

## ¿ES EL CONCEPTO JURIDICO DE FAMILIA UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO?\*

*Raúl Madrid Ramírez*

Facultad de Derecho. Instituto de Filosofía.  
Pontificia Universidad Católica de Chile

La cuestión de la que vamos a ocuparnos en estas notas es la siguiente: ¿puede afirmarse que la noción de familia implícita en las reglas de un ordenamiento constituye un principio jurídico para el propio sistema normativo en el cual existe? Esta pregunta no supone, como es obvio, asignar *a priori* o necesariamente contenido alguno al concepto de familia que se va a investigar, como tampoco conlleva una referencia a la situación concreta o histórica de un ordenamiento vigente. Se trata más bien de una cuestión teórica, que compete de un modo directo al ámbito técnico-jurídico antes que a una explicación dogmática sobre un cierto derecho positivo<sup>1</sup>.

Sobre el particular parece haber tres momentos que exigen una reflexión: la juridicidad o prejuridicidad del concepto de familia; los modos de acceso a dicha noción y las funciones que se derivarían de su eventual carácter jurídico. Este es el contenido de lo que esbozaremos en las páginas que siguen.

### 1. PREJURIDICIDAD DEL CONCEPTO DE FAMILIA

No es infrecuente que se impute a los principios generales del derecho el ser principios trascendentes de justicia material situados fuera del ámbito del derecho, es decir, consideraciones o instancias de naturaleza "prejurídica" o "metajurídica" y, por lo tanto, inútiles para explicar por sí mismos ningún extremo del material jurídico, sin que sean previamente admitidos, constituidos en su existencia jurídica, por la acción de una regla positiva. En este sentido, se confundirían con las fuentes materiales del derecho, pues influirían en la creación de las reglas, pero serían, en definitiva, superiores o inferiores (depende de la perspectiva) al ordenamiento, cuya única actividad hermenéutica podría ejercerse realmente en la búsqueda y determinación de la *voluntas legislatoris*.

Bajo esta tesis late el supuesto metodológico de una visión formalista de la validez jurídica: es derecho vigente sólo aquel que se encuentre promulgado de forma adecuada, no esté derogado y no sea contradictorio con el establecido por otra norma del sistema jurídico (y, obviamente, que dicho conflicto no pueda ser

\* Este trabajo forma parte de una investigación sobre el concepto de familia como principio general del derecho, financiada por la Dirección de Investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup> Desde luego, las vías de solución al problema que aquí se propone pueden tener efectos de cara al análisis dogmático, en la medida en que se ofrece un instrumento metodológico sobre la relación abstracta entre la institución familiar y los principios jurídicos, pero esto es otra cuestión.

resuelto por alguno de los criterios tradicionales que el ordenamiento contempla para encarar las antinomias<sup>2</sup>, y lo es sólo *en cuanto* reúne estas condiciones. Es decir, validez como existencia específica de la regla<sup>3</sup>, que resulta en sí misma condición suficiente para la vigencia de la norma.

Parece necesario, antes de otorgarle sin más la razón al planteamiento anterior, diferenciar tipos de principios jurídicos sobre los cuales centrar la discusión de la *metajuridicidad*. El gran Federico de Castro distinguió tres tipos fundamentales que podrían ser considerados como fuentes del derecho:<sup>4</sup> principios de derecho natural, principios sociales y principios políticos. Puede discreparse de los términos en que se presente esta clasificación, pero lo cierto es que muestra con toda claridad que la diferencia se establece en la línea de la temporalidad que se predica de cada grupo de principios, y también permite llegar a la conclusión de que, en realidad, la distinción fundamental entre los principios jurídicos es bipolar: aquella que se da entre los que son históricos —la temporalidad penetra en su naturaleza—, y los que no lo son<sup>5</sup>.

