

Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del Derecho de Familia

MARISA HERRERA* y VERÓNICA SPAVENTA**

I. APERTURA

Primavera 2005. Los meses finales del año no suelen ser propicios para sumar otros trabajos o construcciones teóricas de cierta envergadura, a más de aquellos a los que uno viene dedicándose. El cansancio se hace notar, más en este tipo de iniciativas. Sin embargo, la invitación a participar de este número de la Revista *Academia*, que hace tiempo atrás nos formulara Mary Beloff en su carácter de Directora del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos resultó una propuesta más que tentadora (y alentadora). Pues la iniciativa constituye una propicia ocasión para plasmar en el papel algunas ideas en torno a la enseñanza del Derecho de Familia en los inicios del siglo XXI que, de forma desordenada, giran en nuestra cabeza.

Sumergidas en este nuevo desafío, intentaremos entonces, no traicionarnos ni decepcionar a nuestros lectores a raíz del tedio epocal.

Desde nuestra perspectiva, el Derecho es un ámbito de lucha política y su transmisión académica, lógicamente, también lo es, en tanto “[l]a actividad práctica de la enseñanza afirma en un sentido sostenido y determinado una influencia social sobre los aprendices”.¹

* Abogada. Docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y coordinadora de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia y de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

** Abogada. Docente de la materia Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magister, Universidad de Salamanca, España.

¹ PALAMIDESSI, Mariano y Silvia GVIRTZ, *El ABC de la tarea docente: currículum y enseñanza*, Aique, Buenos Aires, 2000, p. 136. Esta tesis explica por qué, por ejemplo en Alemania,

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

En ese contexto teórico, nos proponemos en esta oportunidad dejar sentados ciertos principios a modo de “estructuras” a partir de los cuales movilizar lo “dado” o “naturalizado” en el terreno de la enseñanza de grado del Derecho de Familia. En función de nuestra experiencia (como estudiantes de grado, posgrado y doctorado, a más de la docencia), nos limitaremos, básicamente, a desarrollar la meta esbozada en el marco de la universidad pública, cuyo horizonte educativo aspira a ser democrático, pluralista y laico.

Se trata de pensar y profundizar desde una mirada crítica,² acerca de los cambios estructurales e ineludibles que debieran socavar los cimientos de este complejo proceso comunicativo que implica enseñar y aprender Derecho de Familia en la instancia universitaria de grado pública. De modo tal que la instalación de un nuevo paradigma en esa área del Derecho sea factible, con relación a su contenido curricular como a su método de transmisión de conocimientos en la academia. Acercando el Derecho de Familia y su enseñanza-aprendizaje a una compleja y poco entusiasta realidad social sobre la cual, al mismo tiempo, opera transformándola.

¿Por qué nos parece que es necesario revisar el proceso de formación universitaria en Derecho de Familia en sus primeros andariveles? ¿Cuáles son las notas disonantes que nos movilizan en este camino deconstrutivo? ¿Cuáles son los principales obstáculos a enfrentar primero en esa instancia de deconstrucción y luego al tiempo de proponer alguna reconstrucción? ¿Y cuáles las herramientas vitales para alcanzar este último objetivo?

la burguesía no tomó ni el Parlamento ni la administración estatal como sucedió en Francia sino, en cambio, la Universidad. Lo que a su vez explica por qué el método hermenéutico propiciado en ese país fue el “*ex-cathedra*”: la ley interpretada según el sentido marcado por la doctrina. Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, separata de *Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social*, libro *Homenaje a José Manuel Delgado Ocando*, Colección Libros Homenaje N° 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 101.

2 Entendida en doble sentido: como “*crítica teórica*” y “*conocimiento que no sólo sirve para explicar el mundo, sino también para transformarlo*”. Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, “Teorías jurídicas alternativas”, en *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, p. 29; y “Acerca de las relaciones entre marxismo y derecho”, en *Derecho, política...*, op. cit., p. 71.

Antes de abocarnos a trabajar a partir de las inquietudes precedentemente expuestas en el contexto teórico brevemente trazado, nos parece pertinente hacer dos aclaraciones.

En primer lugar, destacar especialmente que las críticas que aquí se desplegarán, responden a un nivel de análisis general, en abstracto. De ninguna manera se refieren a la didáctica emprendida en una determinada cátedra y/o comisión. En otros términos (más usuales), las opiniones vertidas en este documento son de responsabilidad exclusiva de sus autoras y no reflejan los puntos de vista de las comisiones y/o cátedras que integran.

Por otra parte, explicar las razones que justifican la distinta formación académica y procedencia docente de quienes estamos detrás (y delante) de este ensayo. Seguramente, no es necesario este ejercicio respecto de quien integra una de las tantas comisiones en las que se dicta la materia denominada "Derecho de Familia y Sucesiones". Lejos de nosotras cualquier ánimo propagandístico, pero el *slogan* "estar cerca es muy bueno" funciona (y con mucha fuerza en un mundo académico signado por una visión dogmático-fragmentaria).³ En cambio, resulta indispensable, desde esa cosmovisión académico-universitaria, dar cuenta de la incorporación de quien proviene del campo de la Filosofía del Derecho. Pero esta aparente *ineludibilidad* se diluye (o cuando menos se atenúa), si colocamos sobre el tapete la filiación crítica de la cátedra de "Teoría General del Derecho" a la cual pertenece esta de nosotras.

La combinación de estos ingredientes formativos que caracterizan esta dupla de trabajo, no es casual. Nos posibilita encarar la cuestión desde un abordaje integrador: que incluya al mismo tiempo y como caras de una misma moneda, las teorías que sustentan las prácticas que se transmiten (como naturalizadas) a través del Derecho de Familia. Dosis de miradas angularmente situadas en la dogmática jurídica, de un lado, y en marcos teóricos, de otro, aptas para denunciar toda quietud, anquilosamiento y/o parálisis (no ingenuos) del conocimiento y transmisión del Derecho de Familia.

³ Bueno no sólo para conocer con mayor detenimiento el objeto en estudio (en este caso, la enseñanza del Derecho de Familia) sino, y por ello mismo, poder apreciar desde adentro las falencias y/o deficiencias que presenta la transmisión del conocimiento sobre esta rama del Derecho en un espacio público universitario.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

Doble perspectiva, especialmente propicia en esta rama del Derecho, de indiscutible carácter interdisciplinario, y en una época decididamente compleja.⁴

II. UN MODELO INSUFICIENTE

A) LA ENSEÑANZA ACTUAL DEL DERECHO

Aunque pensadas a partir de un espacio académico diferente, las reflexiones de Duncan Kennedy en torno a la educación legal que se imparte en las facultades de Derecho (norteamericanas)⁵, nos resultan útiles para caracterizar el modelo de enseñanza jurídica vigente. Un modelo organizado a partir de patrones de jerarquía y dominación. Destinado a reproducirlos, a través del entrenamiento de profesionales aptos para operar en un orden social determinado (siempre opresivo y por eso mismo violento), desde el conocimiento técnico que acumularon en

⁴ Complejidad epocal marcada por el aumento de la productividad del capital y el correlativo aumento de la desocupación, con sus perversos efectos sociales (basta contrastar, con tristeza y sin resignación, las situaciones que se perciben en la cotidianidad de la vida, si todavía se conserva algún criterio de realidad; o las estadísticas oficiales de los últimos años, si sólo el dato cuantitativo es relevante); la densificación y el incremento de la interacción social, con su correlativa proliferación de códigos y multiplicidades identitarias y culturales; los grados alcanzados de inteligibilidad del mundo, a partir de la monopolización "científica" del conocimiento desarrollado; los cambios producidos en la tecnología de la comunicación, con su consecuente proceso de aceleración, transformación y disponibilidad masiva de los diversos flujos comunicacionales, entre otros. Complejidad que, como señala Cárcova, produce un "impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos; en la circulación del poder y del control; riesgo y posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad en la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del derecho. Y, para no perder el rumbo, desafíos, por último, para la comprensión de tan sofisticados procesos y de las formas de legalidad que a ellos corresponden, que se tornan, por razones estructurales, progresivamente más opacas". Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 167.

⁵ KENNEDY, Duncan, "La educación legal como preparación para la jerarquía", en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 373-401.

las aulas universitarias y que se asume neutral en concordancia con el positivismo dominante en los claustros académicos.

