

LA FAMILIA EN LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

JOSE LUIS ARAMBURO RESTREPO
Profesor Asociado Universidad Nacional

La familia está cambiando. El derecho de familia, en parte como efecto de los cambios de la familia, en parte por la dinámica del derecho, también es objeto de transformaciones. El derecho en su conjunto, en buena medida por los cambios operados en el derecho de familia, así mismo, está cambiando. Estas son las hipótesis básicas que trabajará, si bien en desorden, este corto ensayo. Cuando hablamos aquí de transformaciones o cambios no nos referimos a las simples derogatorias legales (cuyas orientaciones esenciales, sin embargo, no se pueden dejar de lado). Se trata, por el contrario, de movimientos integrales que sugieren nuevas relaciones entre el derecho, el Estado, la comunidad internacional y la sociedad en su conjunto y principalmente nuevas relaciones entre el derecho y otros instrumentos de control social.

Las relaciones entre los cambios en el derecho en sus nuevas funciones sociales, exigen un nivel importante de interdisciplinaria. Sin embargo, aquí no adoptamos la difundida metodología sociologista o economicista de considerar algún derecho realmente existente compuesto por relaciones sociales determinadas, expresadas en términos de intereses económicos (manifestados a través de clases o sectores sociales), de mirar el derecho como una simple relación productiva o como una exteriorización de los con-

flictos sociales, todo lo cual lleva a hablar mucho de la sociedad pero casi nada del derecho. Personalmente creo que si el derecho se limitara a copiar la realidad sobraría. El derecho es, según lo veo aquí, una expresión cultural de la sociedad con capacidad para hablar por sí mismo.

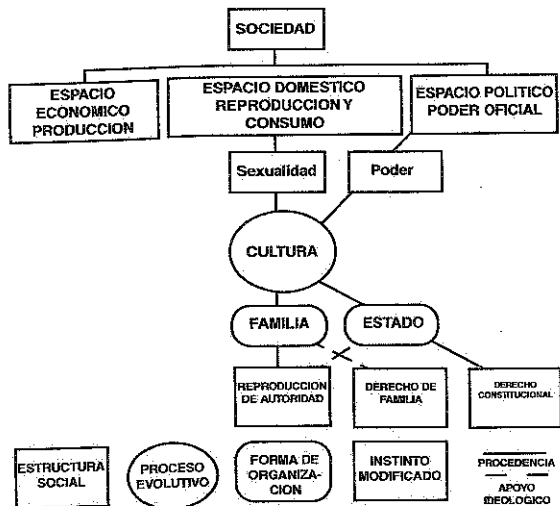
Nuevas relaciones entre el Estado y la familia

El Estado y la familia tienen mucho en común: son expresiones humanas. Ese juicio quizás deje de ser una simple perogrullada después de advertir que lo humano de todas las instituciones que merecen dicho calificativo se deriva de su sustancia - ¿su forma? - cultural. Tanto el Estado como la familia son, en su trasfondo, instintos sometidos, por un proceso de humanización, de civilización, a unas reglas culturales en virtud de las cuales se ha ido superando el estado de naturaleza, que desarrolla una respuesta mecánica e invariable al impulso de los instintos, hacia un "estado de cultura"¹ que prevee un ejercicio aparentemente libre de la escogencia de ciertas variables

1. Me valgo con ciertas reservas, que lo reducido del espacio no me permiten explicar, de la terminología de *Levi Strauss* (Sistemas elementales del parentesco).

socialmente codificadas, cada vez más numerosas y diversas. Sólo que mientras el instinto manejado por la familia ha sido la sexualidad (la tendencia hacia la reproducción), el instinto culturizado por el Estado es el poder (la tendencia hacia la dominación).

Un esquema ilustra mejor esta tesis:



Nos hemos figurado la sociedad como un edificio sostenido esencialmente por tres columnas que representan el espacio productivo, el espacio doméstico y el espacio político. El primero, de una gran importancia en las sociedades modernas, representa la estructura económica de la sociedad. No ahondamos, sin embargo en este espacio, que ha sido materia de numerosas elaboraciones.