La cuestión de la positivación es clara para principios jurídicos que versen sobre directivas políticas. Ellos dependen esencialmente de su incorporación a las reglas al modo en que lo establece cada ordenamiento en particular, pues derivan su existencia de la estricta disposición. Si el concepto técnico-jurídico de familia deriva de los principios llamados “políticos”, o bien es uno de ellos, resulta evidente que no es prejurídico, puesto que está constituido en su existencia por la propia ley; es un ente legal en la línea más pura de la noción, aun para el normativismo más puro. Ahora bien, la historia de la ciencia del derecho nos muestra que, a lo largo del tiempo, muy pocos teóricos han sostenido que el concepto de familia proviene sólo de la ley particular de cada ordenamiento. Esta consideración científica se apoya en un dato: la mayor parte de los pueblos en la historia han operado con un concepto de familia nuclearmente similar, sin que necesariamente se hayan producido entre ellos instancias de intercambio cultural. Por una cuestión también histórica, cabe la posibilidad de que la noción de familia sea considerada en los restantes grupos de principios.

Algo más compleja es la situación de los principios que versan sobre usos sociales arraigados en la comunidad. Resulta indiscutible que su verdadero respaldo es el sentir histórico de la comunidad social, el modo en que ésta se despliega en su vocación temporal y espacial a través del *amore antiqui moris*, aun antes del reconocimiento otorgado por las reglas del sistema. Lo formal-

<sup>2</sup> FALCÓN, M.J., *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 35-36.

<sup>3</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, trad.), Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 201 y ss. Así también PECZENIK, A., “The concept ‘valid law’”, en *Scandinavian Studies in Law*, 16 (1972), p. 214.

<sup>4</sup> DE CASTRO, F., *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I, Madrid, 1949 (seg. ed.), p. 416: “Las reglas del Derecho Natural están por encima de la realidad social y son la medida del Derecho positivo..., los principios sociales o juicios de valor, que expresan la convicción de un pueblo y que se imponen a sus miembros, son los que de un modo más puro manifiestan la peculiaridad de los principios generales, son creación del vivir de la comunidad, y, a la vez, su autoridad se deriva de la misma comunidad, coincidiendo así el origen del contenido y el de su eficacia jurídica..., las directivas políticas, como enunciadas por la minoría que redacta el programa de gobierno, llegan con más dificultad a convertirse en principios jurídicos...”.

<sup>5</sup> Así también desde el punto de vista del origen. Vid. REALE, M., *Introducción al derecho*, Pirámide, Madrid, 1989, pp. 141 y ss.

mente propio de este grupo de principios proviene de la comunidad *en cuanto ente histórico*, es decir, desde lo que se denomina tradicionalmente como "cultura"<sup>6</sup>. La validez jurídica de este segmento no entra tampoco en discusión, aunque la doctrina no siempre ha estado de acuerdo en el modo por el cual pasan a convertirse en normas jurídicamente válidas. Si el concepto de familia responde a este grupo de reglas no escritas —cuestión sobre la cual, como ya dijimos antes, no vamos a entrar en este trabajo—, el problema se resuelve fácilmente a través de la observación de los distintos sistemas jurídicos existentes, pero no puede darse una solución general sobre si la noción es o no un principio que todos los ordenamientos deben acoger y recibir *en cuanto* derecho vigente. Aquellos sistemas de normas que, en concordancia con su propia tradición cultural e histórica, consagren un determinado modelo de familia, ese tal modelo de familia no es en ningún concepto una noción prejurídica para ese ordenamiento, sino al contrario: es un elemento vivo de la sociedad que el derecho escrito no puede obviar. Por el contrario, si dicha institucionalización moral no existe, no podrá alegarse en caso alguno desde el punto de vista de la atribución de juridicidad.

La controversia se ha centrado, como es fácil suponer, en torno a aquellos principios que podrían corresponder al ámbito normativo que la tradición identifica como "derecho natural", y cuya pretensión de permanencia en el tiempo y el espacio tiene características radicalmente distintas del grupo de principios que provienen del Estado o del simple hábito por parte de la comunidad. Esta es, como decíamos antes, la verdadera y formal división entre *tipos* de principios jurídicos. ¿Pueden llamarse "jurídicos" *per se* a los principios que se asientan en el concepto de una naturaleza inmutable del hombre y de las cosas? El mismo Villey —para citar una fuente cercana al iusnaturalismo— excluía del carácter propiamente jurídico a los primeros principios de la ley natural<sup>7</sup>, esgrimiendo la tesis —clave en su pensamiento— de que el derecho no es sinónimo de la ley (y menos de ley moral), puesto que dichos principios son de suyo "vagos" —se refiere a "indeterminados"—, y el derecho es cosa medida y cierta. Así también parecen considerarlos el mismo Federico de Castro y una gran mayoría de los tratadistas.