Un modelo que se ocupa especialmente de invisibilizar el potencial transformador del Derecho.⁶ Un modelo que, en otras palabras, oculta el carácter intensamente político de las facultades de Derecho y del discurso jurídico mismo.⁷

Un modelo que se incardina en un modo específico de pensar el Derecho, basado en el "mito de la uniformidad semántica de las ciencias sociales": la coherencia, armonía y racionalidad interna del campo semántico del discurso del Derecho, es el resultado de un proceso de producción caracterizado por un incesante tráfico de discursos disciplinares de diferente origen, forma y función que si bien fijan y determinan las condiciones de posibilidad de surgimiento material del discurso jurídico, son finalmente eludidos o desconocidos por éste.⁸

Un modelo que encaja dentro del "paradigma de la llave", que reduce la existencia del objeto positivo a las normas jurídicas válidas.⁹ Y para el cual, entonces, conocer el Derecho consiste básicamente en aprehender el sentido que a esas normas le confirieren los operadores del Derecho, sea a través de la interpretación jurisprudencial como dogmática. Sentidos

⁶ En Argentina, Cárcova ha trabajado sobre este doble juego de posibilidades conservadora, por un lado, y rupturista, por otro, bajo el concepto de "función paradójica", que describió en los siguientes términos: "el derecho en lo substancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol de remoción y transformación de tales relaciones. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora". Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, "Acerca de las funciones del derecho", en VV. AA., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 217.

⁷ Desde una perspectiva crítica del Derecho, el carácter político, ideológico e histórico del discurso jurídico es presentado en toda su dimensión.

⁸ Cfr. MARÍ, Enrique E., "'Moi, Pierre Riviere...'" y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales", en *Papeles de filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1993, ps. 249-290. Elusión o desconocimiento que, entonces, instaura de ese modo las ficciones de "apoliticidad", "neutralidad", "ahistoricidad", como decíamos propias del positivismo de la ciencia, que ponen un velo ideológico sobre las relaciones estructurales de dominación, generando consensos a través del disciplinamiento, para facilitar su reproducción constante.

⁹ Cfr. MARTYNIUK, Claudio, "Sobre la narración hermenéutica de la normatividad: tesis sobre la hermenéutica, la novela del derecho y la retórica", en COURTIS, Christian (comp.), op. cit., pp. 59-79, principalmente p. 61.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

que se incorporan como si fueran derivaciones mecánicas, productos de operaciones lógico-deductivas, y que finalmente se cristalizan, borrando la complejidad y creatividad que le es propia al acto de interpretar. Corriéndolo de la escena de sentidos en la que nace.

Por otra parte, la enseñanza actual del Derecho es fragmentaria. Cada cuestión jurídica es planteada como si fuera completamente distinta, y por tanto, carente de toda conexidad con las demás. Cada área de la dogmática legal como cada punto de los programas de las diferentes materias que forman la currícula universitaria, aparecen como compartimentos estancos. De esta manera, el estudiante, futuro profesional, adquiere una visión parcializada que obstaculiza el acceso a una mirada global sobre lo que el Derecho es y acerca de cómo funciona. Entre otros efectos, esta perspectiva retaceada del fenómeno jurídico limita las posibilidades de transformación de ese discurso social a modificaciones graduales y en cada caso, esto es: a una “estrategia reformista”.¹⁰

Asimismo, este modelo de enseñanza legal aísla el razonamiento teórico de la práctica y deja fuera del proceso de aprendizaje este último ámbito. Esta distinción categórica y excluyente “incapacita a los alumnos para cualquier otro papel que no sea el de ‘aprendiz’”.¹¹ Ubicación que genera las condiciones de posibilidad de un sistema que legitima la explotación y sumisión del abogado que se inicia, pues debe pagar su derecho de piso. Y, al mismo tiempo, fomenta el mito acerca de la irrelevancia de la teoría que se aprende en la facultad y la sobrevaloración de las habilidades que se asimilan una vez que se está fuera mediante el ejercicio profesional (que a su vez está estandarizado).

A estas consideraciones de carácter general, extrapolables al Derecho de Familia, cabe agregar el contenido de un programa que se resiste a verse actualizado desde sus mismos cimientos. Programa que, por otra parte, se repite en cada uno de los manuales que cual sagradas escrituras del mundo académico están llamados a recitar los y las estudiantes para aprobar “Derecho de Familia y Sucesiones”.

¹⁰ Cfr. KENNEDY, Duncan, op. cit., p. 381.

¹¹ Cfr. KENNEDY, Duncan, op. cit., p. 381.

B) ASPECTOS CONCRETOS DE UNA INCAPACIDAD ANUNCIADA: LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU DIFICULTAD PARA PENETRAR EN EL AULA

El Código de Vélez, que data del año 1869, fue redactado muchos años antes de que la comunidad internacional inaugurara la etapa de positivación de los derechos humanos, luego de la terrible experiencia de la Segunda Guerra Mundial, en el año 1948, y que culmina con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Mucho antes, también, de que se publicara *El segundo sexo*¹² y se empezara a hablar de la teoría feminista o de los estudios “*queer*” o trans o intersex.

Un Código que fue pensado para dar respuesta a problemas propios de una sociedad con perfiles bien diferentes a la actual, tendiente a asegurar un orden social cuya legitimidad hoy hace agua por varios frentes.

A nadie sorprenderemos si aseveramos que la vida familiar actual se materializa a través de formas complejas y plurales. Que una amplia gama de actores sociales aparecieron en la escena pública para demandar a viva voz el reconocimiento de una ciudadanía plena. Para denunciar la existencia de ciudadanos “de segunda”,¹³ condenados a vivir al margen del Derecho, en el mundo del “no derecho”.

Tampoco innovaremos si recordamos que en nuestro país iniciamos este incipiente siglo XXI con índices alarmantes de exclusión social. Con el 50% de la población viviendo bajo la línea de pobreza y el 25% bajo la línea de indigencia. Con tasas preocupantes de desempleo, subempleo, trabajo en negro y precario.

Sin embargo, esta nueva fisonomía social pareciera no tener la fuerza suficiente para penetrar en los claustros docentes y modificar la perspectiva desde la cual pensar, regular y enseñar el Derecho de Familia.

Rama que sigue preocupada por los conflictos planteados en la práctica profesional por los estratos medios y altos de nuestra sociedad.

¹² Obra clásica, de la gran filósofa existencialista Simone de Beauvoir, fundante del feminismo, que aparece publicada por primera vez en Francia en el año 1949 bajo el título *Le deuxième sexe*.

¹³ Las sociedades occidentales reservaron cuidadosamente el traje de “*ciudadano*” para el varón adulto, blanco, heterosexual y propietario.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

Claro, son rentables.¹⁴ Así, enseñamos y aprendemos el régimen patrimonial del matrimonio o el derecho alimentario a partir de problemas y eventuales soluciones que difieren de las modalidades de los que se presentan ante los estrados judiciales o en los servicios jurídicos gratuitos. Pues siempre estamos presuponiendo la existencia de un patrimonio, objeto de disputa y con el cual responder (en esto somos coherentes con la ficción civilista acerca del patrimonio como atributo de la personalidad).

Una enseñanza del Derecho de Familia comprometida con los más pobres (con los más débiles diría Ferrajoli)¹⁵, debería incorporar el tratamiento de los procesos por “protecciones de persona” (en tanto funcionan como antecedentes de la declaración del estado de adoptabilidad de los y las niñas, judicializando la pobreza). Al abordar el régimen legal de la adopción: la situación de vulnerabilidad de derechos por la que habitualmente atraviesan las madres que proveen hijos a las familias socioeconómicamente mejor ubicadas; la responsabilidad del Estado en las entregas sostenidas en razones económicas; los pedidos de restitución en los que, en muchos casos, deriva esta indebida omisión de protección de derechos económicos sociales, culturales, sexuales, reproductivos y de los niños a no ser separados de sus padres por causa de la pobreza.¹⁶ En materia alimentaria, la reflexión acerca de cómo ejecutar cuotas alimentarias impagas cuando el obligado es un desempleado, hace algunas changas o trabaja en negro; la revalorización del pago en especie en estos supuestos como, de manera paralela, reforzar los lazos filiales (en consonancia con los derechos del niño); la responsabilidad del Estado

¹⁴ Otra preciada característica del modelo de enseñanza legal actual: prepara para el ejercicio liberal de la profesión y, en consecuencia, poco se ocupa de las diversas trabas que la mayoría de los ciudadanos y las ciudadanas de este país tienen que sortear para acceder a la justicia. Cecilia P. Grosman, es esa excepción que siempre viene a confirmar la regla (su actividad como investigadora y cada una de sus publicaciones, confirman nuestra hipótesis).

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit.

