

# DEMOCRATIZACIÓN DE LA FAMILIA Y SU INCIDENCIA EN LOS VÍNCULOS JURÍDICOS FAMILIARES

ÚRSULA C. BASSET<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Hace un par de años, tuvo lugar en Lyon, Francia, la quincuagésimo tercera Conferencia Internacional de la *International Commission on Couple and Family Relations*. Ese año se abordó el tema “Families and democracy. ¿Compatibility or incompatibility? ¿Opportunity or challenge?”.<sup>2</sup> Recuerdo mi perplejidad. Poco después de esta conferencia, advertí que la cuestión había calado en alguna doctrina nacional y de hecho constituía uno de los probables modelos ideológicos que inspiraron la “Ley de protección integral del niño, la niña y el adolescente” (ley 26.061). Desde entonces, se trata para mí de una asignatura

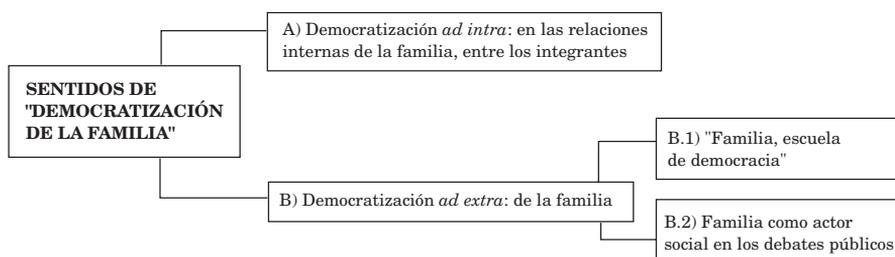
<sup>1</sup> Abogada (UBA). Investigadora, Becaria y Docente (UCA). Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Doctoranda (UCA). Curso de especialización en Derecho de Familia (UCA).

<sup>2</sup> En realidad, el antecedente debe ser remitido probablemente a la controvertida *Declaración de Sanya*, organizada por la Comisión de planeamiento familiar y población de China, como confrontación a la plataforma de la reunión contemporánea mantenida en Doha. Recordemos que la Conferencia Internacional de Doha (Qatar) fue organizada como broche de cierre del 10º aniversario del año internacional de la familia, decretado por la ONU. La *Declaración de Doha* fue tomada en cuenta por la Asamblea General de la ONU por resolución del 6/12/2004 (A/RES/59/29).

pendiente, cuyos esbozos de comprensión trataré de compartir con ustedes esta tarde.

## 2. Tres sentidos posibles de democratización

De acuerdo con una de las principales comunicaciones del congreso mencionado en el párrafo anterior, podemos mencionar tres sentidos de la democratización, según el cuadro que se presenta a continuación:



El caso A se refiere a la democratización *en* las relaciones intrafamiliares. Este sentido de “democratización de la familia” fue el que tuvo mayor recepción en la doctrina nacional. Supone que la democracia –en tanto que sistema de gobierno– debe aplicarse tanto al Estado como a la familia. En este primer sentido, concentraremos nuestra contribución. Sin embargo, señalemos los dos sentidos restantes.

El caso B se refiere a la “democratización” de las relaciones de la familia *con la sociedad*. Por amor a la simetría, podríamos llamarlo “democratización en las relaciones extrafamiliares”. Ha tenido dos repercusiones sustanciales, una de las cuales no ha tenido relieve y la otra sí.

La primera de las dos podría rotularse bajo el lema “*familia: escuela de democracia*” (B.1). La familia, en su función de transmisora de la cultura, tendría a su cargo hacer cundir las ideas que sustentan el sistema de gobierno democrático. Consistiría su tarea en realizar una propaganda política *ad intra* para reclutar nuevos demócratas a futuro, que garanticen la continuidad del sistema. Es un contenido más bien político, y no jurídico. Este sentido fue el que se tomó en la *Declaración de Sanya*, del año 2004.

La segunda forma de entender la “democratización” *ad extra* sería concebir a la familia como un actor social, legitimado en la participación institucional en los debates públicos (B.2). El expositor que sostuvo este sentido de la “democratización de la familia” insistía en que una auténtica democratización implicaría que la familia estuviera legitimada a participar en los debates de las políticas públicas que le conciernen.<sup>3</sup> Es un contenido esencialmente político y no jurídico, pero en su enunciado contiene una seria puesta en cuestión de la formación de las leyes sobre la familia.