Antes de entrar en la cuestión de la prejuridicidad, ¿qué debe entenderse por "primeros principios de la ley natural"? Tomás de Aquino afirma que son aquellos que recaen sobre los fines primarios de la naturaleza del hombre, respondiendo a sus distintas partes potenciales. De acuerdo con las inclinaciones que nacen en concordancia con dichas potencias, el Aquinate ordena estos principios en tres órdenes<sup>8</sup>: la conservación de su propia sustancia, la conservación de la especie y el desarrollo de sus facultades superiores. El examen del segundo orden de inclinaciones —que nos interesa aquí—, muestra que constituyen preceptos primarios de la ley natural los referentes a la unión sexual con individuos de sexo contrario y a la crianza y educación de la prole que de dicha

<sup>6</sup> Esto se ilustra, por ejemplo, con la tesis que sitúa en el derecho romano el origen de los principios jurídicos.

<sup>7</sup> VILLEY, M., *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, P.U.F., París, 1987, pp. 163 y ss.

<sup>8</sup> *Sum. Teol.*, I-II, q.94, a.2: "El orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones".

unión provenga; es decir, el hombre está naturalmente inclinado a unirse con individuos de su misma especie, pero distintos en género, para procrear, criar y educar a la descendencia que tal ayuntamiento genere<sup>9</sup>. Esta sociedad, a cuyo fin principal hemos hecho referencia, se denomina técnicamente como “sociedad doméstica”, y se compone a su vez de la sociedad conyugal y de la paterno-filial<sup>10</sup>.

Hay aquí una cuestión de vital importancia para el tema que tratamos, y que conviene desarrollar suficientemente. Un concepto no es necesariamente un principio; sólo puede reputarse tal cuando da origen a algo. Ya desde la definición aristotélica la noción aparece con esta característica: “un principio es la fuente de donde deriva el ser, la generación o el conocimiento”<sup>11</sup>. Un concepto, en cambio, apunta al contenido significativo de ciertos símbolos (normalmente palabras)<sup>12</sup>. ¿En qué sentido puede llamarse *principio* al concepto de familia? Desde el punto de vista lógico, todo principio es formulado por la razón de un modo judicativo, es decir, supone la existencia de al menos dos conceptos que adquieren una dimensión dinámica al interior de la mente. Esta condición judicativa tiene dos planos: uno ontológico y otro moral. El primero se refiere a la contemplación de las esencias de las cosas conocidas, y en cuanto tal, sólo es dinámico al interior de la razón analítica. El segundo pone en movimiento a esta misma razón modificada con una cierta peculiaridad: la acción. En otras palabras: el juicio moral es inmanente al entendimiento en cuanto es formulado en y por él, pero es trascendente en la medida de que su objeto no se agota en la contemplación, sino que se ordena a dirigir el comportamiento de un sujeto racional y libre hacia su bien propio. Esta dirección —como todo movimiento— supone un principio (*a quo*) y un fin (*ad quem*). El punto *a quo* de la acción es el sujeto presente, y su punto *ad quem* es el sujeto futuro; el bien al que se ordena la voluntad. En este sentido, puede llamarse *principio* a un concepto, desde el punto de vista moral, cuando ordena la acción a un fin. Por ello es que necesariamente adopta la forma judicativa, para predicar de la acción su bondad o maldad respecto de ese fin. En consecuencia, no todos los conceptos jurídicos son principales, sino sólo aquellos que suponen en su interior una razón de fin respecto de los sujetos que participan de la comunidad. La noción o concepto de familia puede reputarse un principio en el plano moral y/o en el jurídico sólo en la medida en que realice un cierto bien del ordenamiento, y, en consecuencia, se ubique bajo razón de fin al interior del sistema normativo, ejerciendo las funciones que le competen en virtud de esa supuesta naturaleza principal.

Así, pues, la familia o sociedad doméstica, como concepto natural, constituye, para el realismo jurídico clásico, un principio primario de la ley que la razón descubre en cuanto inscrita en la naturaleza del hombre, y que formula seguidamente en proposiciones judicativas de razón práctica que indican una dirección al fin también *natural* del hombre. Este principio natural desborda hacia el ámbito jurídico, en la tesis iusnaturalista, no sólo por el juego formal de dirección

<sup>9</sup> Los preceptos secundarios y terciarios de la ley natural contienen también mandatos referentes a esta unión, que se derivan mediante el razonamiento del grupo de preceptos primarios, pero que no son primarios.