¹⁶ Hemos desarrollado alguna de estas cuestiones en “El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción”, publicado en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 27, Buenos Aires, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2004.

para que todo padre pueda cumplir con esta obligación a cargo, sea mediante un fondo de garantía u otro tipo de medida alternativa.¹⁷

Asimismo, la enseñanza del Derecho de Familia hoy reproduce con convicción ideológica una normatividad que mantiene como “actores de reparto” a todos aquellos que osan vivir fuera del modelo familiar legítimo. Se sigue priorizando el estudio del régimen personal y patrimonial del matrimonio. Poco importa, en cambio, la situación de desprotección de derechos fundamentales a que son condenadas por ejemplo las parejas de homosexuales, transexuales o de convivientes heterosexuales (no “concubinatos”, al ser considerado en la actualidad de manera casi unánime un concepto peyorativo). O las específicas demandas que plantean las familias ensambladas o monoparentales, en cuestiones relativas a la adopción, al derecho alimentario o al errado concepto de “régimen de visitas”. La perspectiva es siempre la misma: es la familia nuclear matrimonial heterosexual, nacida para perpetuar la especie, la que merece toda la fuerza protectora que el art. 14 bis de la Constitución Nacional consagra ampliamente, cualquiera sea el modelo familiar.¹⁸

Por otra parte, una enseñanza comprometida con la igualdad entre varones y mujeres destinaría buena parte de sus esfuerzos a derribar los últimos vestigios del molde patriarcal sobre el cual se erigió la familia tradicional. Léase, por mencionar algunos: la falta de legitimación de la mujer para impugnar la paternidad del marido; la discriminación (según cuál sea el cónyuge involucrado) en la que incurren algunas disposiciones del régimen patrimonial del matrimonio (como, por ejemplo, en materia de donaciones prematrimoniales entre los cónyuges o donaciones *propter nuptias*); el “nombre del padre” (salvo que no exista filiación paterna, los hijos o hijas de una mujer no pueden llevar su

¹⁷ Cfr. GROSMAN, Cecilia P., “Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado”, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 45 y ss.

¹⁸ Esta mirada reduccionista es la que en buena medida explica por qué las madres proveedoras de niños y niñas al sistema adoptivo estén ausentes y, en cambio, las parejas bien constituidas aparezcan como las protagonistas de ese sistema (únicas que, por otra parte, pueden adoptar en forma conjunta). Sostuvimos esta tesis por primera vez en HERRERA, Marisa y Verónica, SPAVENTA, “El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción”, op. cit.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

apellido)¹⁹; la diferenciación en cuanto a la edad legalmente exigida para contraer matrimonio (16 a la mujer, 18 al varón); la presunción del art. 260, párrafo 2º, del Código Civil en materia de tenencia de los hijos menores de 5 años de edad en caso de separación o divorcio de los padres; la facultad reconocida a la mujer en caso de muerte presuntiva del marido (contenida en los arts. 1307 a 1311 del Código Civil), y la figura de la “nuera viuda sin hijos” (que no tiene correlato legal frente al yerno en igual situación).

Tampoco encuentran acabado tratamiento las problemáticas vinculadas a los desarrollos científicos, biotecnológicos.²⁰ Estos descubrimientos han impactado en el Derecho de Familia. Por ejemplo, la posibilidad de: obtener certeza genética sobre los vínculos filiatorios a través de la prueba de ADN; acceder a sofisticadas y efectivas técnicas de reproducción asistida; prolongar la vida mediante la intervención médica; decidir sobre el propio cuerpo a raíz del perfeccionamiento de los métodos anticonceptivos y de las intervenciones quirúrgicas contraceptivas (ligadura de trompas o vasectomía); adelantar el parto en los casos de embarazos incompatibles con la vida, entre tantos otros. Estas oportunidades dieron origen a sendos debates en torno a: la obligatoriedad o compulsividad de las pruebas biológicas y la posible colisión entre el derecho a la identidad y el derecho a la integridad física; el derecho a conocer los orígenes y la determinación de la filiación en el supuesto de la fertilización heteróloga (o sea, con donante anónimo); la voluntad procreacional como generadora o fuente de derechos; la llamada eutanasia (que en su sentido etimológico significa “buena muerte”); el encarnizamiento terapéutico y el derecho a rechazar tratamientos médicos; la posibilidad de dejar sentada una declaración de voluntad anticipada sobre ciertos tratamientos médicos o ante determinadas afecciones a la salud; la consolidación de los derechos sexuales y reproductivos de niños y jóvenes, y la supuesta tensión con la mal llamada “patria potestad”, por citar algunos. No obs-

¹⁹ En otras legislaciones el apellido no se trasmite patrilínealmente. Por ejemplo, en el Derecho alemán los cónyuges están facultados para determinar cuál será el apellido matrimonial.

²⁰ El vertiginoso avance de la biotecnología operado desde la segunda mitad del pasado siglo XX a raíz del descubrimiento del ADN, cristalizado en el año 1953 por Francis H. C. Crick y J. D. Watson, en atención a lo expresado por Salvador Bergel, no habría

tante, el derecho a procrear o no, a la identidad, a disponer del propio cuerpo, a idear y desarrollar el propio plan de vida, a morir con dignidad, formalmente no fueron integrados a los programas de Derecho de Familia que actualmente se desarrollan en la carrera de grado.

Finalmente, las resistencias también se hacen notar en cuestiones vinculadas al régimen de patria potestad ("autoridad parental", según doctrina más acorde con las tendencias democratizadoras de la vida familiar), al régimen de visitas (hoy denominado derecho de comunicación por las doctrinas más modernas) y a la intervención que a los niños les cabe en los procesos de familia, en consonancia con el reconocimiento de la condición de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes. Lógicamente, no resulta fácil modificar una cultura autoritaria que calificó al niño de incapaz y, consecuentemente, lo trató como a un objeto al que había que proteger. Pero han pasado más de 15 años desde el año 1989.²¹

Estos temas, en el mejor de los casos, o bien son mencionados al pasar durante la enseñanza de grado, o bien forman parte de la oferta de cursos del posgrado.²² ¿En lugar de ellos cuáles cuestiones son trabajadas en un curso de grado? Temas como la nulidad del matrimonio siguen ocupando toda una bolilla de los planes de estudios (profundiéndose clasificaciones "clásicas" como ser la de impedimentos impe-

culminado ya que "todo hace suponer que esa tendencia continuará con toda fuerza en los años que transitamos". Cfr. BERGEL, Salvador D., "Genoma humano: cómo y qué legislar", en L. L. 2002-A-1055.

²¹ Un 20 de noviembre de ese año, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, adoptaba la Convención sobre los Derechos del Niño.

²² Algunos entienden que estas temáticas aportan un sustrato fáctico-jurídico apto para ser abordado en un nivel superior como el de posgrado. En nuestra opinión, tal concepción parte de un presupuesto falaz que confunde "novedad" (sabemos el poder de convocatoria que lo novedoso suele tener) con transformación sustancial. Y pensamos que estas problemáticas poseen una fuerza irruptiva capaz de provocar un quiebre en el modo en que se desarrollaba el conocimiento del Derecho de Familia, como así también en el objeto de ese saber. En la forma, en el cómo se enseña, en tanto invita a cuestionarse lo dado. Respecto del fondo de la materia, en tanto desestructura un programa curricular en todas sus dimensiones. Modificación que obliga a pensar en otro tipo de capacitación y preparación del docente y en nuevas pedagogías, que estimulen el pensamiento reflexivo y crítico, en el marco de un proceso de comunicación interactivo con los aprendices.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

dientes y dirimientes del matrimonio) aun cuando en la práctica tengan tan poca relevancia a la luz de los números.²³

Derecho y realidad... Relación de retroalimentación. Efectos preformativos del primero sobre la segunda, que no se desconocen aunque se oculten a través de la enseñanza dogmática del discurso jurídico. Potencial transformador silenciado. A su rescate. Opción ideológica y política por un mundo menos excluyente, a propósito de la regulación del Derecho de Familia. En nuestro caso, desde el modesto pero no menos perturbador rol docente.

III. IDEAS PARA PENSAR LA RECONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA FORMA DE ENSEÑAR EL DERECHO DE FAMILIA

....**DESDE NUESTRO COMPROMISO CON UNA ENSEÑANZA ANTIDISCRIMINATORIA**²⁴

Hay algunos ejes centrales sobre los cuales debería fundarse hoy, en nuestra opinión, la enseñanza del Derecho de Familia. A saber:

A) LA "PUBLICIZACIÓN DE LO PRIVADO"²⁵

El pensamiento liberal clásico, a partir de la modernidad, como afirma Frances Olsen, se estructura en función de un modelo dicotómico. Esto es, en torno a una serie compleja de dualismos o pares opuestos: cultura/naturaleza, racional/irracional, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, objetivo/subjetivo, abstracto/contextual, universal/perso-

²³ Según datos proporcionados por el Centro de Informática de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, durante el año 2000 tan sólo se presentaron 16 planteos de nulidad. Cifra que más o menos se mantiene pareja en los años sucesivos: 2001: 29; 2002: 15; 2003: 18; 2004: 17. Como contrapartida, de acuerdo con la misma fuente, los procesos por internaciones psiquiátricas son los más utilizados en la justicia de familia: 2000: 7.260 casos; 2001: 6.960; 2002: 6.876; 2003: 7.509; 2004: 9.343.

²⁴ En la misma línea, VITURRO, Paula, "Constancias", en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Año 3, N° 6, Buenos Aires, 2005.