Las funciones de reproducción y consumo han estado

asignadas tradicionalmente a la familia. Allí se ha cumplido de manera privilegiada no sólo la reproducción física de la especie sino, lo que no es menos importante, la reproducción cultural de la sociedad. La vida familiar de épocas no del todo remontadas ha sido, ni más ni menos, la cotidiana circulación de la cultura prevalente, revestida de lenguaje, juegos, saberes, imaginarios, cultos, reglas, obediencia. De cultura, en suma.

El derecho tradicional -incluyendo el derecho preestatal- se había basado en una relativamente grande independencia en los distintos sectores entre la autoridad oficial y la familia. Los romanos, por ejemplo, al distinguir por primera vez en, "ius publicum" y "ius privatum", lo hicieron para reconocer dos órbitas de poder soberano, por tanto independientes entre sí. El "Ius privatum" tenía a la vez como objeto y espacio de aplicación a la familia, que era entonces el espacio privado por excelencia, bajo la autoridad más absoluta conocida entonces: la del pater familia (la patria potestas), por oposición al "Ius publicum", sustentado bajo criterios incluso menos omnímodos, que tenía por objeto la Res (cosa) Pública.

El derecho temprano-capitalista, clásicamente estatal, relegó el espacio familiar a una condición ajurídica. El derecho, bajo esa óptica, se componía únicamente de aquellas normas sancionadas y respaldadas por el poder del Estado bajo presupuestos objetivos, por aparatos materiales de coerción. Lo que ocurría entonces en el seno de la familia era materia de una normatividad ajurídica, por cuanto sus normas no tenían una sanción oficial, aunque podían ser sancionadas (lo eran con la mayor frecuencia) por el "poder correccional" del padre, que tenía aún entonces pocas limitaciones. Clásica de esta época es la distinción entre normas jurídicas y normas ajurídicas morales, religiosas, usos y costumbres, etc., que reflejan esa preocupación por delimitar el *derecho* de su *genus proximum*, que era en su esencia el tejido normativo no estatal, originado mayoritariamente en el seno familiar.

"Si el derecho se limitara a copiar la realidad sobraría. El derecho es, según lo veo aquí, una expresión cultural de la sociedad con capacidad para hablar por sí mismo"

Pero en parte por el desarrollo de las "ciencias del comportamiento" en el presente siglo - desarrollos y superaciones de algunos hallazgos del psicoanálisis- y en parte por la crisis de instituciones disciplinarias tradicionalmente funcionales - la religión, la escuela y la familia entre ellas- salió a flote lo endeble - formal- de la distinción entre normas jurídicas y normas no jurídicas. El poder del Estado no se impone, sin más, por sus simples aparatos coercitivos. El "temor" hacia la sanción estatal en que se basa la interiorización del derecho, depende siempre de una figuración de lo bueno y lo malo, que es lo que constituye esencialmente la cultura de una sociedad y que sigue de unas valoraciones éticas que durante mucho tiempo fueron introyectadas convenientemente en el seno de organizaciones funcionalmente diferentes del Estado. La familia, principalísimamente.

Las sucesivas crisis del Estado, que lo han obligado a sofisticar sus mandatos mediante formas cada vez más depuradas de participación ciudadana, ponen de relieve las también repetidas crisis de esas instituciones sociales que tienen como función principal reproducir las bases culturales (inicialmente "ajurídicas") de lo que posteriormente se convierte o se acepta como Derecho.

Es por eso que el derecho, ahora más que nunca, debe preocuparse por las instituciones disciplinarias. Debe apoyarse cada vez más en la escuela y la familia.

No es de extrañar por ello que aún en momentos de

"desregulación" la preocupación estatal por la familia se acentúe día a día. De ahí que la familia (la escuela también) no desempeñe ahora su propia representación. Es parte de la totalidad normativa que promueve el derecho. El hogar doméstico ya no es ese espacio sagrado, oculto ante la vista estatal, donde se transmiten unos patrones culturales en los cuales el derecho nada tiene que ver. Es ahora (más visiblemente con seguridad en el próximo futuro) un espacio de interacción jurídica.