<sup>10</sup> Cf. FERNÁNDEZ CONCHA, R., *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 1966, pp. 144 y ss.

<sup>11</sup> *Met.*, I, 1, 1013a, 16-18.

<sup>12</sup> PFÄNDER, A., *Lógica*, Madrid, 1928, capítulo I *passim*.

al fin (cuestión que intentaremos abordar en la tercera parte de este trabajo), sino también por su contenido, es decir, por provenir de una finalidad determinada por el propio modo de ser del hombre.

¿Son los principios de derecho natural materias de naturaleza prejurídica? Esta pregunta supone la cuestión sobre la familia, y la respuesta que se dé sitúa a ésta en un plano o en otro. En nuestra opinión, antes de contestar es menester volver a distinguir, ahora a partir de la noción de *juridicidad* que se emplee. Si definimos la validez jurídica de un modo cerrado en el sistema normativo, un principio llamado de derecho natural no puede, en caso alguno, ser reputado "derecho". Esto es: si las normas son válidas por su pertenencia al sistema, lo único que puede otorgar operatividad jurídica a toda instancia es el propio sistema; la norma jurídica es inexistente fuera del espacio lógico y deontológico del conjunto normativo. Es el caso, por ejemplo, de la tesis hartiana. Por el contrario, si la validez de las normas resulta por comparación con una instancia distinta del puro ordenamiento (la posición de Kelsen y del realismo jurídico clásico), la vigencia de las normas en el sistema supera al mismo sistema; en cierta medida lo constituye.

Quizás estas dos tesis, consideradas en su sentido más excluyente, indican en realidad posiciones extremas, y caen por ello en cierto reduccionismo que convendría analizar. El positivismo ha fallado sistemáticamente en ofrecer una solución indudable al problema que aquí planteamos, y en cerrar por lo tanto la discusión en torno a un único sentido inmanente de validez. Esta afirmación ni siquiera pretende plantearse aquí en el plano doctrinal: basta con revisar la historia de la teoría jurídica desde fines del siglo XVIII hasta nuestros días para verificar lo dicho. Por su parte, ciertos tipos de iusnaturalismo han intentado minimizar el papel del Estado en la vigencia particular e histórica de las normas, incurriendo consecuentemente en el error de *identificar* los ámbitos del derecho y la moral.

Lo que queda no es ni pura trascendencia ni pura inmanencia, sino más bien una realidad compuesta, híbrida; un núcleo normativo en el que la materialidad y la formalidad de las fuentes se dan la mano, se interpenetran de un modo mucho más complejo de lo que puede hacernos ver una simple línea divisoria formulada por la razón analítica. Podría decirse, en categorías aristotélicas<sup>13</sup>, que las fuentes del derecho en general —me refiero a la división entre las materiales y las formales— actúan entre sí respecto de la norma jurídica vigente al modo en que lo hace la línea de las causas formales de un ente. Lo que hace que una norma jurídica sea lo que es —norma válida—, está señalado tanto por su contenido racional (fuentes materiales) como por el hecho de que se encuentre técnicamente ordenada dentro de un sistema jurídico (fuentes formales), de tal modo que si uno de estos elementos falta, la orden no es propiamente jurídica, y puede ser, según lo que falte, o un mandato moral, o un producto de la voluntad arbitraria de quienes gobiernan la comunidad.

Una norma reputada jurídica, por lo tanto, parece tener ambos orígenes simultáneamente: uno de ellos prepositivo (no necesariamente "prejurídico"), y otro normativo. Conviene, en nuestra opinión, insistir en el hecho de que la noción de "prepositividad" no es idéntica a la de "prejuridicidad". Lo jurídico es

<sup>13</sup> Advierto que utilizo aquí las denominaciones de "fuente material" y "fuente formal" sin exacta vinculación a la tradición francesa del siglo XIX —de la cual se hace eco la nuestra—, sino en dependencia de la estructura hilemórfica que el mismo Aristóteles describe, y que aplico en este caso al ente "norma jurídica".