²⁵ Y su contrapartida: la privatización del Derecho Público, que se produce, por ejemplo, a partir de los procesos de privatización, hijos del más cruento neoliberalismo, cuyos efectos sociales escandalosos padecen con mayor énfasis los *parias* de estas sociedades estructuralmente excluyentes.

nalizado, poder/sensibilidad, activo/pasivo. Los mismos están, por un lado, “sexualizados” (una mitad de cada uno de ellos se considera “masculina” y la otra “femenina”) y, por otro, están “jerarquizados” (los términos de cada par identificados con lo “masculino” asumen la condición de “privilegiados” y “superiores” y los asimilados a lo “femenino”, en cambio, la de “desventajados” e “inferiores”). Por último, estos pares pertenecen a esferas bien separadas y también dicotómicas: la “pública”, en la que encuentra su lugar “natural” la mitad “masculina” de cada uno de los dualismos, y la “privada”, definida como el espacio también “natural” de la mitad “femenina” de aquéllos.²⁶

Llevada al Derecho esta lógica binaria del liberalismo, se plasmará en la diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado. División que remite a las “esencialmente” distintas regulaciones de la esfera estatal, de un lado, y de la sociedad civil y de la familia, del otro.

Especialmente con los aportes que al pensamiento teórico suma la teoría feminista a partir del conocido grito que nos remite a la década de los '70 –“lo personal es político”–, se visibiliza el modo en que aquella contingente diferenciación sirvió para relegar del concepto de ciudadanía a un vasto sector de la población (en la noción sólo quedaba comprendido, como dijimos, el varón, adulto, blanco, heterosexual y propietario, *el* sujeto de derecho). Por otro lado, y al mismo tiempo, se propugna y lentamente se va produciendo el debilitamiento de esa clásica división entre lo público y lo privado.

Traducido este proceso de borramiento al Derecho de Familia, es insostenible hoy la consecuente visión que de la institución familiar se predicó y cristalizó a partir de la modernidad: “entelequia”, “agrupación natural” o “célula básica”, simplemente reconocida (o no) por el Estado, ubicada fuera del campo de lo político, ideológico y cultural.²⁷ Es insostenible, pues, omitir denunciar el rol constitutivo que en la vida familiar desempeñan las leyes (y, claro, los sentidos que en cada operación de

²⁶ Cfr. OLSEN, Frances, “El sexo del derecho”, en RUIZ, Alicia E. C., *Identidad femenina y discurso jurídico*, primer volumen de la colección *Identidad, Mujer y Derecho*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-43, principalmente p. 25.

²⁷ Cfr. OLSEN, Frances E., “El mito de la intervención del Estado en la familia”, en FACIO, ALDA y Lorena FRIES (eds.), *Género y Derecho*, Lomo Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 413 y ss.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

asignación de sentidos le confieren los operadores jurídicos). Es insostenible, en definitiva, mantener oculto el modo en que el Estado define y redefine constantemente la familia, en tanto práctica social convencional, que varía entre las diversas culturas y a lo largo del tiempo, en el marco de un proceso que es siempre dinámico, contingente e ideológico, y que se produce en el cruce de lo jurídico con lo social, lo político y lo cultural.²⁸

B) LA “HUMANIZACIÓN”, “CONSTITUCIONALIZACIÓN” O “INTERNACIONALIZACIÓN” DEL DERECHO DE FAMILIA²⁹

La incorporación de sendos tratados de derechos humanos al Derecho interno ha producido un verdadero cambio de paradigma³⁰ en el modo de pensar e interpretar cualquier rama de la dogmática jurídica. Esta transformación nace en el marco de un modelo que se ha dado en denominar: “modelo constitucional-garantista” que, en palabras de Ferrajoli, deriva la validez del Derecho ya no de “un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino [de] una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución”.³¹

Esta revolución, obliga a redefinir el posicionamiento ocular de quienes invierten horas de su existencia en la enseñanza de grado del Derecho

²⁸ Una caracterización de la familia que incorpora las dimensiones social, política, ideológica y cultural, puede encontrarse en SPAVENTA, Verónica, “La ‘familia’ como proceso: el cruce de lo jurídico con lo social, político y cultural”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 38, N° 1, Puerto Rico, 2004, y “La familia desnuda”, en *Revista Crítica Jurídica*, N° 23, UNAM-UNIBRASIL-FIDH-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Curitiba, 2004, en prensa.

²⁹ Estas son las distintas maneras de denominar el mismo fenómeno por parte de reconocidos autores de la dogmática especializada: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derechos Humanos y Familia”, en ARNAUD, André-Jean et al., *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 57 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán, “Familia y Derechos Humanos”, en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad* del mismo autor, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 85 y ss., y MINYERSKY, Nelly, “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en FAUR, Eleonor y Alicia LAMAS (comps.), *Derechos universales. Realidades particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003, p. 96 y ss.

³⁰ En el sentido kuhniano del término. Cfr. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

³¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 26.

de Familia. El foco de atención de esa actividad ya no puede limitarse al análisis de las leyes infraconstitucionales, sino que debe extenderse hasta el vértice normativo nada delgado, conocido como “bloque de constitucionalidad”, conformado por un cúmulo de normas de jerarquía supralegal al cual se le ha adicionado el adjetivo “federal” para abarcar la cúspide normativa de doble fuente (interna e internacional) comprensiva de: la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y para algunos autores, las Opiniones Consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³²

Esta perspectiva desde donde razonar en y el Derecho, aporta ciertos principios hermenéuticos de imposible elusión en el campo del Derecho de Familia. Entre ellos, destacamos los siguientes: la igualdad de la mujer en todos los ámbitos de la vida (específicamente reconocida en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer), el reconocimiento del niño como sujeto de derecho (producido mediante la Convención sobre los Derechos del Niño), las cláusulas antidiscriminatorias incluidas en todos los instrumentos incorporados en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional, la ampliación de la protección constitucional de la familia prevista en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, la expresa positivización de los derechos económicos, sociales y culturales (especialmente en el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales).

C) *EL CONCEPTO DE “DIFERENCIA” COMO FUNDANTE DE LA POSMODERNIDAD*³³

Como sugiere Pietro Barcellona, “reconocer al diferente, al ‘otro’, no como un acto de caridad sino por la conciencia adquirida de que no

³² Al respecto puede consultarse, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I-A, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Buenos Aires, Ediar, 2000; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El bloque de la constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Nº 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, y MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003.

³³ “El ambiente post-moderno se asocia con (...) un mundo donde las posibilidades de cambio son múltiples (...), un mundo que opera y que es pensado a partir de categorías

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

puedo dar cuenta de mi identidad sin afirmar la diferencia del otro y custodiarla como una necesidad vital". O que, en palabras de Alicia Ruiz, "significa, pues, rechazar la identificación unitaria que niega y anula la existencia del otro. Significa también determinar de nuevo un espacio común". Un espacio que, como sostiene el jurista italiano mencionado, "es la tierra de nadie, sin apropiaciones, sin límites", donde "el único tiempo es el tiempo de lo posible, no dominado por un proyecto pero donde se pueda construir un proyecto de otro modo de convivir: el tiempo de la creación de un nuevo vínculo social".³⁴

Este concepto modifica sustancialmente el contenido del término "igualdad" (habitual protagonista de las demandas de grupos marginados por su condición de clase, etnia, género, edad, etcétera). Por lo cual, la igualdad queda redefinida como "la plena participación e inclusión de todas las personas en las instituciones de una sociedad" y como "la oportunidad sustantiva de todas las personas de desarrollar y ejercer sus capacidades y realizar sus elecciones."³⁵

Y, por último, el concepto de diferencia, con su correlativo impacto en el de igualdad, nos invita a pensar, regular y enseñar la familia como un campo plural y múltiple, porque desnuda, al tiempo que rechaza, los mecanismos a través de los cuales la diferencia se esencializa, transformándose en diferencia ontológica fundamental.³⁶ Porque instaura una "interde-

como 'posibilidad', 'paradoja', 'azar', 'diferencia'". Cfr. RUIZ, Alicia E. C., "De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía", en *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 64.

³⁴ Cfr. RUIZ, Alicia E. C., op. cit., p. 76.

³⁵ Cfr. VITURRO, Paula, "Igualdad y desigualdad", conferencia dictada en la Asociación de Filosofía del Derecho, en la Ciudad de Buenos Aires, durante el transcurso del año 2003.