Como adelantamos, en esta comunicación abordaremos sustancialmente el caso A, es decir, el sentido que se refiere a la democratización de las relaciones intrafamiliares, pues es el que más relevancia tiene para el derecho de familia.

### **3. Dos modelos de democratización de la familia**

Según señalábamos más arriba, el sentido A de “democratización de las relaciones intrafamiliares” significaría la aplicación de la forma de gobierno democrática, a la institución familiar. A continuación, expondremos dos cristalizaciones de los modelos de democratización intrafamiliar.

#### **3.1. El modelo de Anthony Giddens**

Probablemente, la primera formulación de esta forma privatista de concebir la democratización de la familia debe encontrarse en el sociólogo inglés contemporáneo Anthony Giddens, en su libro de 1994 *The transformation of intimacy*.<sup>4</sup> La teoría de Giddens adscribe a un formato liberal de pensamiento.

Giddens sostiene que *el nuevo horizonte de la democracia es avanzar sobre la intimidad*. Esta última debe ser democratizada.

<sup>3</sup> PAS, Hermann: “Family and participation in decision-making in society”, conferencia pronunciada en la *53 th International Conference “Family and Democracy...”*, Lyon, 7-10 de junio de 2006.

<sup>4</sup> Publicado en 1994, por la editorial Cambridge. No pudimos consultar la lengua original. Ofrecemos la traducción castellana: GIDDENS, Anthony: *La transformación de la intimidad*, Madrid, Cátedra, 2006.

El *punto de partida para tal democratización es el respeto del “principio de autonomía”*. Por principio de autonomía Giddens entiende “la realización feliz del proyecto reflexivo del yo personal”. La realización del proyecto del yo personal es condición para relacionarse en forma igualitaria con los demás.<sup>5</sup>

La base de la democracia es “la implicación recíproca de los cónyuges en las condiciones de su asociación matrimonial”, que puede incluir la distribución de tareas y funciones de cada uno de ellos (aquí hay que aclarar que, si bien el lenguaje en general es impreciso, el autor insiste en puntualizar que se refiere a uniones heterosexuales y eventualmente al matrimonio). Es decir que, para Giddens, *la familia se funda permanentemente en un pacto* que implica a ambos integrantes de la pareja. El pacto que da origen a la familia es abstracto, no necesariamente tiene una formulación real (histórica).

La democracia de la intimidad supone un *diálogo abierto permanente “sin absolutos éticos”*. Se trata de un trasvasamiento unívoco a la esfera familiar de los debates que se dan en los foros públicos, en la democracia política. Para que el debate sea *totalmente* abierto, para Giddens es necesario que no haya absolutos éticos<sup>6</sup> que limiten el diálogo. Las normas éticas absolutas condicionarían la totalidad del diálogo.

Giddens reconoce que es necesaria la *autoridad* en la familia, pero la concibe como una “*especialización funcional* que recae en el miembro más idóneo de la familia para ejercerla, en virtud del acuerdo. No se le escapa que los niños –sobre todo los de temprana edad– no están en condiciones de discutir las pautas de su propia educación. Resuelve este inconveniente sosteniendo que las *pautas educativas deben ser capaces de justificarse por “la lógica de los hechos”*. En otras palabras, Giddens formula la ficción de que los niños, si fueran adultos, estarían de acuerdo con las pautas educativas, porque son lógicas.<sup>7</sup>

La democracia íntima requiere *responsabilidad*. La responsabilidad significa que todos los derechos tienen como contrapartida una obligación.

<sup>5</sup> Ob. cit., pág. 174.

<sup>6</sup> Ibídem, pág. 175.

<sup>7</sup> Ibídem, pág. 174.

Para Giddens, la *globalización* es un fenómeno altamente positivo y la familia es un obstáculo para el progreso de la globalización, porque funciona como un caparazón para sus miembros.<sup>8</sup>

En síntesis apretada, ésta es la propuesta de Giddens. Veamos, pues, el segundo modelo de “democratización de la familia” propuesto por Alessandro Baratta.

### **3.2. El modelo de Alessandro Baratta**

Este segundo modelo de democratización de la familia proviene de la escuela crítica. Para analizar este segundo modelo, tomaremos como paradigma la formulación que propone Alessandro Baratta, prolífico autor italiano contemporáneo, que se inició en la vertiente del derecho penal, pero que consagró sus últimos años a la aplicación de los derechos humanos a la niñez, con especial atención a su realización en Latinoamérica.