Pero también, y más importante quizás bajo la óptica de las transformaciones del derecho, esa permeabilización de la familia no se realiza bajo la simple fórmula de la regulación jurídica de un espacio privado. Más que ello incluso, es la invasión de la normatividad familiar (la tradicional, que no se consideró jamás jurídica) en el derecho, lo que ha terminado transformando el derecho como tal.

Veamos en detalle ambos movimientos:

Regulación de la vida familiar

Han existido de tiempo atrás normas jurídicas que han reglado el matrimonio. Incluso, por la influencia canónica, en forma mucho más exhaustiva que ahora. También se conocen de mucho tiempo atrás normas sobre la filiación, los derechos alimentarios, las relaciones económicas entre los esposos, derechos sucesorales, etc. Pero a ello se reducía el "derecho de familia" tradicional. Eran, como se puede apreciar fácilmente, reglas de diversos aspectos afines a la relación de la familia con derechos patrimoniales de los individuos, un asunto claramente "privado". Pero no disposiciones que tuvieran el propósito de promover la familia como una realidad jurídicamente relevante, ni mucho menos de ordenar jurídicamente la vida familiar como tal.

No existían, hasta hace relativamente poco tiempo, normas internacionales ni constitucionales que testimoniaran

un interés político supranacional o estatal por la institución familiar, ni esferas específicas de las relaciones familiares: las relaciones de género, de abandono o indigencia familiar. No había, especialmente, un conjunto coherente que atacara como un todo el abandono de los niños, ni normas que dispusieran - a título de promoción o interdicción - sobre educación preescolar, control natal, educación y consejería sexuales, poderes parentales, violencia intrafamiliar, etcétera. El resultado del proceso es que lo que ocurría dentro de la familia, que era algo normalmente exento de regulación jurídica es ahora algo comúnmente regulado.

Internacionalización del Derecho de Familia

Todo este movimiento se refleja y retroalimenta en la internacionalización y constitucionalización del derecho de familia. No es, desde luego, un fenómeno aislado del contexto del movimiento general del derecho en el mundo actual. Por el contrario pertenece, en concreto, a esa tendencia a la consagración institucional - en una escala supranacional - de las insatisfacciones sociales que conforman la llamada segunda generación de los derechos humanos.

Efectivamente esos textos jurídicos internacionales, formalizados desde finales de la década de los sesentas los llamados derechos de contenido social y cultural, cuyos instrumentos más importantes son, en estas latitudes, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados respectivamente por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ins-

"La internacionalización y constitucionalización del derecho de familia, pertenece en concreto, a esa tendencia a la consagración institucional de las insatisfacciones sociales que conforman la llamada segunda generación de los derechos humanos"

trumento suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Los textos que introducen el tema familiar en la órbita de la comunidad internacional, reclaman la preocupación de los estados por la familia en general y por las más importantes de sus relaciones como el matrimonio, la filiación y las responsabilidades parentales. Guardan gran similitud entre ellos:

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, que contiene la más extensa declaración sobre el particular, expresa:

"Los estados parte en el presente pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges...".

Una glosa de este texto subraya el que la importancia de la familia se relleva "mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo", es decir, en cuanto transmisora de patrones sociales.

El artículo 23 incluye una declaración genérica, que predica la protección por parte de la sociedad y el Estado de la familia como "elemento natural y fundamental de la sociedad". Una disposición casi idéntica es la consagrada en el artículo 17 del Pacto de San José.

Otros instrumentos internacionales recaen sobre aspectos relevantes en las transformaciones familiares como los derechos de las mujeres y de los niños. Bastante recientes son, en este contexto, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención de derechos del niño.

Nuevas relaciones de género

Un componente significativo en los pactos internacionales sobre derechos humanos es la tendencia igualitarista. Esta ha elevado al discurso de los derechos humanos la igualdad entre los géneros, en un proceso de varias etapas, con un último peldaño en la Convención sobre la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por las Naciones Unidas por Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979 (incorporada a la legislación colombiana mediante Ley 51/81). Antes de ese instrumento, diversas declaraciones formales y expresiones normativas, habían reconocido la igualdad de la mujer en aspectos patrimoniales del hogar doméstico, en los derechos políticos, en la seguridad social, en el acceso educativo, en las relaciones laborales, en las responsabilidades y derechos parentales, en el régimen penal.