³⁶ "El concepto de la diferencia entre los sexos ontológicamente constituye a las mujeres como diferentes/otras. Los hombres no son diferentes, la gente blanca no es diferente, ni lo son los amos (...) El concepto de diferencia no tiene de por sí nada ontológico. La función de la diferencia es enmascarar en todo nivel los conflictos de intereses, incluidos los ideológicos". Cfr. WITTIG, Monique, "La mente hétero", texto leído por la autora en el marco del Congreso Internacional sobre el Lenguaje Moderno, que tuvo lugar en 1978 en Nueva York. Está traducido al castellano por Alejandra Sardá (de la versión inglesa de Mary Jo Lakeland y Susan Ellis Wolf: *The Straight Mind*). Versión electrónica publicada en <http://www.zapatosrojos.com.ar/pdg/Ensayo/Ensayo%20-%20Monique%20Wittig.htm>.

pendencia de las diferencias recíprocas (no dominantes)", en el marco de una comunidad que no aspire a suprimirlas ni a simular su inexistencia.³⁷

D) LA MIRADA DEL FEMINISMO DECONSTRUCTIVISTA³⁸ (O DEL GÉNERO A LOS ESTUDIOS "QUEER", TRANS E INTERSEX)

¿Por qué no "perspectiva de género"? Porque esta frase, altamente efectiva, casi autoevidente, se cristalizó en un sentido unívoco que remite, cual sinónimo, al concepto de "mujer". Como señala Paula Viturro, "[e]l influjo de las constancias producidas por las concepciones bioanatómicas que clasifican a los cuerpos como masculinos y femeninos es de tal magnitud que, paradójicamente, un concepto surgido del ánimo político de oponerse a la máxima 'la anatomía es el destino', queda reducido a un simple correlato cultural de los cuerpos sexuados como si estos fueran naturalmente dados".³⁹

La irrupción del "género" cuestionando la fórmula biológica del destino⁴⁰ aportó al dominio feminista un fecundo terreno para redefinir las diferencias entre varones y mujeres en relación con sus identidades, roles sociales y relaciones de poder. Disociado el "género" del "sexo", siendo el primero una lectura cultural del último,⁴¹ las feministas logran mini-

³⁷ Cfr. LORDE, Audre, "Las herramientas del amo nunca desmontan la casa del amo", en *La hermana, la extranjera*, horas y Horas, Madrid, 2004, p. 117.

³⁸ En uno de sus trabajos, asumiendo los riesgos de todo reduccionismo clasificador, Josefina Fernández, en relación con las diversas concepciones del cuerpo, divide al feminismo deconstructivista del feminismo moderno. Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, "Los cuerpos del feminismo", en MAFFIA, Diana (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria, Buenos Aires, 2003, pp. 138-154. Por otra parte, cabe dejar sentada una segunda aclaración respecto del título elegido para este cuarto eje. Usamos el singular para hacer referencia al "feminismo" en el sentido propuesto por Teresa de Lauretis cuando aclara: "Voy a utilizar el término 'teoría feminista' (...) en singular para indicar ya no una perspectiva única y unificada, sino un proceso de conocimiento que se modifica según la especificidad histórica y está marcado por la presencia simultánea, y a menudo contradictoria, de esas diferencias en cada uno de sus ejemplos y prácticas". Cfr. DE LAURETIS, Teresa, *Diferencias. Etapas de un camino a través del feminismo*, horas y Horas, Madrid, 2000, p. 112.

³⁹ Cfr. VITURRO, Paula, "Constancias", op. cit.

⁴⁰ Desde la consagrada máxima beauvoiriana: "uno no nace mujer, sino que se hace".

⁴¹ Linda Nicholson recurre a la figura del perchero de pie para explicar como, para las feministas de la segunda ola, "el sexo es el lugar donde el género es supuestamente construido (...) El cuerpo es visto como una percha, dice, sobre la cual se cuelgan

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

mizar las diferencias biológicas entre varones y mujeres y proveerlas de nuevas significaciones y valores en el ámbito sociocultural, atravesado por las diferencias de género que lo organizan jerárquicamente.

Sin embargo, el carácter excluyente del "género" pronto quedará evidenciado.

Primero, en la década de los '70 con la aparición de las mujeres lesbianas que se incorporan a la escena para denunciar la lesbofobia del feminismo.

Luego, en los '80, con el arribo de las mujeres negras, quienes se ocuparán de rechazar el racismo del movimiento y de la teoría feminista.⁴²

Desde su condición de lesbiana y negra, Audre Lorde, es una de las feministas que mejor han sintetizado el cruce de estas voces de protesta que se levantaron al interior del feminismo: "Cualquier debate feminista sobre cuestiones personales o políticas queda desvirtuado si no tiene en cuenta (...) el papel de las diferencias en la vida de las mujeres estadounidenses: las diferencias de raza, de sexualidad, de clase y de edad (...) Uno de los mecanismos de control social consiste en inducir a las mujeres a otorgar legitimidad a una sola área de las diferencias humanas, las que existen entre las mujeres y los hombres."⁴³ Es necesario, no obstante, "arrancar de raíz los modelos de opresión que hemos interiorizado (...) [R]econocer las diferencias que nos distinguen de otras mujeres que son nuestras iguales, ni inferiores ni superiores, y diseñar los medios que nos permitan utilizar las diferencias para enriquecer nuestra visión y nuestras luchas comunes."⁴⁴

La fragmentación que estas nuevas miradas generaron en la categoría de "género", fue el antecedente del posterior debate teórico sobre la uti-

diversos tipos de artefactos relativos a la personalidad y al comportamiento". Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, "Los cuerpos del feminismo", op. cit., p. 143.

⁴² "Si las mujeres blancas olvidan los privilegios inherentes a su raza y definen a la mujer basándose exclusivamente en su propia experiencia, las mujeres de Color se convierten en las 'otras', en extrañas cuya experiencia y tradición son demasiado 'ajenas' para poder comprenderlas. (...) En la estructura de poder patriarcal, uno de cuyos puntales es el privilegio de tener la piel blanca, no se emplean los mismos engaños para neutralizar a las mujeres Negras y a las blancas". Cfr. LORDE, Audre, op. cit., pp. 126 y 127.

⁴³ Cfr. LORDE, Audre, op. cit., pp. 115 y 133.

⁴⁴ Cfr. LORDE, Audre, op. cit., p. 134.

lidad de mantener vigente la distinción sexo-género.⁴⁵ Debate que se sitúa ya en la década de los '90 y que se inaugura, fundamentalmente, con la publicación en el año 1990 del provocador libro de Judith Butler *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*,⁴⁶ y que un poco más tarde se enriquece con la gradual visibilización de travestis, transgéneros, transexuales e intersex. Desde entonces, "la pregunta que hay que hacerse ya no es '¿De qué modo se construye el género como (y a través de) cierta interpretación del sexo?' (una pregunta que deja la 'materia' del sexo fuera de la teorización), sino '¿A través de qué normas reguladoras se materializa el sexo?' ¿Y cómo es que el hecho de entender la materialidad del sexo como algo dado supone y consolida las condiciones normativas para que se dé tal materialización?"⁴⁷

Corrido el velo que ocultaba el modo en que el "género" estaba montado sobre una noción de cuerpo biológicamente determinado, fijo y ahistórico, la fatal crisis de esta categoría será ya inevitable. Pues, ya no es posible desconocer cómo aquel montaje eludía las diferencias habidas en las experiencias con el sexismo entre las mujeres blancas y negras, hetero y homosexuales, pobres y de clase media o alta, de países "desarrollados" o "tercermundistas", jóvenes y ancianas. Tampoco la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo el esquema biomédico que clasifica los cuerpos sexuados en femeninos y masculinos.⁴⁸

⁴⁵ "Si el género es la construcción social del sexo y sólo es posible tener acceso a este 'sexo' mediante su construcción, luego, aparentemente lo que ocurre es, no sólo que el sexo es absorbido por el género, sino que el 'sexo' llega a ser algo semejante a una ficción, tal vez una fantasía, retroactivamente instalada en un sitio prelingüístico al cual no hay acceso directo". Cfr. BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 23.

⁴⁶ Traducido una década después al español como *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Méjico, Paidós-UNAM-PUEG, 2001.

⁴⁷ Cfr. BUTLER, Judith, op. cit., pp. 28-29.

⁴⁸ "Somos 'inaugurados' e 'inauguradas' en el mundo a través de la respuesta a la pregunta primera, esencial: ¿es un varón o es una nena? La intersexualidad pone en suspenso, en muchos casos, la respuesta". Cfr. CABRAL, Mauro, "Pensar la intersexualidad hoy", en MAFFIA, Diana (comp.), op. cit., p. 119. "Seres que la medicina ha concebido, en la contemporaneidad, por la negativa, las no somos, por 'naturaleza', 'ni' hombres, 'ni' mujeres, sino habitantes de una corporeidad (y una identidad) 'ambigua', 'indefinida', 'incompleta', para procurar agotar el inventario de un solo

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

En definitiva, proponemos intentar repensar el nuevo orden familiar que desde las aulas reproducimos, a partir de los emancipadores aportes de las feministas negras y lesbianas, y del activismo “*queer*”, trans e intersex. Resistiendo, de ese modo, a gestos simplificadores como el difundido concepto de “género”.

