



*“ANÁLISIS DE LA CIENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA:
COMIENZO, AVANCES Y EVOLUCIÓN.”*

Alumno: Darío Serafino.

Tutor: Verónica Castro.

Título a obtener: Abogado.

Carrera: Abogacía.

Fecha: Septiembre 2020.

AGRADECIMIENTOS

A mis papás que me enseñaron el respeto y el valor de la educación en todo el sentido de la vida. Pero sobre todo a mi mamá, que fue mi guía desde que tengo conciencia, siendo la mujer más fuerte que he conocido. Dándome apoyo, confianza en todo lo que me he propuesto. Y a la que le debo todo, la base de este análisis y el enfoque sobre la mujer fue inspirándome en ella.

A mi hermana que a pesar de su discapacidad siempre está a mi lado con una sonrisa cuando la necesito y es la pequeña luz que nunca se apaga.

Al resto de mi familia que siempre fueron incondicionales, pero sobre todas las cosas a mis abuelos que son mis segundos padres, que me han criado también y me han dado todo. Yo aquí pudiéndole devolver algo de todo lo que me dieron que es la alegría de este título.

A mi compañera de vida, que ha sido mi otro yo en esta travesía que es la Abogacía y siempre ha estado para mí, agradecido a la vida de haberla encontrado.

A la Dra. Verónica Castro, quien me ha brindado su ayuda y predisposición desde que inicié con el proyecto, dando una confianza necesaria para estas ocasiones.

RESUMEN

El presente trabajo final tiene como objetivo realizar un análisis sobre el concepto del “*Derecho de Familia*”, haciendo un repaso en el cambio de paradigma a lo largo del tiempo y el por qué de su mutación.

Al ir desarrollando esta temática veremos que su transformación trajo consigo consecuencias como el cambio de varios aspectos referidos a lo que tradicionalmente conocíamos como “Familia” y no hablamos solo en su concepto en sí, sino en algo más profundo que abarca más allá de ello. Ocurre que la palabra *familia* tiene enraizados movimientos sociales, políticos, culturales, religiosos y, por qué no, económicos.

También, a lo largo de la presente investigación veremos el gran avance de la mujer relacionado con las cuestiones de derechos y el rol dentro de la familia.

Mientras estemos en el análisis de la temática veremos cómo varias instituciones fueron cambiando. Estas modificaciones tienen que ver por sobre todas las cosas con el contexto social, para luego avanzar con el estudio de las generaciones y fundamentándonos en la Sociología del Derecho.

Por último, me gustaría analizar como en otros países hay código propio de Derecho de Familia, y es en mi entender que va acorde con mi propuesta superadora para este trabajo, que es que se le dé más visión a esta rama del Derecho, más allá de la que tiene debido a los constantes cambios que transcurre con la misma con el paso del tiempo y cómo influye en nuestras vidas.

Si debemos definirlo en base a lo que se ha relatado, o acotarnos a realizar un resumen en una frase, podríamos decir que la realización de este trabajo se reduce a DERECHO, REALIDAD y SOCIEDAD.

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La temática por abordar a lo largo de este trabajo de análisis se encuentra ligada a una realidad que es muy actual hoy en día, en lo que respecta al Derecho de las Familias, la Sociología. A consecuencia de ello en la sociedad suceden cambios de paradigmas que dejan expuesto y en evidencia a un derecho que muchas veces resulta vetusto.

Se ha elegido *Familia* como eje central para la redacción del presente, ya que se puede concluir que es la rama del derecho que posiblemente más cambios ha sufrido a lo largo del tiempo, respecto a los cambios de paradigmas, pero también es el área que más se ha acoplado de una manera correcta a estas nuevas visiones.

Los conflictos son naturales al hombre y a su vida en sociedad, es por esto que se realizará un análisis desde el punto de vista de la Sociología y en qué situación se encuentra hoy, ya que su estudio desde esta perspectiva es de una gran importancia. Esto ha contribuido a llegar hoy a una mentalidad más amplia a la hora de entender la realidad Jurídica.

Estas actualizaciones que ha tenido nuestro ordenamiento con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015, fue un gran avance para nuestra sociedad, fundamentalmente si focalizamos en Derecho de Familia.

No hay que dejar de destacar que el derecho es el conjunto de reglamentaciones, leyes y resoluciones, enmarcadas en un sistema de instituciones, principios y normas que regulan la conducta humana dentro de una sociedad, con el objetivo de alcanzar el bien común, la seguridad y la justicia.

Es por ello que si realizamos una síntesis de lo analizado hasta aquí, podemos concluir en que el Derecho de las Familias es un derecho en constante movimiento, con una transformación directamente ligada a los cambios sociales que surgen sin dudas año a año. De modo que a lo largo del presente trabajo lo explicaremos y haremos hincapié en el mismo.

OBJETIVOS

Generales:

- ❖ Analizar el concepto de Derecho de las Familias, sus cambios y sus paradigmas.
Analizar desde la Sociología del Derecho la realidad que sucede en la sociedad actual.

Particulares:

- ❖ Analizar en materia de familia:
 - La historia de la familia a lo largo del tiempo.
 - Los derechos obtenidos por las minorías.
 - El fin de la visión biologicista y Iusnaturalista de la familia como único modo.
 - La mujer y su consolidación de derechos.
 - Los cambios de paradigmas en el Derecho de las Familias.

- ❖ Analizar en materia de Sociología:
 - El origen de la Sociología.
 - Qué es la Sociología del Derecho.
 - Los fundadores del pensamiento.
 - Los paradigmas.
 - La sociología en la actualidad.

- ❖ Analizar la sociedad actual:
 - El derecho en la realidad actual.
 - El ligamiento de la sociedad para con el derecho.
 - Los paradigmas en la sociedad actual.
 - Las generaciones nuevas y el derecho.

MARCO TEÓRICO.

El derecho es, a mi entender y por sobre todo el motivo de por qué elegí esta carrera, una ciencia en constante movimiento y no sólo eso, sino además una ciencia que se complementa con el estudio de diversas aéreas.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos variadas ramas por las que se puede encuadrar el presente trabajo:

Con respecto al Derecho de Familia, puede ser abordada desde el Derecho Romano ya que es aquí donde podemos analizar su origen y los primeros pasos a lo largo de la historia, enlazándolo con nuestro actual ordenamiento, que es el Código Civil y Comercial, y demás leyes complementarias a la materia.

Por último, la Constitución Nacional en su artículo de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, en lo que concierne a la materia de familia.

Desde la Sociología del Derecho nuestro encuadre se basa en libros de los autores de esta ciencia.

Con respecto a la sociedad actual, nuestro enfoque es en el “*Derecho y realidad*”. Es el derecho comparado, con respecto a una Argentina moderna a la Argentina existente en la posmodernidad, con todo lo que ello significa y su avance que impacta directamente en la sociedad.

Todo esto que se ha detallado, será abordado también desde una visión paradigmática. Es decir, analizar estrictamente el paradigma y sus cambios, basándonos en la Metodología del Derecho.

INTRODUCCIÓN.

La relación entre derecho y realidad se encuentra signada por tensiones y vaivenes sociales y políticos que denotan las fuerzas y luchas de poder que yacen dentro de los diversos discursos de los que se compone el universo jurídico.

A lo largo de la historia la concepción de *familia* no se mantuvo inalterable, sino que fue mutando a medida que los cambios poblacionales, políticos, económicos, religiosos y culturales fueron teniendo lugar en las diversas esferas sociales. En este sentido las concepciones tradicionalmente naturalistas de la familia, o dicho en otros términos biologicistas, fueron cediendo antes nuevas realidades familiares más diversas y complejas.

Entendemos que el concepto jurídico de *familia*, al igual que el de matrimonio o el de filiación, es una construcción social, una creación cultural y, como tal, cambiante; por ello, resulta inadecuado hablar de “*familia*” como una creación netamente natural o esencial, entendida esta como un modelo único, universal e inmutable. Las diversas formas que ha ido adoptando a lo largo de la historia nos obligan a expandir las fronteras de las estructuras jurídicas existentes hacia el reconocimiento una pluralidad de “*familias*”.

Debemos destacar que el reconocimiento de diversas formas familiares no implica desvalorizar a la familia como núcleo primario en la organización social, ni negar que la misma constituye el primer nivel de integración social del individuo. Su primera escuela, un lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura, modales y visión primario del mundo.

Lo que se busca es el “amolde” la “integración” de estos nuevos paradigmas, de modo que se torne un hecho cotidiano.

Luego, cada individuo de la sociedad puede tener una opinión al respecto, tanto negativa o positiva, pero el objetivo de esta Tesis no es esto. Nos centramos en el objetivo principal que es el análisis de esta materia que es tan importante como fundamental en la vida del ser humano.

CAPÍTULO I

“EL PASO DEL TIEMPO EN EL CONCEPTO FAMILIA”.

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. La familia en el Derecho Romano.**
- 3. El “pater familias”.**
- 4. Extinción de la patria potestad en el Derecho Romano.**
- 5. La emancipación.**
- 6. La mujer en el Derecho Romano.**
- 7. Conclusión.**

1. Introducción.

Como ya se mencionó en la introducción, en esta investigación el objetivo no es la desvalorización de la figura de la familia tradicional, sino el análisis de los reconocimientos que han turbado a lo que conocíamos como “familia” y su cambio de paradigmas.

La idea de la presente tesis es analizar todo aquello que sea necesario para arribar al entendimiento de nuestro objeto de estudio, enfocándonos en los cambios de paradigmas respecto a la familia y para ello es muy importante partir desde la base, es decir desde su historia. Y esta historia nos envía a Roma.