Estas manifestaciones jurídicas se produjeron en el contexto de todo un movimiento socioeconómico de acceso masivo de la mujer a la producción. No fue, claro está, un reemplazo de los hombres en las labores productivas, por parte de las mujeres, ni un relevo en el hogar; mucho menos una liberación de las consideraciones de sexo en la diversidad doméstica, que hubieran eliminado la dominación en las relaciones de género, sin desconocer la diversidad. La igualdad, en éste como en los demás casos, signifi-

"Las declaraciones internacionales que valoran la familia, predicán su protección por parte del Estado y resaltan la importancia de instituciones familiares como el matrimonio, la protección a los menores y los respaldos estatales a medios de sustento económico familiar"

có, al menos en adición a la reivindicación jurídica, una extensión de la órbita de influencia mercantil. El hogar doméstico, antes de la éjida femenina, era al menos ese pequeño espacio donde se elaboraban "valores de uso". Los oficios domésticos desempeñados por la mujer tenían, en efecto, ese discreto encanto artesanal lo hecho en casa, lo que le comunicaba a la familia un carácter de oasis del rigor capitalista. Es justamente esa vacancia en la administración doméstica lo que constituye la base material de la crisis en la funcionalidad social de la familia. No se entienda lo dicho como un llamado a la "vuelta a casa de las mujeres", una nostalgia del patriarcado, la impugnación de un proceso ya irreversible. Es el reconocimiento, sí, del

valor profético que tuvieron las advertencias de Margaret Mead sobre la trampa igualitarista en que caía el feminismo norteamericano parangón en el mundo de comienzos de años treinta: un reclamo de las mujeres a ser explotadas en igualdad de condiciones con los hombres, del que tanto el capitalismo intervencionista como el socialismo imperantes se valieron para salarizar el espacio doméstico y completar así su proyecto totalitario.

Constitucionalización del Derecho de Familia

Siguiendo el flujo natural en la corriente de los derechos humanos (en este caso, reiteramos, los de la segunda generación), las declaraciones internacionales que valoran la familia, predicán su protección por parte del Estado y resaltan la importancia de instituciones familiares como el matrimonio, la protección a los menores y los respaldos estatales a medios de sustento económico familiar, pronto pasaron a las constituciones escritas, donde ocupan un lugar importante del simbolismo constitucional. Es precisamente esta corriente la que aconseja documentar al más

alto nivel jurídico los propósitos que constituyen carencias o insatisfacciones sociales.

Una mínima exégesis de las disposiciones constitucionales colombianas, dentro del contexto suramericano, ilustra esta nueva significación jurídico política de la familia.

Dice el Art. 5o. de nuestra Carta:

"El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y ampara la familia como institución básica de la sociedad".

Esta norma, por su ubicación en el Título I que trata "de los principios fundamentales" y por coexistir con la declaración sobre la garantía estatal a "los derechos inalienables de la persona humana", indica el nuevo estatus que se le quiere dar a la organización familiar como un elemento esencial en la conformación de una nueva juridicidad.

Dicho texto se apunala con la del Art. 42, disposición con la que comienza el capítulo segundo de título segundo "De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales", con la declaración inicial de que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad".

Declaraciones similares se han incorporado en la mayoría de las constituciones políticas del mundo moderno y reflejan la inclusión de las instituciones familiares en el discurso de los derechos humanos.

Para mencionar las suramericanas únicamente, estas contienen dos tipos de textos que relievan todos ellos la importancia política de la familia:

a) Célula (o núcleo) fundamental de la sociedad declaran a la familia las constituciones de Colombia (5 y 42), Ecuador (25), Paraguay (81) y Venezuela (73).

b) Base de la sociedad se declara a la familia en las constituciones brasilera (226) y uruguayaya (40).