E) LA INTERDISCIPLINA COMO MIRADA TRANSVERSAL

De conformidad con la complejidad propia de los conflictos que se presentan en el ámbito del Derecho de Familia, y en el marco de una concepción crítica del Derecho que no desatiende las teorías que sustenta la normatividad jurídica, la interdisciplina se presenta como un camino propicio para abordar esta rama del Derecho.

La familia, como institución clave de nuestras sociedades, ha despertado históricamente el interés de distintos tipos de conocimientos científicos. Por mencionar sólo algunos, tal vez los más importantes: la antropología, la sociología, la psicología y el trabajo social. Esos heterodoxos abordajes, aunque sean omitidos y en algunos casos hasta indi-

trago”. Cfr. CABRAL, Mauro, “Persistencias”, en FERNÁNDEZ, Josefina; Mónica D’ UVA y Paula VITURRO (comps.), *Cuerpos ineludibles. Un diálogo a partir de las sexualidades en América Latina*, Ediciones de Ají de Pollo (EAP), Buenos Aires, 2004, p. 202. A diferencia del cuerpo intersex, que puso en cuestión la existencia de un sexo binario, el cuerpo travestido, transgénérico o transexual, puso en crisis al género como categoría dual correlativa (por derivación “automática”) de aquella noción de sexo sobre la cual se construye. “¿Cuáles son las representaciones de género del travestismo? ¿Constituyen ellas un reforzamiento de las identidades de género socialmente establecidas como femenina y masculina? ¿Es el travestismo un tercer género, o, por el contrario, la expresión de una identidad paradójica para la cual la categoría de género resulta insuficiente?”. Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, edhasa-idaes (Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín), Buenos Aires, 2004, p. 15. Todas estas identidades nómades, desordenadas y abyectas -la intersexual, la travesti, la transgénero y transexual-, “repiten, representan y escenifican paródicamente el lenguaje de los géneros y denuncian al género como una realidad ‘performativa’, como un conjunto de actos carentes de un núcleo ontológico que las determine”. Identidades que “no sólo delata[n] el pacto de poder sobre el que se levanta el orden bipolar y biocéntrico de los géneros, sino que osa[n] llevar su mirada más allá del lenguaje que expresa y construye ese orden, para desordenarlo y tomarlo así más propicio a la exploración de otras formas de vida”. Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, op. cit., pp. 196 y 199.

ferentes para los operadores jurídicos, están presentes en el modo en que regulamos las relaciones jurídicas familiares.⁴⁹

¿Acaso no solemos hacer referencia a informes socioambientales, tratamientos terapéuticos bajo mandato, “estado puerperal”, pruebas genéticas, técnicas de reproducción asistida, entre tantos otros? ¿Acaso no integran los juzgados o tribunales con competencia en asuntos de familia profesionales formados en otras disciplinas de las ciencias sociales?

Esto no significa que las clases deben ser dictadas por personas imbuidas de otros saberes científicos, distintos de la abogacía. Nada más alejado de ello. Por el contrario, se trata de incentivar que los propios docentes, con sus perfiles jurídicos, se interesen por otras ópticas que facilitarán la comprensión del problema y de las soluciones jurídicas posibles.

Por lo demás, este tipo de entrenamiento, preparará a los futuros abogados a trabajar en equipos interdisciplinarios, a estar más abiertos, a escuchar otras voces, hábiles para acercarse en mejores condiciones a otros lenguajes.

Terminar de cruzar en definitiva esa barrera que tradicionalmente aisló al Derecho, y cuya superación ha “enriquecidos en las últimas décadas” a los “estudios jurídicos”, como asevera Carlos Cárcova.⁵⁰

En suma, si tenemos como intención última deconstruir para reconstruir, la beta interdisciplinaria que luce el Derecho de Familia no puede ser esquivada.

F) LA ANULACIÓN DE LA FAMILIA MATRIMONIAL COMO MODELO REGULADOR DE LAS CONDUCTAS FAMILIARES⁵¹

Vastísima es la producción literaria-académica publicada, especialmente desde la última década del siglo XX hasta la actualidad, referida

⁴⁹ Con rigor intelectual, Enrique Marí dio cuenta del modo en que esos saberes concurren al proceso de constitución del discurso jurídico, la razón de ser de su presencia, el momento en que ingresan y las formas de hacerlo, el tipo de relación que los conecta y sus movimientos. Cfr. MARÍ, Enrique E., op. cit.

⁵⁰ Cfr. CÁRCOVA, Carlos M., “Derecho, literatura y conocimiento”, en L. L. 2000-E-1229.

⁵¹ “La ‘unidad conyugal’, pieza clave de todo este andamiaje ha sido tratada casi siempre, como un mecanismo social y económico de alianzas familiares que refleja casi con exclusividad el comportamiento familiar de las elites más próximas, por acción u omisión, a la disciplina ‘Legitimum matrimonium’, consagrada en el Concilio de Tren-

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

a la transformación del concepto de familia, aunque esa producción no ha derivado todavía en la superación de la normativización matrimonial que rige con fuerza el Derecho de Familia.

El modelo familiar tradicional se levanta sobre los elementos de heterosexualidad, conyugalidad, monogamia, procreación y autoridad patriarcal, y se instala discursivamente (a partir de un discurso biologista y esencialista) como “natural”: es esta familia la “célula básica de la sociedad”.⁵² Esta cristalización de la familia matrimonial condenó a otras formas de organización familiar a vivir en los márgenes del Derecho, esquemas “enfermos”, “anormales”, “desviados”, “incompletos”, “ilegítimos”, no aptos para cumplir con los *altos* fines que toda sociedad reserva a *la* familia.

Pero, como acertadamente advierte desde la psicología Eva Giberti, quienes viven de acuerdo con modelos que históricamente fueron situados “en los bordes de lo que se entiende por linaje (...) han transformado lo instituido (el canon convencional) en instituyente (modalidades que modifican lo predeterminado) y reclaman su reconocimiento como familia aunque transgredan las pautas concebidas como recomendables por el paradigma que reguló durante los dos últimos siglos el funcionamiento de la familia en Occidente”.⁵³

to”. Cfr. CICERCHIA, Ricardo, “Familia: La historia de una idea. Los desórdenes domésticos de la plebe urbana porteña, Buenos Aires, 1776-1850”, en WAINERMAN, Catalina (comp.), *Vivir en familia*, Buenos Aires, Losada-Unicef, 1996, p. 53.

⁵² Una de las concepciones más disciplinadoras y omnipresentes de la cultura, como sostiene Maffia, es la afirmación de que toda sociedad humana es una especie de organismo que tiene una “célula básica” en la familia porque tal sociedad “tendrá en sus integrantes (el ‘tejido social’) diferentes estratos destinados a cumplir funciones específicas por su propia naturaleza, así como un pulmón y un ojo lo hacen, y sería absurdo pensar en cambiarlas pues implicaría subvertir la propia naturaleza”. Cfr. MAFFIA, Diana, Introducción al libro por ella compilado, *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, op. cit., p. 7.

⁵³ GIBERTI, Eva, “‘La familia’ y los modelos empíricos”, en WAINERMAN, Catalina, op. cit., p. 118. “Actualmente, lo que denominaremos familia está ceñida por la polisemia, la misma que atraviesa a cualquier identidad discursiva, teniendo en cuenta que dicha institución está compuesta por sujetos que a su vez forman parte de comunidades, poblaciones, que habitan regiones geográficas y transitan por épocas diversas. La subjetividad de sus miembros está ligada inextricablemente a la precariedad y polisemia que resultan de la identidad política, económica y psicológica de sus miembros”. Cfr. GIBERTI, Eva, *La familia, a pesar de todo*, Ediciones Novedades Educativas, Buenos Aires, 2005, p. 76.

Habrá que ver (y en esta “espera” activa, el tiempo y el rol que asumamos como operadores sociales juegan un papel central), como desde una formación académico-profesional distinta la demógrafa Susana Torrado se pregunta si, bajo el paraguas de lo que denomina “familia posmoderna”, será la familia “capaz de compatibilizar algún mecanismo que vuelva a incluir (o por lo menos, deje de excluir) los vastos contingentes de población (o sea de familias) que demandan (hoy pacíficamente; quizá no así mañana) ser aceptados en el ‘banquete de la vida’. Un interrogante decimonónico si lo hay”.⁵⁴

O como se pregunta, esta vez desde el campo de la sociología, la alemana Elisabeth Beck-Gernsheim si “¿hay que atenerse a la imagen de la familia tradicional –aquella unidad padre-madre-hijo, legitimada oficialmente y vinculada de por vida– (...) [y] ver en ella la forma correcta, normal, la adecuada?”. Si “¿hay que considerar las otras formas, en comparación, como imperfectas y desviadas, deficientes y disfuncionales?”. O si, en cambio, “¿...no habrá, más bien, que rechazar la prerrogativa de preferencia que ostenta la forma tradicional?”⁵⁵

O, finalmente, como se plantea igualmente en modo de interrogación Judith Butler: “¿[d]ecimos que las familias que no se aproximan a la norma, pero reflejan la norma de alguna manera aparentemente derivativa, son copias baratas, o aceptamos que la identidad de la norma es desarticulada precisamente a través de la complejidad de su puesta en escena?”⁵⁶

Interrogantes éstos que debieran trasladarse al aula a los fines de trabajar en la desarticulación de la normatividad del modelo de familia tradicional, pregonada por Butler.