2. La familia en el Derecho Romano.

En el Derecho Romano existían cuatro acepciones para la familia: *Familia Agnaticia*, *Familia Cognaticia*, *Familia Gentilicia*, *Familia por Afinidad*. (Fernandez Baquero, 2012)¹

Se entendía por **familia agnaticia** al conjunto de personas bajo la misma potestad doméstica, o que lo estarían si el común pater no hubiese muerto, por línea de varón (hasta el sexto grado). Así, por ejemplo forman parte de la familia agnaticia de un individuo bajo la potestad de su abuelo (*avus*): su padre (*pater*), su tío paterno (*patruus*), su hermano (*frates*), su hijo (*filius*), el primogénito de su tío paterno (*frater patruelis* o *patruelis*) así como el hijo de éste (*nepos ex patruelis*) o su propio nieto (*nepos*), así mismo todos los varones adoptados por el pater familias. La muerte del ascendiente no implica la disolución del vínculo hasta el sexto grado.

Se entendía por **familia cognaticia** al parentesco por consanguinidad natural. Es decir, las personas vinculadas por la procreación y el nacimiento.

Se compone de un tronco común y dos líneas:

¹ FERNANDEZ BAQUERO, María Eva. “Concepción de la familia desde el punto de vista de los vínculos personales: *agnatio* y *cognatio*.” en “Definición jurídica de la familia en el Derecho Romano”. Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012. Universidad de Granada. Pág. 152

- Línea recta: Aquellos que descienden unos de otros. Puede ser ascendente o descendente. Por ejemplo: padre, hijo, nieto, bisnieto, etc.
- Línea colateral: Aquellos que no descienden unos de otros pero tienen un tronco común. Por ejemplo: hermanos.

En el ejemplo expuesto en el anterior punto, formarían parte de la familia cognaticia del individuo señalado todos los anteriores señalados además de la abuela (*avia*), la madre (*mater*), la hija (*filia*), la hermana (*soror*), la tía paterna (*amita*), el tío materno (*avunculus*), la tía materna (*matertera*), la hija del tío paterno (*soror patrueilis*), el hijo y la hija de la tía paterna (*amitinus* y *amitina*), el hijo y la hija del tío materno (*matrueilis*), el hijo y la hija de la tía materna (*consobrinus* y *consobrina*), y sus descendientes.

Se entendía por **familia gentilicia** el conjunto de personas que tenían en común la misma base que la *familia agnaticia*, es decir, la gens. Sin embargo, se consideran grados más lejanos, con la condición de que los involucrados se sientan parientes.

Se entendía por **familia por afinidad** aquella compuesta por uno de los cónyuges y los *agnados* o *cognados* del otro.

3. El “pater familias”.

Más allá de los distintos tipos de familias que había en el Derecho Romano, todo se centraba en una sola cosa y ello era el “*pater familias*”.

El pater familias era el ciudadano independiente, este era el que ejercía la autoridad y todos los mandos de la casa; el pater familias nunca podía ser una mujer siempre era un hombre bajo su control estaban todos los bienes y personas que pertenecían a la familia; la persona física que tenía atribuida la plena capacidad jurídica para obrar según su voluntad y ejercer la patria potestas, la manus, la dominica potestas y el mancipium sobre, respectivamente, el resto de personas alieni iuris que estaban sujetas a la voluntad, sobre la mujer casada, los esclavos y otros hombres.

El concepto anudado a la capacidad jurídica (*caput*) consistía en la posesión de los tres estados (*status*) de libertad, de ciudad libre, ciudadano y cada persona física que gozaba de los tres estados civiles, con plena capacidad jurídica y de obrar, libre, ciudadano y jefe de familia

El poder del *pater familias* era llamado *patria potestas* —*patria potestad* en español—. La *potestas* (potestad o poder) es distinta de la *auctoritas*, que también es tenuta por el *pater*. Bajo la Ley de las XII Tablas, el *pater familias* tenía *vitae necisque potestas* (poder de vida o muerte) sobre sus hijos, su esposa y sus esclavos, de todos los cuales se decía que estaban *sub manu* —bajo su mano—. (Fernandez Baquero, 2012)²

Para que un esclavo se convirtiera en un ciudadano libre, tenía que ser liberado «fuera de la mano» del *pater familias*, de ahí los términos *manumissio* y *emancipatio*. Por ley, en cualquier circunstancia, su palabra era absoluta y final. Si un hijo no era querido, bajo la ley de la República Romana tenía el poder o potestad para ordenar la muerte del niño por exposición.

También tenía el poder para vender a sus hijos como esclavos; la ley romana preveía, sin embargo, que si un hijo era vendido como un esclavo tres veces, dejaba de estar sujeto a la *patria potestas* y el poder de aprobar o rechazar matrimonios de sus hijos e hijas; sin embargo, un edicto del emperador romano Augusto «proveía» que el *pater familias* no pudiera negar ese permiso levemente.

Solo un ciudadano romano disfrutaba del *status* de *pater familias* y solo podía haber un hombre ejerciendo el oficio dentro de un hogar. Los hijos varones adultos seguían estando bajo la autoridad de su padre mientras este viviera, y no podían adquirir los derechos de un *pater familias* al menos, en teoría legal, toda su propiedad era adquirida a cuenta de su padre, y él, no ellos, tenía la autoridad última para disponer de ella. Quienes vivían en su propia casa a la muerte de su padre adquirían el *status* de *pater familias* sobre sus respectivas casas.

Con el tiempo, la autoridad absoluta del *pater familias* tendió a debilitarse, y derechos que teóricamente existían no eran aplicados ni se insistía en ellos.

² FERNANDEZ BAQUERO, María Eva. “Concepción de la familia desde el punto de vista de los vínculos personales: *agnatio* y *cognatio*.” en “Definición jurídica de la familia en el Derecho Romano”. Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012. Universidad de Granada. Pág. 153

La palabra familia deriva del latín familia, literalmente el conjunto de los famuli (fámulos o siervos), aquellos que tienen una relación de dependencia del jefe de familia, el paterfamilias. En la antigüedad, en el concepto latino se yuxtaponían la familia iure proprio y la familia domestica. La primera no tenía relación con el parentesco, se encontraba vinculada con relaciones de tipo político-económico y religioso; la segunda se fundaba en la consanguinidad. El paterfamilias era el jefe absoluto de ambos que disponía, como cosas de su propiedad, no solo de los bienes y de los esclavos, sino también de la madre y del hijo.

Más tarde, la familia perdió importancia como entidad política y se convirtió en patriarcal, acogiendo más generaciones de consanguíneos bajo el mismo techo. El poder del 'paterfamilias' sobre su familia era limitado por la ley y por familia se entendía ahora el conjunto de los esclavos que pertenecían al mismo propietario. (Fernandez Baquero, 2012)³

4. Extinción de la patria potestad en el Derecho Romano.

En principio, la patria potestad tenía carácter de perpetuo y por ello la mayoría de edad del hijo no le ponía fin. Aun así hubo acontecimientos fortuitos que hacían imposible su ejercicio tales como la muerte del pater, causa natural de extinción; la capitis deminutio maxima, que lo convertía en esclavo, y la «media», que le hacía perder la ciudadanía, porque la patria potestad solo era ejercitable por los ciudadanos romanos.

A estas causas de extinción se le agregan otras de origen antiguo, como la elevación del hijo varón a sacerdote de Júpiter y a la mujer a virgen vestal, y en el derecho justinianeo el desempeño de funciones públicas de importancia, como si el hijo fuera designado miembro del consejo imperial, cónsul, prefecto pretorio, etc. También la patria potestad del pater se extinguía si aceptaba ingresar al hijo de otra familia por adopción o a las hijas por la convenio in manu. (La guía 2000, 2007)⁴

³ FERNANDEZ BAQUERO, María Eva. “Concepción de la familia desde el punto de vista de los vínculos personales: *agnatio* y *cognatio*.” en “Definición jurídica de la familia en el Derecho Romano”. Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012. Universidad de Granada. Págs.157 a 160.

⁴ LA GUÍA 2000. “La Patria Potestad en Roma”, en Edad Antigua, Roma. Julio de 2007.

5. La emancipación.

La emancipación (emancipatio) entrañaba un acto de liberación de la patria potestas realizado por la voluntad del pater. Por interpretación pontifical de la norma de las XII Tablas, si el pater quería eximir de la potestad al hijo varón, lo vendía ficticiamente tres veces, con los ritos de la mancipatio, a la persona de su confianza (coemptionator) con el compromiso de manumitirlo. La tercera manumisión llevaba consigo la ruptura de la potestad, pero el tercero adquiría, como consecuencia, el derecho de patronato, de tutela y de sucesión sobre el filius. Para evitar tales efectos, el coemptionator se obligaba por un pactum de fiducia a remanciparlo al pater para que este fuera el que lo manumitiera. Ello le daba al padre los derechos de patronato, tutela y sucesión sobre el hijo emancipado. Para las hijas y nietos fue suficiente una sola venta.

Para simplificar este procedimiento, el emperador Anastasio creó la llamada emancipatio Anastasiana. Poco tiempo después, Justiniano I autorizó la realización de la emancipación por declaración hecha ante un magistrado. El efecto inmediato de la emancipación era convertir al filius familias en sui iuris, es decir, en persona libre de potestad. Le producía una capitis deminutio minima, convirtiéndolo en jefe de una nueva familia. El emancipado adquiría plena capacidad jurídica, por lo cual podía ser titular de un patrimonio propio. La emancipación tenía carácter de irrevocable, solo podía quedar sin efecto cuando el hijo fuera culpable de ofensa, injurias o malos tratos inferidos a su padre. (López, 2018)⁵

6. La mujer en el Derecho Romano.

Y con respecto a la mujer... ¿Qué sucedía?

La mujer aparece como compañera y cooperadora del hombre romano. Está a su lado en los banquetes, comparte con él la autoridad sobre los hijos y criados, y participa también de la dignidad que tiene su marido en la vida pública. Pero esta libertad no

⁵ LÓPEZ, J.A.P. “Cesación: «capitis deminutio», «emancipatio»” en “Patria Potestad en el Derecho Romano: Consideraciones Generales”. Plataforma Digital de Derecho, Ciencias Sociales y Humanidades. Año 2018.

impide que sea austera y reservada, siempre en un segundo plano bajo la autoridad marital y es así que no participa en la vida pública, en la política, en la literatura, ni puede ser cabeza de familia.