Baratta sostiene que “la democracia es buena para los niños” y “los niños son buenos para la democracia” (en estos lemas se condensan los sentidos que enunciamos como A y B.1).<sup>9</sup> La transición hacia la democratización de la infancia lleva desde la doctrina de la situación irregular (“del niño al menor”) a la *doctrina de la protección integral* (“del menor al ciudadano”). Se trata de un paradigma anunciado pero aún no realizado acabadamente.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> “We continue to talk of the nation, the family, work, tradition, nature, as if they were all the same as in the past, but they are not. They are what I call shell institutions. They are institutions that have become inadequate for the tasks they are called upon to perform”. GIDDENS, Anthony: “Globalization: An irresistible force”, en *Daily Yomiuri*, 7/6/1999, <http://www.globalpolicy.org/globaliz/define/irresfr.htm> (consultado el 20/5/2008). Semejantes ideas son las que expuso en su obra *Runaway world: Globalization is reshaping our lives*, publicada en Nueva York, Routledge, 2000.

<sup>9</sup> “Volvamos la vista a nuestras dos valiosas proposiciones: la democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia”. En BARATTA, Alessandro: “Infancia y Democracia”, pág. 1, punto 1, escrito que integra el *Curso a distancia sobre secuestro internacional de menores* del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (OEA), [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%204.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%204.pdf) (consultado el 28/5/2008).

<sup>10</sup> “El segundo axioma, al contrario, sugiere la transición desde el paradigma de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral de niños y adolescentes”, ob. citada.

Para Baratta, la democratización será posible en el marco de la igualdad, cuando el niño sea *ciudadano*, en el pleno ejercicio de derechos que emergen de esa condición (económicos, sociales, civiles, pero sobre todo, políticos). Para alcanzar *la democracia, los niños deben ser “empoderados”*. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió con otros procesos de empoderamiento, el empoderamiento de los niños sufre *tres anomalías*:

- 1) Los niños *no son parte contratante del pacto social de la modernidad*.<sup>11</sup> En otras palabras, los niños encuentran protección en el estado civil, pero no son parte del pacto que da origen a esa protección.
- 2) La lucha de los niños por su igualdad *está desvinculada de la lucha por el reconocimiento de su diferencia*. Para los niños, según Baratta, el argumento de la diferencia produjo beneficios mínimos, puesto que se basa en una dialéctica de oposición niño-adulto, en donde el niño es lo incompleto y el adulto es el modelo de su compleción. Esta dialéctica desfavorece las potencialidades de los niños.
- 3) *La lucha de los niños no ha sido conducida por niños, sino por adultos*.<sup>12</sup>

Si bien Baratta señala que la lucha de los niños, a diferencia de otras luchas por la igualdad, no tiene antagonista, en realidad, aclara que eventualmente *los antagonistas en la lucha de clases que libran los niños son los adultos*, quienes son los mismos que supuestamente conducen esa lucha en su beneficio.<sup>13</sup> Así, los adultos han incurrido en la omisión probablemente interesada de no desarrollar el derecho a la participación política de los niños.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> “En primer lugar, la exclusión de los niños del pacto social en la actualidad se da como una exclusión explícita y programada del pacto social de la modernidad: una exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no sólo es de hecho sino también de derecho”, ob. citada.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> Ídem. Incluso denuncia que una interpretación “literal y estática” de la convención lleva a cercenar la participación de los niños en los procesos, solamente a aquellos asuntos que les conciernen y modalizada por el principio de maduración gradual. Esta opinión quedaría, por lo demás, sujeta a la hermenéutica que hicieran de ella los adultos, en función del principio del superior interés.

En lo referido a la familia, Baratta aboga por la *participación de los niños en el pacto familiar*, por medio de una *libertad de opinión sin restricciones*. Ésta consiste en que los *adultos estén obligados a escuchar, aprendiendo de los niños*.<sup>15</sup>

A diferencia de Giddens, Baratta sostiene que la *globalización* amenaza el proceso de empoderamiento universal del niño ciudadano, particularmente por la desigualdad que produce en los ámbitos más empobrecidos, como Latinoamérica.<sup>16</sup>

#### **4. Problemas que plantean los modelos de democratización**

Si comparamos los dos modelos, advertimos inmediatamente que existen varias semejanzas entre las dos teorías. A continuación, intentaremos problematizar los modelos de la “democratización familiar”, a partir de las semejanzas que presentan ambos. Para ello, hemos destacado cinco problemas.