G) *EL “DIVORCIO ANUNCIADO-DESEADO” ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO SUCESORIO*

Es cierto que las palabras nos condenan. Y ello es lo que nos ha sucedido con este cuarto eje, al que venimos haciendo referencia entre líneas desde el primer apartado de este trabajo y más abiertamente en

⁵⁴ Cfr. TORRADO, Susana, *La herencia del ajuste. Cambios en la sociedad y en la familia*, Colección Claves para todos, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004, p. 84.

⁵⁵ BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 23.

⁵⁶ Cfr. BUTLER, Judith, *El grito de Antígona*, Barcelona, El Roure Editorial SA, 2001, p. 106.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

el título que hemos elegido para el mismo (no es casual que en él refiramos exclusivamente a la enseñanza del Derecho de Familia, aun cuando actualmente la materia se denomine "*Derecho de Familia y Sucesiones*" por comprender tanto una como otra rama del Derecho).⁵⁷

El Derecho de Familia en particular y el Derecho Privado en general, propios de las sociedades occidentales capitalistas como la nuestra, desde sus orígenes fueron pensados y regulados en función del patrimonio, más precisamente para preservar la transmisión "legítima" de bienes. A punto tal que el patrimonio, incluso, es considerado uno de los atributos de la personalidad. Esta asociación no es novedosa y responde a una visión de la familia como unidad económica (en términos más contemporáneos, como consumidora de bienes y servicios), expuesta hace muchos años con magistral claridad en *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*,⁵⁸ obra clásica de Federico Engels: "las riquezas, a medida que iban en aumento, daban, por una parte, al hombre una posición más importante que a la mujer en la familia y, por otra parte, hacían que naciera en él la aspiración de valerse de esta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido. Pero esto no podía hacerse mientras permaneciera vigente la filiación según el derecho materno (...) Así quedaron abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario materno, sustituyéndolos por la filiación paterna y el derecho hereditario paterno (...) [L]a propiedad, para cuya conservación y transmisión por herencia fueron instituidos precisamente la monogamia y el dominio del hombre".⁵⁹

Esta concepción es la que ha dominado la regulación del Derecho de Familia, la normativización de la familia tradicional y la transmisión de la herencia. Como señala el español Díez-Picazo "herencia y familia, objeto del poder quirritario, eran prácticamente la misma cosa".⁶⁰ O como asegura

⁵⁷ ¡Y todo por la módica suma de 4 meses!

⁵⁸ Editada por primera vez en el año 1884.

⁵⁹ Cfr. ENGELS, Federico, *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Editorial Cartago, Buenos Aires, 1986, pp. 53 y 67. "La monogamia nació de la concentración de grandes riquezas en unas mismas manos -las de un hombre- y del deseo de transmitir esas riquezas por herencia a los hijos de este hombre, excluyendo a los de cualquier otro". Cfr. ENGELS, Federico, op. cit., p. 70.

⁶⁰ Tesis que sustenta en el nombre que en los textos romanos recibía la acción de división de herencia: "*actio familiae erciscundae*". Cfr. Díez-Picazo, Luis, Prólogo al libro de

el historiador Rodríguez Molas al analizar los primeros proyectos de ley sobre divorcio en el país: "Como se ha expuesto en reiteradas veces la familia tradicional era el mecanismo más apropiado para transmitir los bienes característicos del sistema y una posición (relaciones con el poder, títulos nobiliarios, prestigio) heredada de generación en generación".⁶¹

El efecto más perverso de este vínculo simbiótico, consiste en dejar fuera de la protección constitucional del art. 14 bis una multiplicidad de formas familiares (sólo la familia matrimonial está legalmente habilitada para transmitir la herencia) y elude incorporar una perspectiva que incorpore las diferencias sociales de clase al conocimiento de esta área de la dogmática jurídica.

Al respecto, cabe advertir que la reciente reforma al plan de estudio de la carrera de abogacía puesta en marcha de manera progresiva desde el año 2005,⁶² dejó pasar una valiosa oportunidad al mantener la asociación Derecho de Familia-Derecho Sucesorio. Asociación que, por lo demás, y el dato no es menor, impide dedicarle el tiempo necesario a la enseñanza de cada una de estas especialidades.⁶³

H) INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA VS. DERECHOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Por último, y de conformidad con la línea de pensamiento hasta aquí seguida, entendemos que es un desenlace obligado proponer una reestructuración de la programación de la materia basada en derechos y no en instituciones.

Las instituciones, por excelencia, son rígidas, inamovibles o estáticas. Nacieron para perdurar, para perpetuarse en toda época. En cada operación de manutención y protección de las mismas, se reproduce un

ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 21.

⁶¹ Cfr. RODRÍGUEZ MOLAS, Ricardo, *Debate nacional. Divorcio y familia tradicional*, Biblioteca Política Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984, p. 12.

⁶² Cfr. Plan de Estudio de la Carrera de Abogacía (2004), aprobado por Resolución (CS) N° 3798/04 del 6 de diciembre de 2004 en <http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/abogacia_plan2004.php>.

⁶³ Como adelantábamos irónicamente en una nota al pie anterior, es imposible estudiar estas dos materias en un solo cuatrimestre. Cada una de estas ramas de la dogmática necesitaría duplicar los dos meses que actualmente tiene destinados.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

cierto orden social. Hasta aquí, con los derechos sucede algo similar: cuando reconocemos y garantizamos alguno, cualquiera sea, se conserva el *statu quo* o, por el contrario, se echa mano del potencial transformador del discurso jurídico.

Pensar el Derecho de Familia a partir de los derechos, abre el juego a tener presente las ubicaciones que a cada individuo le reservamos en el reparto de la ciudadanía. Evita miradas esquivas, justificadas en artículos retóricos. Se protege o no el derecho constitucional a la vivienda, a vivir de conformidad con el propio plan de vida, a la identidad, a ser oído en todo proceso donde estén involucrados los propios intereses (de un menor de edad), a no ser separado del núcleo familiar por causa de pobreza, a disponer del propio cuerpo, entre otros.

Acto jurídico familiar, estado de familia, parentesco, matrimonio, divorcio vincular y separación personal, régimen de bienes, filiación, adopción, patria potestad, ejes temáticos sobre los cuales se estructura la materia, son abordados desde una óptica que cristaliza la familia en la institución matrimonial.⁶⁴

¿Se corresponde esta rigidez con aquella movilidad ínsita en la realidad de la vida, de un amplio universo de personas obligadas a correrse a los márgenes del sistema? ¿Alguna vez se pensó en la posibilidad de modificar la base sobre la cual se diseñan los programas? Ésta es nuestra propuesta: para desarmar y rearmar un nuevo modelo de enseñanza, ¿no deviene forzoso introducir cambios radicales también en y desde la estructura del contenido curricular?

Como primer punto, detenernos en ciertos defasajes y silencios terminológicos o conceptuales que dominan el aula.⁶⁵

Como desfases, podemos destacar la dificultad de modificar el uso de los vocablos: “menores” que remite a una concepción de las personas menores de edad como objeto de protección por el de niños y adolescentes; “patria potestad” para referirse a los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos y a la inversa, reforzándose así la idea de autoridad/superioridad del padre-marido-hombre de la casa, jefe del hogar (el patriarca).

⁶⁴ Esta misma línea es seguida en materia de derechos sucesorio.

⁶⁵ Al respecto, cabe recordar aquella afirmación certera acerca de la no neutralidad del lenguaje.

Como silencios, y por imperio de la simbiosis unión matrimonial-familia: la no referencia expresa a otras formas de organización familiar (familias homosexuales o heterosexuales ensambladas y monoparentales o surgidas de una convivencia de parejas)⁶⁶; como así también por razones de "falta de tiempo", se dejan al margen los conflictos jurídicos que presentan las personas con necesidades especiales.⁶⁷

¿En qué consistiría concebir una currícula en término de derechos?

Si bien este tema excede con creces los objetivos fijados en este trabajo, donde sólo nos proponemos dejar pinceladas para un futuro bosquejo donde seamos muchos más los docentes convocados a participar, nos parece interesante dejar una idea para profundizar y un ejemplo, en miras a la llegada de ese ansiado día.