Esto que hoy en día es visto de manera terrible e inexplicable, era propio de la época y era lo que correspondía. En términos coloquiales, estaba “bien visto”.

Y esto es un punto en donde focalizaremos. Aquello que se encontraba *bien visto*.

Como habíamos dicho antes, el concepto *familia* está muy arraigado en la sociedad. Es por eso que nosotros la definimos como un derecho y realidad. Este punto es lo que debe quedar claro en el presente trabajo de análisis.

De esta manera podemos destacar la idea de la evolución. El derecho siempre está en una constante evolución.

Luego, existió en nuestra forma de sociedad a lo que se ha llamado ***familia tipo***. Es el modelo de familia primaria, como dijimos anteriormente, que en resumidas cuentas se agotaba en lo biológico y esto se formaba únicamente en la unión de un vínculo heterosexual.

Debido a la constante evolución, este modelo ha ido mutando y hoy podemos decir que dicho concepto de familia ha quedado obsoleto. No porque el motivo de ello sea la exclusión sino que se debe a la ampliación del concepto y es aquí donde encontramos el gran cambio de paradigma.

En definitiva todo se trata de un cambio de paradigma en las relaciones de familia, donde se prioriza la autonomía de la voluntad como fuente generadora de las relaciones familiares, dejando de lado las posturas tradicionales biologicistas y universalistas, las cuales concebían a la familia como una institución de orden natural.

Sería de gran importancia hacer hincapié en un ejemplo claro y concreto a modo de finalización de este primer capítulo: Las relaciones familiares cambian al mismo tiempo y con el mismo ritmo que todos los integrantes de ella van pasando por diferentes etapas. Evoluciona, cambia y se adapta. Podemos decir que atraviesa diferentes fases, aunque no siempre son las mismas ni con los mismos intervalos y que van a depender en gran medida de la persona o personas que la conformen.

Esto que ocurre en las relaciones familiares también sucede con el Derecho de Familia y se refleja en el análisis en que nos enfocamos, que es su **constante cambio**. (Avial, 2019)⁶

⁶ AVIAL, Lucía. “La mujer en el Derecho Romano: una aproximación” en REVISTA LIBERTALIA. Año 2019.

7. Conclusión.

Como vimos en este capítulo el inicio del Derecho fue con una visión claro está, arcaica en muchos aspectos, pero eso no quita el mérito que en esos tiempo haya habido una organización jurídica de derechos que se aplicaban a la sociedad en aquel entonces y regulaban las relaciones entre sí.

Es por ello que aquí vimos las primeras relaciones de familia y logramos ver como se fueron acomodando estas ventajas simplemente por el hecho de ser hombre a lo largo de nuestra historia, haciendo un derecho que en mi punto de vista en ese entonces fue mitad razonamiento y mitad naturaleza, a un derecho que hoy en día en cien por ciento racional.

CAPÍTULO II

“EL PARADIGMA POSMODERNO DE LA FAMILIA.”

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. El matrimonio.**
- 3. Diversos paradigmas de familia.**
- 4. La mujer en el paradigma antiguo.**
 - a. Su contemplación en los primeros códigos.**
- 5. Conclusión.**

1. Introducción.

Tal como hemos analizado anteriormente, la concepción de la familia fue mutando a lo largo del tiempo como producto de los sucesivos cambios económicos, sociales, culturales que fueron teniendo lugar a lo largo de nuestra historia.

Todo esto condicionó a los diversos ordenamientos jurídicos existentes, fundamentalmente aquellos reglamentarios del Derecho de Familia.

2. El matrimonio.

La mayor evidencia de esto se ha visto reflejada en el instituto del matrimonio. A raíz de estos cambios, en la mayoría de las sociedades occidentales se fue instaurando el divorcio de mutuo acuerdo, sin necesidad de alegar causales que justificasen la separación entre las partes, ni que fuera necesario demostrar en un juicio contencioso la culpabilidad de uno de los miembros a los fines de obtener sentencia favorable al divorcio.

Luego de este proceso, en nuestro ordenamiento se ha arribado a poder obtener el divorcio con la simple intención unilateral de una de las partes.

De este modo, los principios jurídicos considerados tradicionalmente como esenciales e inalterables fueron cediendo gradualmente para dar voluntad común de las partes como eje central de las relaciones de parejas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales.

Este proceso de “desinstitucionalización del matrimonio” es, para muchos doctrinarios, fruto de la evolución social y se presenta como la afirmación de los principios de igualdad y autonomía individual. A su vez, participa de este proceso el fenómeno, cada vez más notorio, de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y junto con ello el reconocimiento de la homoparentalidad, dejando de lado la diferencia de sexos como condición necesaria del orden público matrimonial.⁷ (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Si bien, tal como hemos dicho, la institución del matrimonio es donde más han quedado al descubierto los cambios de paradigmas en el Derecho de Familia, también se

⁷ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en “Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia”. Una mirada crítica y contemporánea. Dir. Marisa Graham; Marisa Herrera. Infojus. CABA 2014. Págs. 5 y 6.

ha manifestado en otras instituciones, como puede ser en el reconocimiento legal de la unión civil de parejas o convivientes, sean de igual o distinto sexo, la responsabilidad parental, la filiación, entre los más destacados.

En definitiva, dependiendo de si entendemos a la *familia* por un lado como una institución con presupuestos imperativos y relaciones tradicionalmente jerarquizadas, en donde el valor “familia” como principal eslabón del orden social debe ser resguardado por el Estado.

O por el contrario, como una especie de socialización entre iguales, con presupuestos dispositivos, en donde el valor “persona” como sujeto susceptible de desarrollarse plena y libremente en esta esfera, es fundamental.

3. Diversos de paradigmas de familia.

Si bien la *familia* es entendida como una construcción social, como un espacio de integración y desarrollo libre de individuos que comparten lazos en común no (necesariamente biológicos) y junto con ello, el reconocimiento de una pluralidad de familias, ha hecho de la familia una realidad diversa y compleja. (Paradigma actual aceptado a nivel social).

No obstante, existe la familia entendida en su singularidad, en tanto ideal de organización de la vida privada y eslabón primario de la organización política y social, como institución esencial y de carácter universal.

Esta última ha sido la concepción de *familia tradicional*, históricamente consustancial al pensamiento teológico y al sentido común.

Esta visión de familia se complementa en cierto punto a las visiones de distintos autores históricos: “la más antigua de todas las sociedades, y la única natural es la familia. Si se quiere, la familia sería, pues, el primer modelo de sociedad política: el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los hijos, y habiendo nacido todos iguales y libres, no enajenan su libertad sino por su utilidad”.⁸ (Rousseau, 1762)

Esta cita se trae a colación para poder ver y entender que el concepto de familia no es natural sino cultural. Se comprenden muchos fenómenos actuales que están teniendo lugar y que llevan a concebir una multiplicidad de nuevas formas familiares, independientemente de las objeciones éticas y morales que puedan presentarse. Es decir,

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques; “De las primeras sociedades”, en “El Contrato Social”. Obras clásicas de siempre. Libro primero. CAPÍTULO II. Págs. 5, 6 y 7.

no podemos falsear la realidad a pesar de la diversidad de ideas o posiciones encontradas respecto a estos cambios.

4. La mujer en el antiguo paradigma.

En las sociedades tradicionales, el deseo de los miembros de la pareja no era un elemento considerado valioso a los efectos de otorgarle estatus jurídico. Las disposiciones reglamentarias del matrimonio velaban por preservación del patrimonio y por la continuidad del linaje. El matrimonio, como institución social, estaba circunscripto a funciones económicas y procreadoras, con una estricta delimitación de roles donde la mujer quedaba sometida a la autoridad incuestionable del hombre.

En definitiva, todo el modelo de unidad social se organizaba en función del “padre de familia”

4.a. Su contemplación en los primeros códigos.

¿Cómo eran consideradas las mujeres en los primeros Códigos Civiles de la región?

Desde el Código de Napoleón, que es la principal fuente inspiradora de los Códigos Civiles Latinoamericanos, se definía a la mujer como incapaz de derecho. Una incapacidad relativa que venía dada en el caso del Código argentino a través del matrimonio. Una vez que la mujer se casaba, pasaba a ser considerada al igual que una menor de edad bajo la potestad del marido. Ahí es donde se hace visible esta aparente contradicción en que una mujer accede al voto, pero en la esfera de los contratos privados necesita del permiso marital para salir del país, para abrir una cuenta bancaria, para disponer de bienes.

5. Conclusión.

Lo cierto es que las familias nucleares, monoparentales, recompuestas, homoparentales, integradas por hijos biológicos, adoptivos o provenientes de técnicas de reproducción humana asistida, constituyen una realidad cada vez más notable y que

desplaza, definitivamente, a la concepción iusnaturalista de la familia, que atribuía valor universal e inmutable a un tipo de organización familiar consolidado en un concreto momento histórico. Es esta ruptura con cualquier forma de naturalismo que posibilita a la “desinstitucionalización de la familia”.

CAPÍTULO III

“LA EVOLUCIÓN SIEMPRE ES MEJOR.”

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. La figura de la mujer a lo largo del tiempo.**
- 3. Modificación al Código Civil y Comercial de la Nación.**
 - a. Privación de la responsabilidad parental.**
- 4. Los géneros.**
 - a. Perspectiva de género.**
- 5. Regulación normativa.**
- 6. Nuevas incorporaciones.**
- 7. Los feminismos y sus olas.**
- 8. Conclusión.**

1. Introducción.

Como ya fuimos viendo anteriormente, a lo largo del tiempo siempre iba quedando a un lado en cuestiones de derechos, situación que la llevaba a una completa desigualdad entre el hombre y la mujer.

No es sino a partir de determinados hitos históricos, como la secularización del matrimonio y, sobre todo, la consolidación de la igualdad del hombre y la mujer, donde se producen importantes cambios en el seno del derecho de familia.