Las declaraciones sobre el carácter de "célula fundamental de la sociedad" que se le atribuye a la familia es un llamado, hacia la reconstrucción del espacio familiar perdido en la sociedad posmoderna. En efecto, al margen de cualquier debate sobre la reconstrucción de la familia (entendida al menos en su modelo tradicional), es interesante notar cómo las declaraciones sobre la importancia familiar incluidas en casi todos los textos constitucionales recientes, ponen a flote justamente ese reflujó de la familia, al menos en sus modelos conyugales tradicionales, en nombre del auge en formas de sexualidad nuevas, donde el esquema familiar basado en el matrimonio solemne, de consentimiento instantáneo, monogámico, heterosexual, rígido y estable, es paciente pero seguramente reemplazado por alternativas familiares basadas en uniones informales, provisionales o por lo menos susceptibles de ágil extinción, sujetas a consentimiento permanente, refrendado precisamente por la supervivencia de intereses objetivos (casi siempre económicos), diferentes de la simple procreación y que admiten el homosexualismo y la pluriconyugalidad.

"En realidad, el derecho de menores actual obedece a una nueva concepción del derecho de familia, en el cual el parentesco y las relaciones familiares no son lo esencial"

Los textos anteriormente citados se complementan con declaraciones (aún formales) de protección a la institución familiar.

Las constituciones argentina (14 Bis) y boliviana (193), formulan sin mediación dicha protección. En algunos casos se especifica el ámbito de protección como una promoción moral, cultural, económica y social (Paraguay y parcialmente Ecuador y Uruguay). En otros (Argentina y Colombia) se habla de protección "integral". En la constitución colombiana hay mención al patrimonio de familia y en la argentina a la "defensa del bien de la familia" y a la "compensación económica familiar".

Derechos tradicionalmente personales como el derecho a la intimidad (Art. 15) y el derecho a la libertad (art. 28), han sido extendidos a la familia. Esta adscripción, al igual que las responsabilidades, parecen consagrar la familia como un sujeto de origen constitucional.

Se podría calificar de impropia la consideración de la familia como un sujeto, con fundamento en la tradicional concepción de que la personalidad supone alguna forma de representación y no parece claro quién representa la institución familiar, como tal, independientemente de los miembros incapaces de la familia; por ejemplo, en una familia nuclear en la cual los hijos, siendo mayores de edad no han contraído matrimonio, no parece muy claro que sus padres (o alguno de ellos en ausencia del otro) pudieran representar al supuesto ente familiar, con lo cual carecería de unidad la entidad familiar. Esta no sería, sin embargo, una consideración definitiva: las personas jurídicas formadas bajo la forma societaria no implican necesariamente representación única (los socios representan a la sociedad a falta de otra forma de representación).

La existencia de un patrimonio de familia, cuya titularidad está sujeta a restricciones dispositivas, parece reafirmar la existencia jurídica de la familia independiente de las personas de sus miembros. Aunque la consagración de la entidad de la familia poco significado práctico en el mundo actual, sí puede dar lugar a formas de transacción

del poder del Estado, que debe volver a ceder parte de sus responsabilidades y poderes sociales en esta y otras comunidades organizadas.

En contraprestación, a la familia se le asignan deberes confiados al Estado benefactor. La familia ahora es responsable, junto con el Estado y la sociedad de los derechos de los menores (Art. 44) y la tercera edad (Art. 46).

Técnicas de natalidad y reproducción

Por los límites de este trabajo no podemos más que hacer referencia a un tema que justifica, él sólo, un nuevo ensayo. Quién puede dudar hoy día de la virtualidad de las técnicas natales o antinatales - incluyendo aquí los avances en la seguridad de los abortos- en la transformación de las relaciones familia/sexualidad responsabilidad/procreación. Se objeta que dicha virtualidad pertenezca aún el terreno de las excepciones y que modifique únicamente relaciones presentes casi exclusivamente en los sectores más avanzados del capitalismo. El argumento, sin embargo, no desvirtúa el valor paradigmático de dichos avances técnicos dentro de los objetivos de este trabajo. Si hemos de indagar en las tendencias del derecho de lo actual a lo probable, no podemos menos que interrogar procesos que se encuentran quizás hoy en un estado embrionario pero que permiten intuir su desarrollo en desmedro del derecho tradicional.