##### ***4.1. Problema 1. Los fines de la familia: interés individual vs. interés familiar***

Los dos modelos de democratización se asemejan en la *fragmentación de la perspectiva sobre la familia*: los integrantes de la familia son considerados como individuos que pujan por la realización de sus derechos, unos contra otros, para realizar finalidades personales. Las finalidades personales en Giddens son subjetivas y privadas (proyecto reflexivo del yo). En Baratta, la finalidad consiste en que cada individuo adquiera participación directa en la vida política. En ambos casos, la semejanza está dada por el postulado de una *relación capilar del Estado con los niños y el desmantelamiento de la familia como cuerpo intermedio*.

El modelo de Giddens propone como primer principio de la democratización de la familia el principio de autonomía, como realización personal. En el modelo de Baratta, la ciudadanía plena de los niños se apoya en una lucha de clases, que se da en el seno de la familia,

<sup>15</sup> Ob. citada.

<sup>16</sup> Ídem.

donde niños y adultos aparecen como antagonistas. La realización de los niños se da en la realización exitosa de la lucha de clases por la ciudadanía plena.

Ahora bien, en ambos modelos *falta un proyecto común de la familia*, superador e inclusivo de los proyectos individuales. La perspectiva sobre la familia, en ambos modelos, es fragmentaria. Probablemente la concepción fragmentaria e individualista de la vida familiar sea una exigencia teórica del modelo de la democracia. Una de las expositoras en el congreso que mencionamos, al principio sostuvo que familia y democracia son dos términos semánticamente incoherentes, porque mientras que la democracia como forma de gobierno persigue una relación intrínsecamente capilar con cada uno de los miembros de la sociedad, la familia actúa como una institución que repele esa capilaridad, en la protección de la intimidad y privacidad familiar.<sup>17</sup>

En el caso de Giddens, la tendencia disolvente de la familia es expresa. Según señalamos, él mismo sostuvo que la familia era un obstáculo para el bien de la globalización, porque ella obraba como un caparazón para sus miembros.<sup>18</sup> En lo que se refiere a Baratta, su modelo teórico francamente prescinde de la perspectiva de familia como elemento de análisis, la cual se presenta instrumentalmente y eventualmente como sociedad antagonista de los derechos de los niños.

En síntesis, el primer problema de los modelos de democratización intrafamiliar es que su realización supone una visión fragmentaria e individualista de la familia, que se opone a las nociones de protección de la familia o del interés familiar, en lo que parece ser una exigencia teórica del modelo. De esta manera, causa menoscabo indirecto a los derechos de los niños.

<sup>17</sup> Ponencia presentada por S. Anandalakshmy (Ph. D. Bala Mandir Foundation, Chennai, India), "Parenting in a democracy: opportunity and challenge", en *53th International Conference "Families and Democracy"*, Lyon, 2006.

<sup>18</sup> "We continue to talk of the nation, the family, work, tradition, nature, as if they were all the same as in the past, but they are not. They are what I call shell institutions. They are institutions that have become inadequate for the tasks they are called upon to perform". GIDDENS, Anthony: "Globalization: An irresistible force", ob. citada. Semejantes ideas son las que expuso en su obra *Runaway world: Globalization is reshaping our lives*, ob. citada.

## **4.2. Problema 2. La fundación o principio constitutivo de la familia: El mito del pacto o asociación vs. institución espontánea o natural**

En los dos modelos, la *fundación o principio constitutivo de la sociedad política y de la sociedad familiar son artificiales* (no espontáneas o naturales) y deben buscarse en el pacto. En ambos modelos teóricos, la familia se fundaría en un pacto o asociación ahistórica o mítica.

La fundación de la familia en un pacto responde a una realidad: el matrimonio *es un contrato*. Pero lo cierto es que el matrimonio *no es solamente* un contrato, también es una *institución* que nace a partir del otorgamiento libre del consentimiento matrimonial. El matrimonio une indisolublemente estas dos facetas: se ingresa contractualmente, pero prestado el consentimiento, se cristaliza la institución matrimonial. La exigencia teórica de la democratización tiene una lógica consecuencia: El contrato sin institución hace reflorar vigorosa la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. De esta manera, los modelos de democratización no dan adecuada cuenta de la relevancia de la familia en la sociedad ni de los aspectos que deben ser tutelados por el orden público. Esta perspectiva es contraria al renovado interés que se percibe en la familia como fundación estratégica. Volveremos sobre este aspecto más abajo.