2. La figura de la mujer a lo largo del tiempo.

En 1968 la mujer adquiere la capacidad civil plena, pero no hay una perspectiva de género en la discusión, ni siquiera fue una discusión abierta a la sociedad. El Código se reformó bajo la dictadura de Onganía, con Guillermo Borda a la cabeza.

En efecto, en la Argentina, el reconocimiento legal del sufragio femenino en 1947, la sanción de la ley 23.517 que habitaba el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias en 1987 y la legalización, en 2010, del matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otros, no significaron otra cosa que la consolidación jurídica de fenómenos sociales y culturales que llevaron a cuestionar los modelos tradicionales de familia, todos ellos, imperativos de los valores de autonomía e igualdad.

En materia de filiación, específicamente, la pérdida del monopolio de la filiación legítima del matrimonio y consecuentemente, el reconocimiento en un plano de igual de los derechos de los hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio, representa otra de las transformaciones legales que buscaron otorgarles en un marco jurídico adecuado a estas nuevas realidades. Sumado a esto, el reconocimiento de las familias homoparentales y monoparentales, y la receptibilidad jurídica de los avances biomédicos en materia de fertilización asistida, permite la disociación entre la reproducción y la filiación, reivindican proyectos de paternidad/maternidad basados en la voluntad procreacional como factor determinante de los vínculos familiares.

A esto se ha sumado en materia de violencia de género con respecto a la responsabilidad parental el art 700 bis del Código Civil y Comercial mediante la Ley 27.363

3. Modificación al Código Civil y Comercial de la Nación.

a. Privación de la responsabilidad parental.

ARTÍCULO 1° — Incorpórase al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente artículo 700 bis:

Artículo 700 bis: Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor;*
- b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata;*
- c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata.*

La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere.

La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061.

ARTÍCULO 2°— Modifícase el artículo 702 del Código Civil y Comercial de la Nación el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 702: Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:

- a) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;*
- b) El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años;*
- c) La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;*
- d) La convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales;*
- e) El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.*

Esto nos da la pauta de la evolución que lleva la sociedad se vio reflejada en nuestro ordenamiento cada vez más y más actualizado y respondiendo a las demandas provocadas en nuestro contexto histórico hasta nuestra realidad hoy en día.

4. Los géneros.

El género, como enfoque teórico y metodológico acerca de la construcción cultural de las diferencias sexuales, alude a las distinciones y desigualdades entre lo femenino y lo masculino y a las relaciones entre ambos aspectos, que se ha transformado en una categoría de análisis cada vez más importante.

En otras palabras, podemos definirlo como el “sistema de signos y símbolos, representaciones, normas, valores y prácticas que transforma las diferencias sexuales entre los seres humanos en desigualdades sociales, organizando las relaciones entre los hombres y las mujeres de manera jerárquica, valorando lo masculino como superior a lo femenino”. Como una construcción sociocultural e histórica que incluye tanto aspectos objetivos como subjetivos, que preceden a los individuos pero que ellos a la vez recrean continuamente en el quehacer cotidiano.

El género como categoría de análisis contiene aspectos relativos al poder porque hablar de género es referirse a una relación social basada en las diferencias de los sexos que está marcada por desigualdades. La "división del mundo" -basada en referencias a las diferencias biológicas y sobre todo a las que se refieren a la división del trabajo de procreación y reproducción- actúa como "la mejor fundada de las ilusiones colectivas, en la medida en que los conceptos de género estructuran la percepción y la organización de toda la vida social".⁹ (Bourdieu, 2007)

Para Michel Foucault toda relación entre los géneros, así como otras relaciones sociales, está mediada por relaciones de poder. Esto no implica que tales relaciones no puedan ser modificadas a partir de las acciones y el ejercicio de nuevas prácticas y la instalación de nuevos valores; de hecho, las relaciones de poder -de género y sociales en general- han ido cambiando en el transcurso de la historia y ello se debe a los procesos de transformación que se producen en cada sociedad.¹⁰ (Foucault, 2012)

El poder es una relación de fuerza presente en todo espacio social. O sea que, desde la perspectiva de Foucault, el poder está en todas partes: en discursos, instituciones, normas, valores, entre otros, que se van conformando como verdades y van penetrando en la sociedad.

⁹ BOURDIEU, Pierre. “Lógicas prácticas” en “El sentido práctico”. Buenos Aires, Argentina 2007. Siglo XXI Editores. Libro 2, pág. 232.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. “El Sujeto y el Poder” en “Foucault y el análisis del poder”. Por Juan Fernando Delgadillo. Revista de Educación y Pensamiento. Dialnet 2012. Pág. 170.

4.a. Perspectiva de género.

La perspectiva de género nos invita a un trabajo similar al de los arqueólogos (que buscan restos materiales) para comprender discursos con efecto de verdad. En nuestro caso, los que han logrado consolidar estereotipos sociales sobre el ser hombre y ser mujer, ligados a su historia y su tiempo, que, por decirlo de algún modo, se reifican (se cosifican, se fosilizan) y tienen un efecto de verdad.

Hacer una arqueología de la mujer implica rastrear en la historia los diversos factores que dotaron de significado a ese concepto *mujer*, esto es: las costumbres, las prácticas discursivas, la diversa documentación que define a la mujer de una manera peculiar, desde la legislación a los tratados domésticos, la literatura o las descripciones médico-científicas. Corresponde investigar qué es lo que decían de la mujer los códigos jurídicos más antiguos, como por ejemplo el de Hammurabi que contemplaba a la violación ni más ni menos que como un adulterio cometido por parte de la mujer, lo que era considerado como un crimen y su castigo era que se la ahogara bajo el agua. En su regla 216 decía que *"si no fue cuidadosa, sino callejera, por lo cual descuidó su casa, se arrojará a esa mujer al río atada a un peso"*. En ese entonces, era evidente que el amor homosexual entre el sexo masculino tenía privilegios por sobre el amor heterosexual, es decir, de dos personas de sexo diferente. Y el amor entre mujeres quedaba reducido al grado más bajo.

La estrategia platónica coloca a lo masculino y lo femenino según una jerarquía que los define en superior e inferior, respectivamente. Es así como lo femenino se encuentra en el punto más alejado del logos, entendido como el principio racional que gobierna las cosas.¹¹ (Sbdar, 2015)

5. Regulación normativa.

Todo este análisis tiene el propósito de hacer hincapié en la importancia de que cada hecho de violencia, cada femicidio, no se tome como un acontecimiento aislado sino inscripto en una trama social. Todo hecho de violencia ya sea simbólica o material, requiere ser mirado relacionadamente porque hay toda una maquinaria social, discursiva y

¹¹ SBDAR, Claudia B. "La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Infojus. CABA 2015. Pág. 1.

mediática que actúa como soporte de los abusos sobre la mujer, sean físicos o simbólicos.

El Estado argentino ha tomado riendas en el asunto y, desde hace un tiempo, ha empezado a ocuparse activamente del diseño e implementación de políticas públicas en la materia desde los tres Poderes del Estado, en estricta observancia con las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, la Constitución y leyes argentinas.

La perspectiva de derechos humanos en materia de género está presente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Las convenciones internacionales y la Constitución Nacional son normas directamente operativas y, además, son transversales en el texto y espíritu del nuevo Código, que toma los trascendentes avances legislativos de los últimos diez años:

- Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes;
- Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres;
- Ley 26618 de Matrimonio Igualitario;
- Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, observándose que avanza aún más en la protección de ciertos derechos en los campos de las relaciones de familia, niños, niñas y adolescentes y bioética . Así las cosas, la interpretación y aplicación de la ley se vuelve más sencilla para los jueces y juezas, lo que en definitiva opera en beneficio de las personas destinatarias de dichas normas.

6. Nuevas incorporaciones.

Es importante señalar el progreso legislativo fundamental del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de igualdad de género: destaca el valor económico del trabajo en el hogar, iguala derechos en los apellidos de los hijos, incluye la compensación económica en las parejas y la convención matrimonial, entre otros avances.

Asimismo, incorpora la figura de las uniones convivenciales, las técnicas de reproducción humana asistida y la regulación de ciertos principios básicos relativos a

los procesos de familia -como la modificación de instituciones clásicas como el matrimonio, el régimen de bienes, el divorcio, el parentesco, la filiación y la adopción-. En el mismo sentido, el apellido del padre dejó de tener prioridad. A partir de ahora, el hijo matrimonial puede llevar el primer apellido de cualquiera de los cónyuges, y en caso de no haber acuerdo, se determina por un sorteo realizado en el Registro Civil (art. 64 CCyC); una perspectiva de género que no solo está presente en la regulación del apellido de los hijos, sino también en el de los cónyuges, por cuanto a partir del nuevo Código, cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella (art. 67 CCyC).

También se incorporan las uniones convivenciales al derecho positivo, las cuales se definen como "la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de distinto sexo" (art. 509 CCyC); y se regulan aspectos probatorios, económicos, la contribución a las cargas del hogar, las responsabilidades y la atribución del hogar común en caso de ruptura (art. 512 CCyC y ss).

Otra novedad es la incorporación de la figura de la compensación económica en caso de divorcio, bajo un parámetro de solidaridad familiar e igualdad (art. 439 CCyC). El instituto procura compensar al cónyuge o conviviente que queda en desequilibrio económico por el matrimonio, por ejemplo, la mujer que dejó de trabajar fuera de la casa para ocuparse de las tareas domésticas y los hijos.

La noción de patria potestad, basada en el "padre proveedor y jefe del hogar", se reemplaza por la idea de responsabilidad co-parental. Y déjenme decirles que este punto y la modificación de la figura del matrimonio y toda su consecuencia, a mi entender es lo más significativo con respecto a la igualdad de género haciendo así, ninguna distinción de sexo.

Si bien es cierto que necesitamos herramientas procesales adecuadas para hacer efectivos los derechos del nuevo Código Civil y Comercial, me parece que los principios procesales constituyen una muy interesante y eficaz fuente de interpretación se pueden hacer grandes avances para arbitrar mecanismos que permitan hacer realidad tales derechos.

