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David*, Buenos Aires, Depalma, 2001.
- VV.AA., *Derecho de Familia - Familia ensamblada*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, dirigida por Cecilia Grosman, N° 25, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 2003.
- VILLAVERDE, María Silvia, “Los equipos técnicos en el proceso de familia de la provincia de Buenos Aires”, en *Revista de derecho procesal. Derecho procesal de familia –2002-1*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- ZANNONI, Eduardo, “Contienda y divorcio”, en *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia Derecho de Familia*, n°1, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 1989.