En síntesis, el segundo problema que presentan los modelos de la democratización es que fragmentan lo que en el derecho se entiende como una unidad: la doble dimensión del matrimonio. De esta manera, descuidan la relevancia que tiene la familia para la sociedad y las razones que motivan la tutela por el orden público. La dimensión institucional del matrimonio ha sido reconocida en numerosos tratados internacionales.

## **4.3. Problema 3. La tensión de igualdad y autoridad**

Los dos modelos de la democratización familiar, *al referirse a la "igualdad", lo hacen en un sentido literal y unívoco*, a diferencia del más sutil concepto análogo que fue producto de la elaboración jurídica civilista y constitucional.<sup>19</sup> Ambos modelos coinciden en *advertir*

<sup>19</sup> Ver, p. ej., la lúcida cita de MÉNDEZ COSTA al respecto: "No es exacto que se desplace la igualdad en las relaciones familiares porque alguna o algunas de las con-

*la dificultad de la implicación de los niños en el pacto fundacional.* Dado que el tipo de igualdad literal y unívoca difícilmente puede ser aplicada (sin analogía) a niños y adultos, les es indispensable recurrir a construcciones *ad hoc* para justificarla. Para Giddens, ésta se instrumenta por la ficción de la “lógica de los hechos”; si el niño fuera adulto, adheriría a las pautas educativas. En cambio, para Baratta, la participación es representativa y se hace por medio de la escucha y el aprendizaje de los adultos de los derechos de los niños.

*Respecto de la autoridad,* ambos modelos sientan posiciones divergentes. Baratta no se refiere a la idea de autoridad, la que, por los fundamentos teóricos de su modelo, implica un antagonismo desigual en el marco de la lucha por la igualdad, que debe ser oportunamente superada. El igualitarismo de Baratta parece inclinarse por una democracia total. Giddens, en cambio, sostiene la igualdad relacional. Pero no se le escapa que en la familia, como en la democracia, es necesaria la autoridad. Alguno de los dos cónyuges, como producto del diálogo abierto sin absolutos éticos, ha ido recibiendo la especialización funcional de ser autoridad.<sup>20</sup>

---

secuencias que se producen, o algunas de las funciones que se reconocen, sean de fuente o ejercicio unipersonal”, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa: *Principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 214. Ver también *passim*.

<sup>20</sup> La palabra “autoridad” deriva del latín *auctoritas*, y ésta, a su vez, de *augere*: hacer crecer, hacer progresar. En su sentido tradicional, el *auctor* debía ser antes que nada servidor. La palabra en romance “autoridad” tiene su origen presumiblemente en el siglo XIII. Siempre fue concebida (en sentido clásico) como una autoridad-servicio, limitada por la objetividad de los deberes hacia cada uno de los integrantes del grupo familiar. Esta autoridad estaba limitada, regida, por una ley trascendente de todo ordenamiento positivo, que exigía que esa autoridad se utilizara con la finalidad de “hacer crecer”, de “no contristar a los hijos”, etcétera. Curiosamente, la palabra “autoritarismo” tiene su origen recién en el siglo XV, cuando comienza a surgir una disociación entre la verdad y la ley. Lo cierto es que sólo al separar la ley de la verdad, y establecer la formulación positiva de la ley en el ámbito de la subjetividad, pudo caerse en formas absolutistas de autoridad, voluntaristas, separadas de los derechos humanos, que trascienden toda formulación positiva. Paradójicamente, el sentido de democracia como puro subjetivismo podría ser una formulación de un nuevo absolutismo, sin una ley previa a todo derecho escrito, que garantice que los derechos fundamentales de las personas están más allá de su posición en la familia y más allá de toda ley de cualquier Estado.