También es importante resaltar que los roles de género, es decir las funciones que se espera desempeñen las mujeres y los varones en una sociedad, difieren a través de las culturas y cambian con el tiempo. Pero a lo largo de la historia y en todas partes,

las diferencias entre los géneros y las iniquidades en la relación, permanecen. A veces, bajo ropajes diferentes.

7. Los feminismos y sus olas.

Desde mediados del siglo XX el género viene siendo profundamente estudiado, sobre todo desde las teorías feministas. La diferenciación entre sexo y género y las relaciones entre ambos abrió un fructífero campo de análisis y debate que permitió ampliar las fronteras hacia minorías que se ubicaban por fuera o al margen de la ley y que a la par han profundizado y cuestionado fuertemente las relaciones de poder existentes en torno a la noción de género.

En esta idea de performatividad se intersecta la identidad como un proceso estático y dinámico, subjetivo e intersubjetivo a la vez, que habilita el espacio de la autopercepción. Resultando más atinado referirse a los “géneros” en plural.

8. Conclusión.

Para finalizar este capítulo la mejor opción es culminarlo con este análisis:

Es sabido que el campo en Derecho de Familia se ha visto enriquecido -y a la vez complejizado-, a raíz de los cambios sustanciales que han impactado sobre la llamada “familia tradicional”, lo cual ha dado lugar al vertiginoso desarrollo y consolidación fáctica de las denominadas “distintas formas de organización familiar”. Pero paralelamente somos protagonistas de otros tantos progresos que también han modificado la fisonomía del Derecho de Familia.

Veamos, el avance de la biotecnología y la consecuente puesta en crisis del concepto de maternidad; el desarrollo del derecho a la identidad, como así también tensiones específicas con respecto a la salud son algunos de los temas que nos muestran la relación inescindible entre género y Derecho de Familia.

En síntesis se ve claramente que analizar el enfoque de género es de suma importancia para pensar cambios radicales y necesarios en el Derecho de Familia, no solo lo que ya han ocurrido, sino además lo que van a suceder.

CAPÍTULO IV

“EL CENTRO DE TODO: LA FAMILIA”.

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. La familia como modelo de organización.**
- 3. Cambio de paradigma.**
 - a. Influencia en la familia.**
- 4. Evolución del concepto “familia” en Argentina y Latinoamérica.**
- 5. Conclusión.**

1. Introducción.

Aquí en este capítulo veremos a nuestra primera escuela, el primer lugar donde aprendimos todos la educación, los valores, el respeto, los “requisitos” mínimos que debe tener un ser humano para la inserción a una sociedad que para dicha persona, va a ser nueva y desconocida. Es por ello que aquí hablaremos de la familia y su influencia.

2. La familia como modelo de organización.

En base a todo lo dicho y analizado hasta el momento, podemos ver cómo las premisas que velaban por concebir a la *familia* como primer modelo de organización de las sociedades políticas, como institución esencial en donde las relaciones familiares se estructuran en función de la imagen del padre como jefe natural y omnipotente, van siendo abandonadas progresivamente para dar lugar a nuevas reformulaciones de relaciones familiares, en donde la naturalización de la familia cede para dar paso a formas más democratizadoras de los vínculos familiares y de la vida privada de las personas.

En este sentido, la contestación del orden familiar natural no es, en definitiva, más que la radicalización de la modernidad según la cual la voluntad, y no la diferencia de sexos, constituye la base de la institución matrimonial y de la paternidad. A su vez, la filiación disociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico basado no ya en la verdad biológica sino en un proyecto de paternidad responsable.

Thomas Kuhn (físico, filósofo de la ciencia e historiador estadounidense) en su influyente libro *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), nos indica que un cambio en los supuestos básicos, o paradigmas, dentro de la teoría dominante de la ciencia, contrasta con su idea de ciencia normal.¹² (Kuhn, 1962)

Le dio al paradigma su significado cuando lo adoptó para referirse al conjunto de prácticas que definen una disciplina científica durante un período específico.

Y es aquí la frase de la cuestión a todo esto “durante un periodo específico” esto nos expresa que los cambios de paradigmas sufridos en una comunidad se explican porque las prácticas y costumbres sostenidas por la misma pertenecieron a un periodo histórico determinado en el que se aceptaban ciertos principios reconocidos en un

¹² KUHN, Thomas S. “Hacia la ciencia normal” en “La estructura de las revoluciones científicas”. México, 1971. Pág. 36.

conjunto de soluciones ejemplares para dar respuestas a diversas disyuntivas sociales. Es este reconocimiento generalizado de prácticas culturales, en un contexto histórico determinado.

3. Cambio de paradigma.

¿Cómo puede darse un paradigma afectado?

Un cambio de paradigma puede verse afectado para su próxima “mutación” cuando esas soluciones que nos brindan presentan diversas anomalías que producen su alteración y esto nos lleva a cuestionar los principios que las justifican.

Kuhn nos expresa que bajo su creencia los cambios de paradigmas no son evolutivos sino revolucionarios porque los mismos no se identifican con ninguna teoría, sino que constituyen un conjunto heterogéneo de elementos culturales que hacen posible el dialogo, la comunicación y el consenso social.¹³ (Kuhn, 1962)

3.a. Influencia en la familia.

¿Cuál fue la afectación en el paradigma de la familia tradicional?

Aquí la problemática surgía de la necesidad de preservar la continuidad de la familia y de controlar la transmisión patrimonial entre las generaciones familiares.

Sin embargo, en la actualidad, los principios que determinan la función de la familia dentro de la sociedad ya no se reconocen como aquellos orientados a preservar a la institución familiar como un modelo de orden universal que dicho orden estaba compuesto por – jefe de padre de familia, jerarquización de roles familiares, heterosexualidad, matrimonio indisoluble.

Sino que en la actualidad se orienta a las familias a otorgarse una mayor importancia a las autonomías, la igualdad y la voluntad de cada individuo dentro del grupo familiar, de desarrollarse plenamente a través de la familia. Es aquí donde empieza a tener lugar un cambio de paradigma social que debe ser objeto de observación por parte del derecho familiar.

¹³ KUHN, Thomas S. “Hacia la ciencia normal” en “La estructura de las revoluciones científicas”. México, 1971. Pág. 40.

Dicha transición paradigmática de una familia mas institucionalista a una familia más democrática se presenta en diversas etapas de nuestro país, estas etapas y estos cambios se dan debido por la heterogeneidad de factores y procesos sociales que están teniendo lugar no solo a nivel nacional, sino a nivel latinoamericano.

4. Evolución del concepto “familia” en Argentina y Latinoamérica.

Argentina y su evolución del concepto jurídico familia y distinción en Latinoamérica.

La argentina es, quizás, el país que más refleja en Latinoamérica cómo la evolución jurídica-social ha impactado considerablemente en el Derecho de Familia, modificando presupuestos jurídicos fuertemente arraigados y hasta considerados de orden público.

Si bien puede considerarse que este proceso se materializó definitivamente en la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo cierto es que fueron importantes modificaciones legales y diversos los grupos sociales que las impulsaron lo que allanaron el camino hacia un nuevo paradigma del Derecho de Familia.

Sin embargo, si bien los factores socioeconómicos y culturales que explican el abandono gradual del modelo familiar tradicional y su reemplazo por el reconocimiento de nuevas formas familiares más democráticas son lo más variado y datan desde hace más de un siglo, fueron los cambios sucedidos en las últimas décadas los que marcaron, de manera más notoria, dicha transición.

De esta forma, los grupos minoritarios de la sociedad encontraron en los estrados judiciales un primer motor hacia el reconocimiento de sus derechos. Este factor, sumado al apoyo de organizaciones no gubernamentales (ONG), el apoyo de una estructura de abogados dispuestos a representarlos colectivamente – a través de la vía de amparo-, el impacto de los medios de comunicación y la movilización social organizada, permitieron que muchas de sus demandas se instalaran definitivamente en la agenda pública.

Los puntos fundamentales de nuestra historia reciente hasta la actualidad que dieron lugar a estos cambios fueron:

- ❖ La ley 23.264 de 1985 al hacerse eco de la Convención Internacional suscripta por la Argentina de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, deroga definitivamente toda normativa discriminatoria. En este sentido, quedo equiparada la mujer casada al esposo, en los derechos que faltaban, patria potestad, filiación y por si existiera otro que no se mencionara, la ley contenía un principio de interpretación, en el sentido de derogar cualquier forma de discriminación contra la mujer.
- ❖ La ley 23.515 de matrimonio civil de 1987 resulta fundamental en la transición de paradigmas familiares mas inclusivos, establece fundamentalmente el divorcio vincular, que posibilita las segundas nupcias y la posibilidad de conformar nuevas estructuras familiares “recompuestas”.
- ❖ La reforma constitucional de 1994 en su artículo 75 inc. 22 otorgó jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por la Argentina, lo que significó la adhesión tanto de la legislación interna como las decisiones jurisprudenciales.
- ❖ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- ❖ La Declaración Universal de Derechos Humanos
- ❖ La Convención Americana sobre Derechos Humanos
- ❖ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- ❖ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo
- ❖ La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
- ❖ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- ❖ La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
- ❖ La Convención sobre los Derechos del Niño

Todos estos deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

- ❖ La ley de Matrimonio Igualitario 26.618 de 2010, que vino a reformar definitivamente muchas de las expresiones y normativas internas que, hasta el momento, aludían a la diferencia de sexos como uno de los presupuestos.

Y por último los cambios socioculturales que fueron influenciando a la familia y las diversas luchas llevadas a cabo por diversos agentes sociales, adquieren su consolidación definitiva con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial Argentino, ley 26.618.

Ricardo Lorenzetti en sus palabras preliminares al Código dijo que “en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar”.¹⁴ (Lorenzetti, 2015)

Esto abarcó:

- Normas relativas al matrimonio igualitario.
- Uniones Convivenciales.
- Reconocimiento a la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción.