El proceso de generalización de métodos seguros de natalidad es hoy en día un hecho y condicionan y se acuerdan con algunos de los cambios en el derecho de familia que inciden en unas nuevas producciones de la juridicidad. Los problemas originados por el arrendamiento de vientres, la manipulación genética de embriones destinados a procedimientos de procreación asistida y la conflictividad derivada de la congelación de materiales genéticos, han

"Otra de las razones por la cual la familia es cada vez menos una institución privada -políticamente insignificante- porque ha adquirido la función de "conducto regular" que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado"

dado lugar a un conjunto de problematizaciones ético-jurídicas, ventiladas incluso a niveles supranacionales.

Extensión de la familia a las instituciones estatales

Uno ha sido pues el movimiento tendiente a juridizar el espacio familiar. Otro, que para el propósito de este trabajo consideramos más importante, es el de llevar el modelo familiar a instituciones estatales. Se trata, sin duda, de verdaderas prótesis de la familia, donde quiera que determinadas funciones que había satisfecho en un pasado no remoto, han dejado de ser cumplidas cabalmente.

El abandono de los menores, más que una simple justificación, es el fenómeno más impactante de este proceso. La legislación relativa a los menores representa, en efecto, el caso más claro de evolución de una normatividad intrafamiliar. Hasta hace poco tiempo la aproximación jurídica a los menores tenía que ver simplemente con relaciones de parentesco (las que en muchos casos no interesaban propiamente a los menores sino después de crecer). Era la vocación hereditaria de los menores o el derecho a reclamar alimentos lo que motivaba alguna preocupación estatal. En Colombia el ICBF tuvo, en su constitución, la orientación esencial de protección de menores en derechos

esencialmente patrimoniales derivados del parentesco o, en el mejor de los casos, en la promoción de fórmulas privadas de reconstrucción del amparo familiar, como lo es la adopción. Incluso el régimen penal de los menores era una expresión del respeto estatal hacia la autonomía familiar.

Actualmente las cosas han cambiado y tienden a cambiar mucho más. Se ha discutido, formalmente con razón, en la pertenencia de la legislación de menores al derecho de familia. En realidad, el derecho de menores actual obedece a una nueva concepción del derecho de familia, en el cual el parentesco y las relaciones familiares no son lo esencial. Es por el contrario, la idea de suplir a la familia como comunidad de parentesco, de crearle reemplazos o sucedáneos, lo que motiva muchas de las instituciones de este nuevo derecho de familia y la necesidad de afrontar el abandono infantil como un hecho social, en forma estratégica e integral, mueve a una nueva legislación de menores, apuntalada en el principio constitucional de prevalencia de los derechos infantiles.

Desde luego lo esencial de las preocupaciones cambia según se trate de países avanzados o periféricos. En unos el "abandono" se asocia más con la desprotección moral y cultural; en otros con la miseria. Pero en unos y otros el fenómeno es el mismo. Los menores cuentan cada día menos con sus padres y demás parientes en cuanto a sus subsistencia primaria, a su educación temprana, a su consejo y apoyo. El Estado y la sociedad en general cuentan menos en que esas relaciones de parentesco resuelvan los medios de vida y los problemas de socialización de niños y adolescentes. El abandono material y moral es cada vez más frecuente y la deficiencia en la interiorización de patrones culturales es mucho más generalizada.

Todo ello se refleja, en nuestro medio como en cualquier país periférico, en normas que por primera vez hacen responsable al Estado del abandono de los menores, que desligan su penalidad del medio familiar, que limitan su actividad productiva (clásicamente confiada a la libre disposi-

ción de sus padres) que regulan la educación preescolar - tradicionalmente doméstica -, que valoran y reglamentan la educación sexual (el viejo "...es hora de hablarle ya a nuestro hijo..."), etc. Quizás aún no nos importe validar, como en los Estados Unidos o la Gran Bretaña, la consejería sexual y en control natal a menores, por parte de expertos, en contradicción a la secular facultad de formación parental; o que no establezcamos centros de ayuda a menores en caso de abortos, lo que supone una aceptación del fenómeno social jurídicamente incontralado, como en los casos francés, suizo o italiano. Pero no dudó que algún día lo vamos a hacer.