Igualdad y autoridad deben convivir en las relaciones de familia. La autoridad que se ejerce en desmedro de la igualdad jurídica<sup>21</sup> de los integrantes de la familia es abusiva<sup>22</sup> y se convierte en autoritarismo. Pero, para que se conserve la igualdad jurídica, es necesario que todos los integrantes de la familia tengan los mismos derechos humanos. Y aquí es necesario retomar una vez más el tema de la *autonomía*. El límite de la autodeterminación y de la autonomía en las relaciones familiares son los derechos humanos de sus integrantes, único límite auténtico al autoritarismo. Por eso, los modelos de democratización, en tanto que no impongan limitaciones objetivas a las relaciones familiares, correrán el riesgo de encarnar nuevas formas de autoritarismos velados. Volveremos sobre este punto más abajo.

En cambio, el modelo que propone el Código Civil Argentino está en las antípodas de este riesgo y parece garantizar mejor los derechos de los niños en las relaciones familiares. El art. 264 dispone: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y hasta que sean mayores de edad”. En el Código, la autoridad sería un deber emergente de las reglas de parentesco, de ambos padres, en servicio a sus hijos. La autoridad parental queda así limitada y refrendada por los derechos humanos básicos de los niños y esta forma de concebirla es la que, según mi aviso, mejor excluye toda posibilidad de autoritarismo.

En síntesis, el tercer problema de los modelos de la democratización familiar consiste en concebir la igualdad en forma unívoca. Esto obliga a construcciones teóricas *ad hoc*, que hacen desvanecer los límites que imponen los derechos humanos a toda forma de ejercicio de la autoridad en las relaciones de familia. Esta concepción subjetiva de autoridad que ofrece la democratización es riesgosa, porque podría derivar en nuevas formas de autoritarismo.

<sup>21</sup> Que es analógica y no unívoca.

<sup>22</sup> Sobre el abuso de la patria potestad, ver las luminosas páginas escritas por MÉNDEZ COSTA, María Josefa: ob. cit., pág. 393 y ss.

#### **4.4. Problema 4. La tensión entre autonomía individual y universalidad de los derechos humanos**

Ya anticipamos, al tratar el problema de igualdad y autoridad, el riesgo que genera un concepto de autoridad que no sea limitado por derechos humanos absolutos. Podría significar la caída en nuevas formas de autoritarismo.<sup>23</sup>

El modelo teórico de Giddens, como dijimos, aboga por un diálogo sin absolutos éticos y por la autonomía y autodeterminación funcionales de las relaciones familiares, sin límite alguno. Si bien Baratta no trata directamente estas cuestiones, al referirse a los niños, considera que los adultos no deben manipular su libertad de opinión, sino aprender de ellos. Por otra parte, se refiere explícitamente a la “encarnación cultural” de los derechos humanos. De esta forma, la apertura del criterio muestra una amplitud semejante a la de Giddens.

La cuestión se torna más espinosa, si aplicamos este modelo teórico a una gama de casos de gran complejidad. Como es sabido, en nuestro país hubo al menos dos casos, a mi aviso, de abusos de menores por sus padres, en los que el abusador fue exculpado alegando el multiculturalismo. En estos casos, la carta de derechos de los niños quedó sujeta a la elección subjetiva de un sistema de valores, por la autodeterminación de los padres, en un marco cultural dado. Esto último resulta especialmente dificultoso y conflictivo, en orden a la garantía de los derechos humanos fundamentales de los niños.

Analicemos, por ejemplo, el caso que tuvo lugar en Salta.<sup>24</sup> Allí un hombre abusó de su hija de 10 años en reiteradas ocasiones y la

<sup>23</sup> También señalamos que el ordenamiento jurídico argentino cuenta con numerosos resguardos de los derechos de los niños. Podríamos completar el texto del art. 264 del C.C. con el límite máximo establecido al ejercicio de la patria potestad, que es su privación. El Art. 307 establece que por afectación de la “seguridad, la salud física, psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia” (3º párrafo, Código Civil); por ser autores de un delito contra los hijos o instigador de un delito de los hijos; o por abandono de los hijos (íd. párrafos 1º y 2º), los padres podrían ser privados de su autoridad parental. En tanto, la ley 26.061 ha previsto restricciones parciales al ejercicio de la patria potestad, en las medidas de protección.