5. Conclusión.

En este capítulo pudimos darnos cuenta al analizar el mismo, que el derecho y la realidad es una relación paralela y muy fuerte, es decir que el derecho siempre va a buscar resguardar a su sociedad con sus ideales, intereses y opiniones.

Es por ello que vimos como nuestra primera escuela que fue la familia como fue modificando sus ideales acorde a los cambios de paradigmas y claro está, esto provocó que el derecho haga lo mismo por su lado, dándonos hoy en día un derecho en constante evolución, adaptación y totalmente moderno.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo L.; “Introducción al Código Civil y Comercial”. Revista Pensamiento Civil. Buenos Aires, 2015. Págs. 5 y 6.

CAPÍTULO V

“LA SOCIEDAD Y EL DERECHO”

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. Análisis del Derecho respecto a la sociedad.**
- 3. Análisis desde la Sociología.**
 - a. Origen y máximos referentes.**
- 4. Sistema jurídico.**
 - a. Derecho de interés.**
- 5. Análisis.**
- 6. Conclusión.**

1. Introducción.

En este capítulo nos centraremos pura y exclusivamente lo que venimos comentando con anterioridad y es la frase “Derecho y realidad”.

Aquí analizaremos este pensamiento y trataremos de dar a una respuesta del porque tenemos este pensamiento y hacia dónde vamos a dirigirnos con esta idea en un futuro.

2. Análisis del Derecho respecto a la sociedad.

¿El derecho va progresando acorde a nuestra sociedad?

Si bien es cierto que el Derecho tiene formalidades bien establecidas y adecuadas para llevar acabo algo que “revolucione” alguna institución o algún objeto de estudio; la sociedad en esta última década está pasando por constante transformaciones y parece ser que va más allá de lo que se esperaba.

Estos cambios se deben sobre todo a los cambios tecnológicos, sociológicos, culturales y puntualmente en lo que, a nuestro objeto de estudio concierne, generacionales.

Es maravilloso observar cómo luego de nuestro análisis hasta aquí sobre los cambios de paradigmas y el género, recaigamos nuevamente dentro de la misma temática.

Pero esta vez nos debemos centrar de manera obligatoria para poder analizar la cuestión que queremos estudiar.

El derecho como establecimos fue “evolucionando” por los distintos cambios de paradigmas que transitamos estos últimos tiempos, pero sí hay algo que re-evolucionó y esta fue la sociedad: los grandes “culpables” de esto fueron las generaciones.

El término *culpable* no debe entenderse en el sentido estricto de la palabra, en cuanto a la evaluación de qué es lo que está bien y qué es lo que está mal, sino que debe verse como una responsabilidad, como una consecuencia inevitable.

A lo largo de este análisis vimos el por qué de los cambios de paradigmas y en todos encontramos un punto de conexión y este es el tiempo que ha llevado el hecho de que surjan diferentes anomalías, es decir no se ha dado de manera brusca.

Pareciera que esto en la actualidad no está ocurriendo. Sin ir más lejos podemos ver el ejemplo de la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario, dada en el año 2010 y desde ese punto partimos hacia los diversos acontecimientos ocurridos hasta el presente, una intensa evolución y revolución que dado al contexto en el que fue promulgada, hubiera sido imposible imaginarlo, aún en el escenario más optimista.

Es por ello que la sociedad se impacienta por diversas cuestiones, entre ellas la salud, como modo de ejemplo, una de tantas cuestiones que compete a la sociedad hoy en día es el aborto.

Aquí lo que tratamos de hacer es comprender que la sociedad tiene un amplio pensamiento, nutrido de diversas posiciones y este pensamiento es el resultado de todo lo que estuvimos analizando hasta ahora que son los cambios de paradigmas.

Esto se debe a que en nuestro estudio y fundándonos en un gran pensador en este asunto tal como es Thomas Kuhn, el cambio de paradigmas es una revolución y como tal revolución trae aparejado nuevas visiones y pensamientos y esto indefectiblemente terminan en la sociedad.¹⁵ (Kuhn, 1962)

Aquí pueden surgir cuestionamientos, entonces, sobre que la sociedad anteriormente no se preocupaba tanto de ciertos aspectos. Este cuestionamiento es erróneo planteado de ese modo.

El por qué de esto es simple: se resume a los paradigmas de cada contexto.

Una de las mejores formas de entender este capítulo es comprendiendo a la sociedad y el derecho.

3. Análisis desde la Sociología.

¿Cuál es la mejor rama del Derecho para realizar este análisis?

Claro está que la que mayor utilidad nos brindará para ello es la Sociología del Derecho.

¿Qué es la Sociología del Derecho?

La Sociología del Derecho, también conocida como "Sociología Jurídica", es aquella rama que estudia el origen, la diferenciación, la aplicación, las

¹⁵ KUHN, Thomas S. "Resolución de las Revoluciones" en "La estructura de las revoluciones científicas". México, 1971. Pág. 237.

transformaciones, los problemas, la eficacia y todo aquello concerniente a las relaciones entre el derecho y la sociedad. Así mismo, se encarga no únicamente de estudiar al derecho como norma, sino como institución plasmada a través del Estado y su funcionamiento.

Como a lo largo de todo el trabajo de investigación hemos visto el origen de cada cosa que planteamos, sería de gran utilidad avocarnos a ver el origen de la Sociología del Derecho.

3.a. Origen y máximos referentes.

Las raíces de la Sociología del Derecho se remontan a los trabajos de sociólogos y juristas de principios del siglo anterior. La relación entre el derecho y la sociedad fue explorada sociológicamente en los trabajos seminales de Max Weber y Émile Durkheim. Los escritos sobre la ley de estos sociólogos clásicos son fundamentales para toda la sociología del derecho actual.

Para Max Weber, una llamada "forma racional" como un tipo de dominación dentro de la sociedad, no es atribuible a las personas sino a normas abstractas. Entendió el cuerpo de ley coherente y calculable en términos de una autoridad legal-racional. Tal ley coherente y calculable formó una condición previa para los desarrollos políticos modernos y el estado burocrático moderno y se desarrolló en paralelo con el crecimiento del capitalismo.¹⁶ (Weber, 2002)

Un elemento central del desarrollo del derecho moderno es la racionalización formal del derecho sobre la base de procedimientos generales que se aplican de manera equitativa y justa a todos. La ley moderna racionalizada también está codificada e impersonalmente en su aplicación a casos específicos.

En general, el punto de vista de Weber puede describirse como un enfoque externo de la ley que estudia las características empíricas del derecho, en oposición a la perspectiva interna de las ciencias jurídicas y el enfoque moral de la filosofía del derecho.

¹⁶ WEBER, Max. "Administración de *honorarios*" en "Economía y Sociedad". Los tipos de dominación. España, 2002. Pág. 233.

Émile Durkheim escribió que a medida que la sociedad se vuelve más compleja, el cuerpo de leyes civiles que se ocupa principalmente de la restitución y la compensación crece a expensas de las leyes y las sanciones penales.¹⁷ (Durkheim, 1893)

Con el tiempo, la ley ha sufrido una transformación de ley represiva a ley restitutiva. El derecho restitutivo opera en sociedades en las que existe un alto grado de variación individual y énfasis en los derechos y responsabilidades personales. Para Durkheim, la ley es un indicador del modo de integración de una sociedad, que puede ser mecánica, entre partes idénticas u orgánicas, entre partes diferenciadas, como en las sociedades industrializadas. Durkheim también argumentó que una sociología del derecho debería desarrollarse junto con una sociología de la moral, y en estrecha relación con ella, al estudiar el desarrollo de los sistemas de valores reflejados en el derecho.

La Sociología del Derecho tiene diversos temas de estudio, pero aquí vamos a centrarnos en dos que a nuestro entender, son fundamentales: El Sistema Jurídico y Derecho de interés público.

4. Sistema jurídico.

Por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas jurídicas, actitudes e ideologías vigentes en un país sobre lo que es el Derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crearse, aplicarse, comprenderse, perfeccionarse, enseñarse y estudiarse. De esa manera, el sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades de funcionamiento de los órganos, instituciones y componentes sociales encargados de la aplicación e interpretación de las reglas de Derecho, así como de aquellos que las crean o influyen en su creación, interpretación y modificación

El sistema jurídico supone el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, integrando las diversas fuentes jurídicas, como las leyes, las costumbres, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina.

¹⁷ DURKHEIM, Émile. “Solidaridad mecánica o por semejanzas” en “La División del Trabajo Social”. México, 2007. CAPÍTULO II. Pág. 59.

4.a. Derecho de interés.

Este uso emancipatorio del derecho tiene como fines últimos la defensa del interés colectivo, la promoción de los derechos humanos y la justicia social.

Cuando se habla de derecho de interés público no se hace referencia a un canon o conjunto específico de normas en determinada materia, sino en un sentido amplio, todo el derecho, como producto del legislador (el representante de la voluntad general) está orientado al interés público.

5. Análisis.

Como vimos la Sociología del Derecho es importante desde la perspectiva de una ciencia de la legislación o creación del derecho. Tiene que averiguar la manera que funcionan las regulaciones jurídicas. Esto es relevante para saber cómo la legislación puede lograr sus metas.

La Sociología del Derecho es relevante desde la perspectiva de una jurisprudencia que acepta, la dependencia de las convicciones critico-normativas de los ciudadanos, y no deja librada la determinación del derecho a las meras convicciones normativas de los jueces.

Esto restringe la discrecionalidad de los jueces a la vez que introduce un elemento democrático en el concepto del derecho.

La Sociología del Derecho también es importante para la crítica del derecho. Se puede caracterizar una jurisprudencia normativa como una ideología institucionalizada. Podría ser crítica desde otras perspectivas ideológicas, pero para fundamentar una crítica no solamente en una ideología alternativa sería necesario analizar la realidad del derecho.

Por lo tanto, la relevancia de la Sociología del Derecho para la formación jurídica depende de que el concepto del derecho y de la jurisprudencia se acepte.