Políticas sociales y crisis de las legitimidades

Otra de las razones aunque no una cualquiera por las que la familia es cada vez menos una institución privada políticamente insignificante es porque ha adquirido la función de "conducto regular" que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado. La seguridad social, los servicios públicos y de salud, la vivienda social, los subsidios de educación y crédito y, en general, la mayoría de los recursos destinados a paliar o a ocultar las desigualdades sociales tienen que llegar hoy en día mediados por la institución familiar, como en épocas de auge del Estado benefactor lo fueron por la relación laboral (como formas de "salario indirecto").

"El escenario óptimo del poder en el mundo actual ya no es la organización política, como lo fue en la génesis de la modernidad, ni es la fábrica como lo ha sido hasta comienzos de la posmodernidad: es la escuela, es la familia, son los grupos de control, donde el poder se puede disfrazar más de persuasión paciente, obediencia racional, autoregulación y autocontrol "

Es presupuesto de esa función eliminar distinciones de fondo entre familia "legítima" (fundada en matrimonio válido) y las formas de familia de hecho, pues el crecimiento de esta última entre sectores populares así lo exige. La paradoja sirve para entender algunos de los tránsitos del derecho actual: la crisis de la legitimidad jurídica se aprovecha en esta como en muchas otras ocasiones para extender el radio de acción del derecho.

Dentro de este proceso, la constitución colombiana, acogiendo una tendencia a la affectio maritalis en la constitución de la pareja el el mundo moderno, no reconoce una particular importancia al matrimonio, sino, por el contrario, lo presenta, junto con la voluntad responsable de conformar una familia, como una de las formas de constitución familiar. Sin embargo, sí define las bases del matrimonio, particularmente en relación con el régimen anterior. Asigna una competencia esencial a la Ley civil (por oposición al derecho canónico) en la regulación de los requisitos y consecuencias del matrimonio, aunque conserva la competencia eclesiástica en la declaración de la nulidad de matrimonios efectuados por el rito religioso.

Familiarización del mundo productivo

No podemos dejar de referirnos en forma tangencial a los procesos productivos en auge. La japonización de las relaciones de producción e intercambio, que enfatizan los elementos intangibles de la propiedad empresarial, basan

la pertenencia del operario a la empresa en la asunción de ésta de su cotidianidad, asignada tradicionalmente al confín familiar. Términos sacros como Kaisen occidentalizado como calidad total - son integrados a las técnicas empresariales para romper por la vía cultural el peso de la alienación del trabajo, basada en una delimitación presencia entre la existencia cotidiana y el trabajo productivo.

No es difícil, bajo una conveniente preparación cultural, imaginar en que ese lindero entre el espacio productivo y el espacio doméstico desaparezca incluso físicamente en un futuro no remoto: el auge de las comunicaciones y su integración a los desarrollos técnico-económicos, permiten, aún hoy en día en sectores pilotos de la producción, que la presencia simbólica del operario supla su presencia real en el sitio de trabajo.

La flexibilización como característica de las transformaciones en el derecho laboral, al lado de nuevas formas jurídicas de negociación colectiva caracterizadas por formas de participación en la gestión empresarial son instrumentos preparatorios en ese propósito estratégico de hacer del lugar de trabajo algo "familiar".

Derecho de la empresa familiar

Adicionalmente, la flexibilización en el derecho que recoge y desarrolla la flexibilización en los actuales procesos económicos, toca a la organización familiar, asignándole funciones productivas, desconocidas dentro de una rigurosa formación capitalista. Un nuevo derecho empresarial familiar redefine ciertas materias jurídicas en función de regular la actividad económica independiente desarrollada en el interior del hogar doméstico. Aspectos subjetivos o societarios - que le dan la forma a personas productivas familiares- comerciales, laborales, tributarios, administrativos y de comercio exterior legalizan incentivos no solamente estatales sino internacionales a la familia productiva.