La idea se refiere a la posibilidad de elaborar una teoría general del Derecho de Familia como "unidad introductoria", estructurada a la luz del segundo de los ejes señalados: el impacto de los derechos humanos. Que luego debe atravesar transversalmente cada uno de los grandes temas que ocupen el programa.

Un ejemplo. Tomemos dos instituciones típicas del Derecho de Familia como son la filiación y la adopción. ¿Cómo podrían ser abordadas en términos de derechos?

En el primer caso, tomándose como eje central el derecho a la identidad (arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño), la igualdad entre mujer y varón en cuestiones relativas a sus hijos (conf. art. 16, incs. d y f, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las

⁶⁶ En el mejor de los supuestos, esta remisión se hace durante la primera clase. Mas luego no son incorporadas esas otras múltiples realidades al estudio del Derecho de Familia. Su elusión aparece "natural".

⁶⁷ Con este tema sucede algo llamativo. Nunca se sabe si debe ser abordado en el marco de la parte general de Derecho Civil (lo que se conocía como Derecho Civil I) o dentro del Derecho de Familia (o Derecho Civil V). Lo cierto es que, en la práctica, ninguna de las dos materias se hace "cargo" de esta temática, quedando en el olvido o, a lo sumo, es ofertada por algún curso del Ciclo Profesional Orientados de libre elección. Sin embargo, las controversias que se plantean a raíz de este tema abandonado, paradójicamente, como dijimos ya, son las que se presentan con mayor asiduidad en los juzgados civiles con competencia en asuntos de familia con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con los datos estadísticos proporcionados por el Centro de Informática de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

Formas de Discriminación de la Mujer) y el principio de no discriminación por género u orientación sexual (contenido en las cláusulas sobre igualdad contenidas en los distintos tratados de derechos humanos).

En el supuesto de la adopción, tomándose como eje, además del mencionado derecho a la identidad, el derecho a no ser separado del núcleo familiar por causas de la pobreza (conf. interpretación garantista de los arts. 2.2, 3.2, 9 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, propuesta por Mary Beloff).⁶⁸

Como se puede apreciar, pensar en clave de derechos invita, sin lugar a dudas, a extender el campo de acción del Derecho de Familia, dejando de lado aquella mirada tradicional, restrictiva. Se trata de ampliar (y paralelamente de modificar) y no de sustituir.⁶⁹ No bregamos por dejar de lado a la familia matrimonial, sino de integrarla dentro de un novedoso esquema de conocimiento plural que la erradique del lugar de privilegio que hoy ocupa, desde el cual, en términos butlerianos, toda “derivación” no es más que una copia barata.

En suma, entendemos que estos 7 apotegmas –utilizamos esta denominación para reafirmar la relevancia aquí otorgada– constituyen un primer acercamiento en pos de brindar algunos “Aportes para la postergada reconstrucción de la enseñanza del Derecho de Familia”.

IV. CIERRE

Como dice Michael Ignatieff, no debemos perder de vista que “[e]l lenguaje de los derechos humanos está ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables”.⁷⁰ También está ahí para evidenciar que en tanto discurso con pretensiones universalizadoras, el lenguaje de los

⁶⁸ Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

⁶⁹ No “sustituir sino integrar esa conducta o idea en una nueva estructura del conocimiento”, si se tiene intenciones de perdurar. Cfr. POZO MUNICIO, Juan Ignacio, *Aprendices y maestros. La nueva cultura del aprendizaje*, Barcelona, Alianza, 1996, p. 77.

⁷⁰ Citado por GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, Año 1, N° 1, Red Universitaria de Derechos Humanos Sur, 1^{er} semestre 2004.

derechos humanos aísla de su ámbito de protección a quienes no pueden ser incorporados en la categoría de *humanos*.⁷¹

Las aulas universitarias no pueden seguir silenciando tales abusos bajo el pretexto de la, no ingenuamente, propiciada *neutralidad* del Derecho, de la ciencia y de la educación. Todo lo contrario, es imprescindible que abandonen la complicidad con esa “estética del silencio” que con lucidez poética pone en palabras Claudio Martyniuk⁷² y que empiecen a funcionar como ámbitos de denuncia y debate, de análisis y propuestas. Que dejen de fomentar y multiplicar la pasividad, el extrañamiento y la ceguera frente a la naturalización de la hostilidad y la indiferencia. Que reivindiquen en toda su potencialidad el carácter preformativo del Derecho, con miras a una sociedad menos discriminadora.

En el marco de un mundo posmoderno, ajeno a los discursos hegemónicos y esencialistas, que sin embargo se resisten a abandonarnos, debemos tender a la “emancipación”⁷³ y no a la regulación, siempre excluyente y opresiva,⁷⁴ a hacernos cargo de la fatal y angustiosa presencia

⁷¹ Denuncia que han venido formulando algunas minorías sexuales, como por ejemplo los intersex. Mauro Cabral, brillante historiador y activista intersex argentino, en un seminario taller sobre “*Poéticas y Políticas de la Intersexualidad*”, coordinado por el Área de “*Tecnologías del Género*” del Centro Cultural Rector Ricardo Rojas de la Universidad de Buenos Aires que dirige Paula Viturro, realizado los días 23 y 24 de mayo de 2005, señalaba que: en tanto inclasificables como varón o mujer en los términos establecidos por los protocolos médicos, los intersexuales no pueden ser considerados como *humanos* salvo que la mano *salvadora* de la medicina intervenga (como lamentablemente ocurre) violentamente sobre sus cuerpos, condenándolos de por vida a sucesivas intervenciones *normalizadoras*. Por tanto, *víctimas* de la humanidad como regulador normativo de nuestro tiempo, reivindican el derecho a *vivir como inhumanos* y la creación de un Tribunal Internacional para Inhumanos.

⁷² Cfr. MARTYNIUK, Claudio, “Fragmentos para una fenomenología de la desaparición”, en FERNÁNDEZ, Josefina, Mónica D’ UVA y Paula VITURRO (comps.), op. cit., pp. 83-101.

⁷³ “¿Puede el derecho ser emancipador?” se preguntaba el prestigioso sociólogo portugués, Boaventura de Sousa Santos, en una conferencia que dictó recientemente, el pasado 18 de abril de este año, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, auspiciada por CLACSO y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la esa alta casa de estudios (Instituto Ambrosio Gioja).

⁷⁴ Como afirma Audre Lorde: “siempre debe existir algún grupo de personas a quienes, mediante la opresión sistemática, se lleve a sentir como si estuvieran de más y a ocupar el lugar de seres inferiores deshumanizados. En nuestra sociedad dicho grupo está compuesto por las personas Negras y del Tercer Mundo, por gente de clase trabajadora, por ancianas y por las mujeres (...) El rechazo institucionalizado

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

de la violencia que el Derecho persistentemente disfraza a través de su traje de discurso racional, de “discurso del orden”.⁷⁵

Educación legal, en definitiva, destinada a formar abogados y abogadas que no sólo sean sensibles al dolor producido por la opresión y discriminación social que no escapa a ojos dispuestos a mirar más allá del propio ombligo, de la propia condición de clase, género y etnia. Profesionales que tengan a su alcance herramientas que les permitan resistir y desarticular el orden del discurso jurídico que le da sentido y continuidad a aquella sociedad opresiva y discriminatoria que mantenemos desde las aulas.⁷⁶

¿Estamos dispuestos a revisar nuestras propias prácticas como docentes? ¿Nos encontramos preparados para resignar parte del poder que implica arriesgar lo “seguro”? Claramente, no es una tarea sencilla. Indudablemente es más cómodo y menos perturbador quedarse situado en los lugares conocidos. Pero también es innegable que es mucho más atrayente y enriquecedor buscar, curiosear y explorar distintas formas de comunicar y comunicarnos con los estudiantes⁷⁷ y nuevos contenidos más acordes con un Derecho de Familia menos excluyente.

de la diferencia es una necesidad básica para una economía del beneficio que necesita de la existencia de un excedente de personas marginales” Cfr. LORDE, Audre, op. cit., pp. 121 y 122.

⁷⁵ Cfr. MARÍ, Enrique E., “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Papeles de filosofía*, op. cit., pp. 219-247.

⁷⁶ En ese sentido pareciera dirigirse el documento “*Bases para una nueva Ley de Educación Superior*” elaborado por el decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuando propone: “Promover las actitudes y los valores que requieren la formación de personas responsables, reflexivas, críticas, con conciencia ética y solidaria, capaces de mejorar la calidad de vida, en especial la de los sectores de la población que sufren la exclusión social”. Cfr. ALTERINI, Atilio A., Gonzalo ÁLVAREZ, Guillermo RUIZ y María Laura CLÉRICO, *Bases para una nueva ley de Educación Superior*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 9.

⁷⁷ A lo mejor y de una manera un tanto utópica, podríamos pensar en la siguiente ecuación: docentes inquietos = alumnos críticos.