una propiedad compleja, que deriva de la concurrencia de más tonalidades que las puramente intrasistemáticas; mientras que la circunstancia de que una norma exista en un sistema con carácter positivamente obligatorio sólo puede imputarse al ordenamiento específico que la formula y describe. No se trata, en consecuencia, de atributos convertibles desde el punto de vista lógico: la juridicidad supone la positividad, mas no se agota en ella. La norma jurídica, para ser tal, requiere al mismo tiempo disponer un contenido que sea racional<sup>14</sup>, pero también supone la obligatoriedad de ciertas conductas relacionadas con dicho contenido en un sistema jurídico concreto y existente.

Ahora bien, una determinada realidad puede tener múltiples causas formales aparentemente independientes (quiero decir, con distinto origen) cuando esa formalidad se predica respecto de dicha realidad de manera puramente accidental: como un color o una estatura. Digo "aparentemente independientes" porque toda determinación accidental supone en verdad un ente formalizado en sustancia que permita la operación específica de dichos accidentes. La determinación accidental se refiere a un ente, es de un ente, y por ello se unen en cuanto determinaciones accidentales a la realidad del ser que las sustenta. Sin embargo, si dichas causas formales operan para hacer de ese ente lo que es de modo sustancial, o bien se trata en realidad de dos entes distintos (puesto que nada acepta simultáneamente más de una determinación sustancial), o bien dichas causas se encuentran jerarquizadas entre sí. Si se admite, por lo tanto, que los tipos de fuentes del derecho —en el sentido en el que dichos conceptos están siendo utilizados aquí— operan respecto de la norma como causas formales, ha de admitirse también que entre ellas media una relación de subordinación. La naturaleza de esa relación de subordinación, aunque crucial para el desarrollo de la teoría de la norma, no es —como puede fácilmente observarse— una cuestión que sea atingente al problema que nos hemos propuesto en estas líneas.

Si tenemos en cuenta lo que se ha dicho, la metajuridicidad de los principios materiales —entre los cuales está la familia— no resulta una conclusión diáfana, si por ella se entiende una instancia que no concurre formalmente a la creación de las normas positivas de un sistema.

En consecuencia, de cara a los tres ámbitos de principios jurídicos descritos —políticos, sociales y naturales—, parece ser que ninguno de ellos se presenta como metajurídico de modo absoluto. Sea que la institución familiar pertenezca exclusivamente a uno de estos ámbitos, o a más de uno, habrá que predicar de la parte lo que resulta atribuible al todo, y afirmar por lo tanto que el concepto en cuestión no es una instancia trascendente al derecho vigente en un sistema jurídico, sino que forma parte de él, ya sea como norma escrita, como costumbre social o como principio del así llamado *derecho natural*.

## 2. EL ACCESO A LA NOCIÓN DE FAMILIA COMO CONCEPTO JURIDICO

Tradicionalmente se han descrito tres vías de acceso a la existencia de los principios generales del derecho: los ordenamientos positivos nacionales, la

<sup>14</sup> Esta noción está tomada aquí como "contenido acorde con la ley natural, o con las costumbres de la sociedad, o con la opinión de los juristas". *Racional* quiere indicar en este punto simplemente el contenido de las fuentes materiales, por oposición al mandato obligatorio que otorga la validez formal. Cf. lo dicho en la nota 13.

comunidad internacional y la naturaleza del hombre<sup>15</sup>. Tal como ocurría a la hora de hablar de los diferentes tipos de principios, puede afirmarse en el plano epistemológico que estos tres modos son conceptualmente reducibles a dos: el derecho positivo y el derecho natural. Ello porque el derecho comparado no hace otra cosa que establecer relaciones entre las distintas positivaciones que se distienden en el espacio y el tiempo, y puede, en consecuencia, ser considerado, para estos efectos, como derecho positivo.

Es posible que haya un cierto equívoco respecto de la noción de "origen" aplicada a los principios del derecho. El concepto puede ser entendido en, al menos, dos variantes<sup>16</sup>: como formulación gnoseológica y como formulación ontológica. Entiéndase aquí la voz "ontológico" puramente como relativo al ser de las cosas, sin necesidad de vincularlo con una cierta concepción filosófica de la realidad y del derecho.