La maquila, en el mundo periférico, es el caso más generalizado de utilización de la promoción de la familia en la flexibilización productiva: los capitales trasnacionales emplean mano de obra nacional de pequeñas unidades productivas, normalmente familiares, en países atrasados, para realizar partes del proceso fabril, aprovechándose así de una fuerza de trabajo más barata y la elusión de los riesgos propios del salario indirecto del derecho laboral. Los países donde la maquila se ha generalizado ven en ella una forma de elevar los niveles de empleo y de ingresos (además de un incentivo a la reconstrucción familiar) y la estimulan laboral y fiscalmente.

El derecho de familia y el derecho de población

El poder en el mundo actual tiende a no ser ya el poder de las consecuencias; un poder que se ejerce por medio de sanciones a conductas. Ya no es un poder coercitivo o sancionatorio de efectos, como lo ha sido tradicionalmente. Es un poder que busca ser preventivo y disciplinario. La paulatina sofisticación cultural del poder, que es el sello de su evolución, define sus nuevos lineamientos que lo llevan del terreno de la sanción laboral, policial, carcelaria o pecuniaria a los más sutiles de la educación, la propaganda y los estímulos. Alcanza así privilegiadamente a las esferas de la vida disciplinaria.

El escenario óptimo del poder en el mundo actual ya no es la organización política, como lo fue en la génesis de la modernidad, ni es la fábrica como lo ha sido hasta comienzos de la posmodernidad: es la escuela, es la familia, son los grupos de control, donde el poder se puede disfrazar más de persuasión paciente, obediencia racional, autoregulación y autocontrol.

El derecho ya no es tanto el dictado de unas reglas sancionadas en el confín del Estado, ni unas regulaciones

colectivas de intereses productivos. Tiende a ser principalmente el conducto regular de una racionalidad disciplinaria, donde participan instancias tecnocráticas con un fin común: crear comunidades uniformadas, masificadas y autocontroladas en sus formas de disidencia.

Por eso el derecho de población es el nuevo paradigma. Primero suministra un sabio juego de sanciones y promociones a la natalidad y a las migraciones, que distribuyen socialmente los recursos financieros y técnicos en la reproducción de la vida, eliminando ab initio muchos de los riesgos del poder coercitivo. Segundo, al canalizar esfuerzos oficiales y privados en la extensión de técnicas antinatales, promueve la liberación de la sexualidad de la responsabilidad parental, provee de una valoración de la sexualidad/placer que, articulada con la "recreación dirigida", canaliza el tiempo humano hacia los símbolos pasivos de la felicidad.

El derecho de familia y la actividad profesional de los abogados

El ejercicio profesional en el derecho de familia, tal como se empieza a delimitar en los tiempos actuales, presenta

un modelo de lo que puede ser en un futuro no remoto la actividad de los abogados en todas las áreas del saber jurídico. La interdisciplinariedad, precoz en esta disciplina en relación con áreas tradicionales del derecho, empieza a malear el pensamiento jurídico. La preparación para el juicio lógico formal, de una hermenéutica que se agota en el texto legal, ya no es suficiente en la formación del abogado. Su diálogo con otros profesionales, como los psicólogos, médicos, sociólogos, trabajadores sociales, con métodos de disciplinas diversas, perfila a los abogados hacia habilidades de negociación, transacción y síntesis. Contesta, además, el rigor verbal, propio de la formación universitaria jurídica, en aras de una terminología multi-disciplinaria. Lleva a los abogados, en fin, del aislamiento aquiescente de las competencias judiciales y profesionales rigurosamente individuales y jerarquizadas, a la sinergia del trabajo en equipo de grupos y comités. Con estas nuevas exigencias la formación profesional del abogado actual es, en la mayoría de los casos, insuficiente para interactuar o competir con éxito con profesionales de otras disciplinas sociales, tal como viene ocurriendo en la gestión empresarial.²

2. Omito deliberadamente las referencias bibliográficas, que darían una errónea idea de corresponder a un texto acabado. En lugar de eso, este puede ser un esquema preliminar de un trabajo por emprender.