Según una concepción, que es limitada y orientada solamente a la explicación y justificación de las sentencias judiciales y que niega la función creativa de la práctica jurídica, la Sociología del Derecho no tiene mucha relevancia. Por el contrario, la Sociología del Derecho es relevante para:

- Una ciencia del derecho mas compresiva
- Una jurisprudencia que reconoce su carácter creativo.
- Una teoría de derecho que acepta la dependencia del derecho de las convicciones critico-normativas de los ciudadanos.
- Una concepción critica del derecho y de la jurisprudencia que trata de fundamentarse de manera científica y no ideológica.

6. Conclusiones.

Como nos adelantamos en la introducción, en este capítulo analizamos la fuerte relación que hay entre la realidad y el Derecho y no hay mejor manera de estudiarla que basándonos en la sociología del Derecho.

Vimos notoriamente como los cambios de paradigmas no se dan sin un trasfondo que dé lugar a ello y lo importante que es que nuestro Derecho conserve una idea fuerte pero abierta al cambio.

Aquí tratamos de lograr entender el por qué de estos cambios de paradigmas pero jamás vamos a tener la respuesta correcta, porque el futuro es incierto entonces nuestro derecho como tal si lo miramos desde esa perspectiva también, y por ello concluyo que lo más importante de una sociedad posmoderna es tener un derecho moderno y con la posibilidad de la adaptación a los nuevos paradigmas a futuro.

CAPÍTULO VI
“EL DERECHO DE FAMILIA Y SU PROPIA
CODIFICACIÓN”.

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. Países que poseen Código en la materia.**
- 3. Ventajas de la codificación del Derecho de Familia.**
- 4. Casos de codificación en Argentina.**
- 5. Conclusión.**

1. Introducción.

En este capítulo final me gustaría analizar en lo que a mi parecer debería ya existir y es que el Derecho de Familia tenga su propio código, esto es generalmente con el objetivo de darle un carácter especial a las relaciones que esta protege y como vimos a lo largo de este proyecto, día a día dichas relaciones son cada vez más importantes en nuestra sociedad.

Para hacer este análisis nos enfocaremos en algunos de los países que ya tienen esto codificado y sus respectivas ventajas, para luego culminar con nuestra conclusión.

2. Países que poseen Código en la materia.

Algunos países han realizado su propio Código de Familia, entre otros, son:

- Argelia.
- Bolivia.
- Canadá.
- Cuba.
- Nicaragua.
- Costa Rica.
- El Salvador.
- Filipinas.
- Venezuela.
- Honduras.
- Malí.
- Marruecos.
- Panamá.
- Polonia.
- Rusia

Si bien en algunos de estos países su derecho es totalmente opuesto al nuestro, lo que se está demostrando acá señalando a estos países, es como desde un punto del mundo como es Bolivia hasta el otro lado del mundo como es Rusia tienen el mismo concepto de Código propio de Derecho de Familia.

3. Ventajas de la codificación en el Derecho de Familia.

¿Cuáles serían las ventajas de la creación de un Código propio de Familia?

- ✓ Mayor especialidad y especificidad en la materia.
- ✓ Mayor velocidad en los trámites de Familia.
- ✓ Creación de organismos independientes para los Procesos de Familia.
- ✓ Mayor conocimiento y comprensión en la sociedad con cuestiones de Familia.
- ✓ Mayor capacitación en la materia.

Al conseguir mayor importancia en lo que concierne al Derecho de Familia, inevitablemente conseguiríamos un gran avance en lo que respecta a la violencia de género, pudiendo así mejorar notablemente con temas que hoy en día son tan importantes en nuestra sociedad.

Y si vemos a nuestro presente es algo que nos está costando porque no encontramos soluciones a dicho problema que crece y crece día a día y afecta tanto a las mujeres.

Está claro que obtendríamos muchísimas más ventajas pero lo que se busca en este análisis es esto, el poder demostrar sus ventajas inmediatas que tendría la creación de un Código propio.

4. Casos de codificación en Argentina.

Dentro de nuestro país, se ha dado el caso de que en el mes de septiembre del año 2019 se ha aprobado por unanimidad en la Legislatura de la provincia de Río Negro su primer Código Procesal en Familia.

El Código se basa en los principios de oralidad, celeridad del trámite y sencillez del lenguaje, al tiempo que establece pautas claras para la derivación al fuero penal (Ministerio Público Fiscal) de los casos que impliquen violencia física y, en consecuencia, configuren delitos. Además, define con más precisión los roles de los operadores y operadoras judiciales en los expedientes y las acciones a cargo del Poder Ejecutivo en los procesos relacionados con niños, niñas y adolescentes.

Durante casi dos años se trabajó en un texto junto a la participación de las juezas y jueces de Familia y de las Cámaras Civiles, de las Secretarías de dichos Juzgados y representantes de los Colegios de Abogados de las cuatro circunscripciones de la provincia. Luego, ha sido nutrido con importantes aportes de representantes legislativos y del Ministerio Público.

Por primera vez desde su creación, el fuero de Familia de dicha provincia contará con un Código Procesal propio, en consonancia con los institutos jurídicos surgidos con el advenimiento del Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.

El texto del proyecto señala que *“en materia de derecho de familia, el marco regulatorio constituye un verdadero cambio de paradigma”* y agrega que *“buscando dotar a los operadores y operadoras del derecho que se desempeñan en el ámbito del fuero de familia de herramientas claras y uniformes que guarden congruencia con las características y singularidades de esta provincia”*. (Redacción, 2019)

El texto tiene poco más de 220 artículos y un anexo con un “Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños”.

Además de los principios generales y pautas básicas del proceso, propone un régimen específico en materia de medidas cautelares y regula los procesos especiales que tramitan en el fuero de Familia, como los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar y de género, sistema de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, procesos de adopción y procesos declarativos de restricción a la capacidad.

5. Conclusión.

Pueden haber diversas ideas que estén en contra de esta idea, pero en lo que a mí respecta esta es mi propuesta superadora ya que la Ciencia del Derecho de Familia si bien en la historia siempre fue importante, hoy en día en la posmodernidad y en nuestro país, es una de las ramas más importantes y su cambio es brusco ya que la sociedad va cambiando de paradigmas a una velocidad increíble y creo yo que el derecho tiene que estar preparado para estos nuevos paradigmas y esta nueva sociedad, que replantea el iusnaturalismo, que replantea los géneros y que replantea la ideología ya conseguida y arcaica que teníamos como FAMILIA.

CONCLUSIONES FINALES.

En el presente trabajo final se ha procurado realizar un repaso por varios de los aspectos referidos al tema elegido para el análisis. Tal objetivo fue ahondar por la Ciencia del Derecho de Familia, recorriendo desde sus comienzos, pasando por sus avances y concentrándonos en su evolución.

Dicha propuesta, a mi consideración, ha podido verse reflejada durante la extensión del presente. Es por ello que resulta menester realizar las correspondientes conclusiones de investigación.

Como hemos podido ir observando, la Ciencia del Derecho de Familia tiene sus orígenes en la época del Imperio Romano donde se ha dado la existencia de la primera civilización en donde se contempló el Derecho *per se* y cómo la organización del mismo significaría un gran alivio y avance en la sociedad humana.

Claro está que en aquel entonces no iba a ser perfecto, y eso se ha ido viendo a lo largo de su estudio, pero aquella iniciativa ha servido de gran sustento y antecedente para lograr llegar a lo que hoy en día hemos conseguido.

Luego se ha ido analizando cómo el Derecho, a través de su evolución, fue tratando e incorporando otros aspectos que se encontraban aletargados. Es aquí donde se da el momento de inflexión. Ese momento donde no sólo el Derecho, sino la sociedad misma, le otorga mayor atención a temas tan importantes y de gran incumbencia social, que derivan en los famosos cambios de paradigmas en el Derecho y en la sociedad toda.

A lo largo de nuestro análisis hemos podido ir viendo cómo la mujer ha tomado mucho más protagonismo. Hemos visto cómo la sociedad a lo largo de la historia ha ido dejando de lado los ideales y modelos basados en la clásica “sociedad machista”, dando lugar a que nuevos modelos de sociedades se incorporen y adquieran el lugar que les corresponde. Hemos visto cómo la comunidad LGBTQ+ ha tomado más relevancia en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, produciendo así un cambio significativo en nuestro Derecho y en la familia “naturalizada” que conocíamos hasta entonces.

Todo esto implicó un cambio de mente no sólo para nuestra sociedad, sino además en todo el ámbito del Derecho y fue dando cada vez más y más relevancia al Derecho de Familia, provocando de esta forma una reestructuración absoluta.

Es por ello que lo que me ha planteado el objetivo de abordar este tema ha sido que personalmente me he percatado de cómo el Derecho de Familia tiene gran relevancia e incumbencia en la vida social de todos, aún más con los nuevos cambios

sociales y culturales que está atravesando la sociedad mundial occidental y cómo con el paso del tiempo su importancia se torna cada vez más significativa.

A lo largo del último capítulo se ha querido reflejar y dejar en claro la importancia y los motivos que nos llevan a concluir por qué consideramos propicio que se produzca una codificación individual y propia del Derecho de Familia, sin dejar de lado la interdisciplinariedad que jamás debe ser puesta en cuestionamiento.

Si bien el presente trabajo es una investigación que se ha llevado a cabo durante una Tesis Final de carrera de grado, puedo asegurar que desde mi perspectiva personal ha sido realizado con la misma emoción que me ha llevado a elegir esta carrera desde el primer día y todo lo que ha sido plasmado a lo largo de este análisis ha sido una investigación abordada desde un punto de vista crítico, práctico y subjetivo.

“Huír de lo viejo.”

Aída Kemelmajer de Carlucci.

ANEXO

Generaciones futuras: ¿nuevo sujeto jurídico y político?

El derecho actual se apura en sumar fórmulas felices y, sin embargo, jamás parece preguntarse si realmente ello contribuye a la solución de los problemas. Desde la bioética hasta el derecho ambiental, se habla de la protección de los intereses de las generaciones futuras como la cruzada más loable de los últimos tiempos. Pero el profesor italiano Stefano Pratesi (Doctor en Ciencias Bioético-Jurídicas y Derechos Humanos de la Università di Leche y Profesor Titular de Antropología Jurídica de la Università di Teramo) duda de la compatibilidad de esa inclusión con la concepción tradicional que tenemos del derecho.