<sup>24</sup> También debe mencionarse un caso análogo que tuvo lugar en Bariloche, en el año 2002. En ese caso, un hombre mantenía relaciones con sus dos hijas menores, de las que comenzó a abusar cuando ellas tenían doce años, bajo amenazas. Las niñas concibieron hijos suyos. El fiscal retiró la acusación, alegando “error o ignoran-

dejó embarazada. El abogado del abusador alegó que en la cultura wichi, a la que pertenecía el progenitor, los padres podían iniciar sexualmente a sus hijas menores.<sup>25</sup> En esa ocasión, la “niyat” de la comunidad wichi de Honhat Le’les (de Embarcación, Salta), Octorina Zamora, sostuvo indignada: “Es realmente una aberración pensar que el pueblo wichi acepta el abuso sexual de las niñas como una costumbre ancestral”.<sup>26</sup> Sin embargo, la Suprema Corte de Salta consideró que “el abuso es una pauta cultural” y dejó en libertad al abusador.

Abogados de abusadores, abusadores y niños víctimas. Una carta de derechos de los niños que depende del color de la piel y de la comunidad racial... Se trataría de una forma novedosa de autoritarismo cultural. Los padres, por autodeterminación, podrían privar a los niños de sus derechos humanos básicos. Y no sólo por multiculturalismo, sino por el diálogo autónomo sin absolutos. La posición de Giddens me parece, por lo menos, peligrosa, en este punto.

En síntesis, el cuarto problema de los modelos de democratización de la familia consiste en que la autonomía y autodeterminación de los sujetos de las relaciones familiares podría implicar una garantía desigual de los derechos humanos. Según la teoría del diálogo sin absolutos éticos y de la justificación de las pautas educativas “por la lógica de los hechos”, los niños podrían ver gravemente menoscaba-

---

cia de hecho no imputable, por razones de relativismo cultural. El psicólogo forense sostuvo, en una adhesión implícita al modelo de la asociación autónoma e implicativa de Giddens, que “no se trata de pautas personales, caprichos, posiciones o intereses personales, sino de comportamientos propios de una sociedad en relación con *estándares culturales aceptados por el grupo*”. El caso fue resuelto por la Cámara Segunda en lo Penal, en la que uno de los jueces adhirió al fiscal explícitamente, el segundo adhirió sin fundamentar y el tercero adhirió dejando constancia de su desacuerdo, ya que “constituye lisa y llanamente el ilícito de violación, sin que ningún relativismo cultural pueda venir en auxilio del autor” (voto del juez Edgardo Camperi). La noticia fue publicada en la dirección virtual de la página Infancia y Juventud, dirigida por el Dr. Atilio J. Álvarez: [http://www.infanciayjuventud.com/anterior/polemica/2003/enero\\_diversidad\\_cultural.html](http://www.infanciayjuventud.com/anterior/polemica/2003/enero_diversidad_cultural.html) (consultado el 27/5/2008).

<sup>25</sup> Suprema Corte de Justicia de Salta, “C/C R., J. F. - Recurso de Casación”, Expte. N° CJS 28.526/06, 29/9/2006.

<sup>26</sup> CARBAJAL, Mariana: “La dirigente wichi que acusa a la Corte salteña por discriminación”, en <http://www.scba.gov.ar/prensa/Noticias/02-07-07/La%20dirigente.htm> (consultado el 27-5-2008).

dos sus derechos humanos en las relaciones familiares, como sucede en los casos de multiculturalismo.

#### **4.5. Problema 5. El problema del uso de modelos en el derecho de familia**

Los modelos son herramientas hermenéuticas útiles para comprender los fenómenos jurídicos. El modelo teórico se fundamenta en una razón de semejanza o analogía entre éste y el fenómeno que pretende describir. El modelo es apropiado o inapropiado, según se verifique o no esta razón de semejanza.

La limitación principal de la herramienta es que, por definición, no agota nunca la esencia del fenómeno que pretende describir. Por eso, la pretensión de que el modelo agote la esencia es ya una falacia del modelo. En otras palabras, cuando un modelo tiene pretensión de ser exhaustivo, en las ciencias prácticas –como la política o el derecho– se convierte en una ideología.<sup>27</sup>

Al aplicar la herramienta de los modelos a realidades tan trascendentes para la vida humana, como la familia, lo primero y principal es entender que el fenómeno jurídico familiar (y la familia) está más allá de todo modelo. La ciencia jurídica familiar debe tomar noticia de sus limitaciones y de las limitaciones de la aproximación a la familia por modelos.

En síntesis, el quinto problema que plantean los modelos teóricos de la democratización de la familia es su propia limitación como herramienta hermenéutica. Si el modelo no toma noticia de la excedencia de la familia y tiene pretensión de ser universal, corre el riesgo de deformar a la familia en la aplicación, es decir, ser iatrogénico y convertirse en una ideología, al modo de una superestructura artificial, sin relación con la realidad que busca describir y regir.

<sup>27</sup> Tomamos el concepto de ideología de Jean Paul RICOEUR, particularmente de los artículos “Hermenéutica e ideología” y “Ciencia e ideología”, todos compilados en *Del Texto a la Acción*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001. Para el concepto de ideología, puede consultarse también MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio: *El renacer de las ideologías. Ensayo sobre la génesis, estructura y recurrencia del ideologismo político*, Mendoza, Idearium-UM, 1984.

## 5. Conclusiones. Familia, democracia y Derecho de familia

Recapitulando nuestra exposición: El modelo de la democratización como instrumento ha evidenciado diversas fallas.

En primer lugar, no satisface una visión integral de la familia como un bien para los individuos que la componen. El fin del derecho de familia es el bien de la familia, que debe implicar una convergencia del bien de sus integrantes con el bien de la sociedad. En este sentido, más allá de todo modelo hermenéutico o normativo, la protección de la institución familiar debe ser un objetivo primordial: a) hermenéutico –como decía María Josefa Méndez Costa en una trascendente colaboración suya– y b) político-jurídico del derecho de familia. En este sentido, el modelo de la democratización resulta deficitario, ya que cercena la dimensión de la unidad de la familia, desmenuzándola en individualidades sin una finalidad común.

En segundo lugar, la autonomía familiar, ya sea entendida como principio fundacional de la familia (contractualismo) o como modo de autodeterminación, debe quedar siempre sujeta a los principios de jerarquía superior. Los derechos humanos deben limitar toda forma de autodeterminación en las relaciones familiares, para que éstas no se transformen en nuevas formas veladas de autoritarismo que menoscaben los derechos de los integrantes, especialmente de los niños. En particular, los derechos humanos deben ser iguales para todos, sin discriminación por raza o condición. El modelo de la democratización es débil en este punto, ya que no logra asegurar pautas de garantía objetiva del diálogo intrafamiliar. Tampoco da cuenta del necesario condicionamiento de las autonomías familiares por el orden público, en orden a la garantía de los derechos fundamentales en juego.

En tercer lugar, el modelo de la democratización desconoce la dimensión institucional de la familia, como gozne entre el individuo y la sociedad.

En síntesis, el modelo de la democratización de la familia presenta dificultades de compatibilidad con dimensiones esenciales que surgen de la protección de la familia, como fenómeno jurídico y como fenómeno político-jurídico.

## 6. Epílogo

Los modelos crítico y liberal parecieran diferenciarse sustancialmente en la valoración que ambos tienen de la *globalización*. Baratta resiste el

sentido giddensiano de globalización, pero tanto Baratta como Giddens coinciden en la universalización (globalización positiva) de los derechos de los niños, aunque ello consista (Baratta) en una encarnación cultural de cada comunidad. Sin embargo, Baratta tiene pretensiones de universalidad de su propia perspectiva.

En especial, este último punto demuestra una coherencia sustancial de ambos modelos. Esta congruencia y similitud de los dos modelos ha sido puesta de manifiesto en un importante trabajo presentado ante la OEA, intitulado *Globalización y Convención de los Derechos del Niño*. En aquel trabajo, bajo dos sugerentes capítulos centrales, “Gobernabilidad global y derechos humanos” y “El texto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el contexto de la gobernabilidad”, su autor señala la convergencia de los dos modelos, en orden a la universalización de un modelo de gobernabilidad globalizada.<sup>28</sup>

Esto nos conduce a una pregunta abierta, que no será posible responder en esta comunicación. Una de las mayores preocupaciones reflejadas en aquel congreso lionés acerca de “Familia y Democracia” fue precisamente evidenciar el riesgo de totalitarismo que implicaba el modelo de la democratización. Esto nos recuerda el revés de la trama: la democratización de la familia ¿no será un camino hacia nuevas formas de policía de las familias? ¿No abrirá acaso las puertas a nuevas formas de estatización de la infancia?

<sup>28</sup> PILOTTI, Francisco: *Globalización y Convención de los Derechos del Niño*, Washington, OEA, 2000, pág. 36.