Es por eso que, con todo acierto, la Secretaría de Investigación de nuestra Facultad invitó a este reconocido jurista para que nos ilustre sobre su último tema de estudio: Generaciones futuras: ¿nuevo sujeto jurídico y político? La conferencia se llevó a cabo en el Salón Rojo el 1 de septiembre.

“El paradigma está cambiando”. Así comenzó Pratesi su exposición y aclaró que hablar de generaciones futuras es hablar de paradigmas puesto que ninguna de las afirmaciones que se han hecho hasta ahora, desde el contractualismo hasta el utilitarismo, sirven para solucionar la cuestión.

Las cuestiones relativas a las generaciones futuras no son nuevas en el derecho. En 1945, con la Carta de la ONU, se veló explícitamente por ellas. Posteriormente fueron incluidas en el Tratado de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (1972); en la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (1975); en la Declaración sobre el Medio Ambiente en Río de Janeiro (1992); y en la Ronda de Doha de la OMC y la Declaración de la UNESCO por la Tutela de las Generaciones Futuras (1997) .

Desde el punto de vista filosófico, Pratesi propuso partir de una visión que tuvieron Karl Popper y Konrad Lorenz: la vida siempre busca un mundo mejor, busca el desarrollo; pero en esa búsqueda se corre el riesgo de equivocarse. Entonces, cuando hablamos de estos temas, podemos afirmar que estamos avanzando hacia algo mejor.

Sin embargo, también tenemos que asumir que es posible que cometamos errores en el camino.

El problema reside principalmente en que estamos hablando de gente que no está presente para darnos su opinión. Desde lo jurídico Pratesi se preguntó: ¿Puede otorgarse un derecho a un sujeto potencial?

A partir de allí, nuestro investigador invitado citó numerosas teorías jurídicas y éticas. Primero aludió a Leszek Kolakowski para quien hoy prevalece —frente al mito edípico del deber— el mito del acreedor (creditor). De esta manera, el sujeto de derecho contemporáneo es alguien que tiene un crédito hacia el futuro y ninguna deuda hacia el pasado. Ya no se está hablando tanto de deberes, sino de derechos.

Luego, trajo a colación un trabajo de Gerhart Husserl llamado *Tiempo y Norma* (Recht und Zeit) donde se proponen dos relaciones típicas: la del político y la del legislador. El tiempo de la administración es un tiempo corto, mientras que el tiempo del derecho es un tiempo de proyección que debe perdurar hacia el futuro. Para Pratesi, ese paradigma no existe más debido a que ahora el tiempo de la administración es el tiempo de la emergencia y el tiempo del derecho es un tiempo de corto plazo. Esto se verifica en el Protocolo de Kyoto, donde las metas normativas llegan como mucho a 30 o 40 años.

Pero Pratesi fue más atrás: “¿Hasta dónde se puede medir el progreso?”. En ese sentido observa dos discursos en boga: el del happy ending (final feliz) o el del unhappy ending (final fatal). El problema es que éstas son dos posturas fundamentalistas que se traducen en una inoperancia de la norma para controlar el paso del tiempo. “Se ha perdido el sentido del largo plazo”, nadie quiere asumir la responsabilidad que supone emprender un camino complejo.

Volviendo al tema concreto, Pratesi explicó que para los utilitaristas la generación futura tiene que ver con una compatibilidad de intereses. Pero el problema para este experto es que habría una asimetría de origen porque el segundo sujeto interesado no está para decirnos cuál es su interés. Por eso, debemos tener cuidado al asignar derechos a granel porque creamos una ficción de sujetos activos que en realidad no lo son.

Para Hans Jonas, la solución pasa por poner un límite al progreso. Ese límite es el horror, frente al cual el derecho debe plantarse (por ej. el genocidio). Sin embargo, Pratesi opinó que hoy el límite no es un punto de referencia fijo. Por ejemplo, los presidentes de los países desarrollados dicen que no pueden cumplir con los plazos estipulado para las metas ambientales. Es decir, el problema es que no está claro dónde está ese abismo o si se puede posponer.

Finalmente, citó a las teorías del bien común donde, por ejemplo, Luigi Ferrajoli diría que este se logra poniendo todas las necesidades dentro de la norma jurídica. El conflicto es que no sabemos cuáles serán las necesidades futuras. El argentino Carlos Nino propondría que la solución se dé con la participación de todos en la construcción del bien común. Pero acá, las generaciones futuras no están para participar.

Frente a este panorama desconcertante, Pratesi prefirió seguir a Michel Foucault, quien se preguntaría: ¿Existen de verdad las generaciones futuras —el idioma de las víctimas— o será sólo una creación propia de nuestras necesidades actuales?

“Hoy necesitamos proponernos preguntas. Quizá lo jurídico no pueda solucionar todo. Quizá que alguien tenga derechos no signifique necesariamente que debamos tutelarlos”. Así concluyó Stefano Pratesi su conferencia. (Pratesi, 2005)

BIBLIOGRAFÍA.

Avial, L. (28 de Febrero de 2019). *Revista Libertalia*.

Obtenido de "La mujer en el Derecho Romano: una aproximación".:

<https://www.revistalibertalia.com/single-post/2019/02/28/La-mujer-en-el-derecho-romano>

Bourdieu, P. (2007). *El sentido práctico*.

Durkheim, E. (1893). *La división del trabajo social*.

Fernandez Baquero, M. E. (2012). *Revista de Derecho UNED*.

Obtenido de "Definición jurídica de la familia en el Derecho Romano":

<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11094/10622>

Foucault, M. (05 de 11 de 2012). *Dialnet - Juan Fernando Delgadillo*.

Obtenido de Foucault y el análisis del poder.:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3974352.pdf>

<https://www.aacademica.org/000-096/678.pdf>

<https://www.unrc.edu.ar/publicar/cde/05/Aguilar%20Ramos.htm>

Kemelmajer de Carlucci, B. &. (2014). *Nuevos desafíos del Derecho de Familia*.

Kemelmajer de Carlucci, H. & L. (2014). *Tratado de Derecho de Familia*.

Kuhn, T. (1962). *La estructura de las revoluciones científicas*.

La guía 2000, R. (Julio de 2007). *La Guía 2000*.

Obtenido de Hilda:

<https://www.laguia2000.com/edad-antigua/la-patria-potestad-en-roma>

López, J. (2018). *Plataforma Digital de Derecho, Ciencias Sociales y Humanidades*.

Obtenido de "Cesación: «capitis deminutio», «emancipatio»":

<https://leyderecho.org/patria-potestad-en-el-derecho-romano/>

Lorenzetti, R. (2015). *Nuevo Código Civil*.

Obtenido de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>

Pratesi, S. (29 de Septiembre de 2005). *Generaciones futuras: ¿nuevo sujeto jurídico y político?*

Obtenido de Derecho, UBA:
<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/generaciones-futuras-nuevo-sujeto-juridico-y-politico/+728>

Redacción. (21 de Septiembre de 2019). *Rio Negro*.

Obtenido de Rio Negro tiene su primer Código Procesal de Familia:
<https://www.rionegro.com.ar/rio-negro-tiene-su-primer-codigo-procesal-de-familia-1115967/>

Rousseau. (1762). *El contrato social*.

Sbdar, C. B. (04 de 2015). *Infojus*.

Obtenido de La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42121.pdf>

Weber, M. (02 de 2002). *Dialnet - Francisco Pamplona*.

Obtenido de Legitimidad, dominación y racionalidad en Max Weber:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5900558.pdf>

Weber, M. (1964). *Economía y Sociedad*.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	02
RESUMEN.....	03
ESTADO DE LA CUESTIÓN	04
OBJETIVOS.....	05
MARCO TEÓRICO	06
INTRODUCCIÓN.....	07

DESARROLLO DEL TEMA

CAPÍTULO I

El paso del tiempo en el concepto “familia”.

1. Introducción	09
2. La familia en el Derecho Romano	09
3. El “pater familia”	10
4. Extinción de la patria potestad en el Derecho Romano	12
5. La emancipación	13
6. La mujer en el Derecho Romano	13
7. Conclusión.....	15

CAPÍTULO II

El paradigma posmoderno de la familia.

1. Introducción	17
2. El matrimonio.....	17
3. Diversos paradigmas de familia	18
4. La mujer en el antiguo paradigma.....	19
a. Su contemplación en los primeros códigos	19
5. Conclusión.....	19

CAPÍTULO III

La evolución siempre es mejor.

1. Introducción	22
-----------------------	----

2. La figura de la mujer a lo largo del tiempo	22
3. Modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación	23
a. Privación de la responsabilidad parental	23
4. Los géneros	25
a. Perspectiva de género	26
5. Regulación normativa	26
6. Nuevas incorporaciones	27
5. Los feminismos y sus olas.....	29
5. Conclusión.....	29

CAPÍTULO IV

El centro de todo: “la familia”.

1. Introducción	31
2. La familia como modelo de organización	31
3. Cambio de paradigma	32
a. Influencia en la familia.....	32
4. Evolución del concepto “familia” en Argentina y Latinoamérica	33
5. Conclusiones	35

CAPÍTULO V

La Sociedad y el Derecho.

1. Introducción	37
2. Análisis del Derecho en relación a la sociedad.....	37
3. Análisis desde la Sociología.....	38
a. Origen y máximos referentes	39
4. Sistema jurídico.....	40
a. Derecho de interés	41
5. Análisis.....	41
6. Conclusión.....	42

CAPÍTULO VI

El Derecho de Familia y su propia codificación.

1. Introducción	44
2. Países que poseen Código en la materia.	44
3. Ventajas de la codificación del Derecho de Familia	45
4. Casos de codificación en Argentina	45
5. Conclusión.....	46
 CONCLUSIONES FINALES.....	 47
Anexo	49
Bibliografía	52