El plano gnoseológico tiene un carácter procedimental: indica *desde dónde* se nos hace patente la existencia de un derecho no escrito en el sistema. Su objeto es señalar el punto de partida metodológico. Por eso es que también cabe, en nuestra opinión, hablar de una dimensión epistemológica a la que se abre el problema desde la pura teoría del conocimiento –gnoseología–, hasta derivar en el estatuto científico-jurídico de los principios materiales. ¿Cuál es este punto de partida? Desde luego, las propias normas del ordenamiento. El principio de la autonomía de la voluntad –para citar un ejemplo de toda evidencia– se deduce de multitud de disposiciones del derecho escrito: el artículo 1545 de nuestro Código Civil ("todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes..."), el artículo 1560 del mismo cuerpo legal (para la interpretación de los contratos ha de primar la voluntad real sobre la declarada), etc.

La observación, la abstracción de ciertas ideas matrices latiendo detrás de las normas positivas es lo que justifica el primer encuentro con los principios del derecho. De allí la causa de que se atribuya el origen de dichos axiomas al derecho romano o al derecho comparado. Tales opiniones no están lejos de la realidad, por cuanto en la génesis de tales principios en nuestras legislaciones concretas ambas fuentes tienen mucho que decir.

La pregunta que surge a continuación –y que entronca con la cuestión ontológica– es la siguiente: puesto que los principios se descubren en el orden positivo, ¿es el orden positivo la *causa* de dichos principios? La noción de "causa" está tomada aquí, como se puede percibir, en el sentido de la eficiencia. Nuevamente es preciso distinguir, ahora en razón de la extensión de los principios en referencia: hay ciertos principios que son producto de un ordenamiento concreto y que se aplican sólo dentro de él; existen otros que son resultado de la interconexión de muchos ordenamientos en el tiempo y el espacio (lo que se suele denominar como "familias jurídicas"); y hay, por fin, otros que, por su generalidad, no parecen provenir sino de un momento anterior al conjunto universal de los sistemas jurídicos concretos.

Respecto de los primeros, la razón causal está situada sin lugar a dudas en el plano del derecho positivo en el que constan y desde el cual se hacen operativos. En relación con el segundo tipo, ocurre exactamente lo mismo,

<sup>15</sup> Cf., v. gr., Arce, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pp. 38 y ss.

<sup>16</sup> Lo que la Escuela denomina, respectivamente, *principium cognoscendi* y *principium essendi*.

siendo la variación que permite distinguir del caso anterior una cuestión simplemente relativa a lo cuantitativo. El problema se presenta frente al tercer grupo, cuya existencia parece ser un dato con el cual el derecho cuenta aun antes de constituirse formalmente como tal. El modo de acceso a los principios de derecho nacional se agota en la propia introspección del sistema. Los principios comparados suponen la concurrencia de otra ciencia —la historia del derecho— que sitúe las razones y los márgenes de extensión de dichos principios. Si consideramos al concepto de “familia jurídica” como un analogado de la noción de sistema, se observa con claridad que el modo de acceso se agota también en el interior del propio referente normativo. La diferencia, por lo tanto, sigue siendo meramente cuantitativa.

Donde realmente se sitúa el problema del acceso metodológico es en aquellos principios cuya existencia se escinde de la pura fundamentación intrasistemática. En el caso de estos principios del derecho, el origen ontológico se transforma en una cuestión *a posteriori* respecto del modo de conocimiento. En el caso de los principios nacionales y comparados, el origen ontológico es el mismo que el origen gnoseológico. La realidad que constituye su punto de partida es también su punto de llegada. Con los principios prepositivos los dos orígenes se separan, siendo primero en el orden cronológico el efecto o concretización<sup>17</sup> del principio y última la causa que lo origina —en estos preceptos, como dice Vallet, “ocurre como con el humo, que no es la causa del fuego, pero que, situados a cierta distancia de éste, por el humo se sabe que hay fuego y dónde está el fuego”—<sup>18</sup>; mientras que en el orden ontológico se da la situación correspondientemente inversa, al modo en que la causa es siempre anterior al efecto. La cuestión de fondo aquí es, como consecuencia de lo dicho, que existen en el derecho positivo ciertos principios de orden general que pueden descubrirse y encontrarse desde las normas escritas, pero que no provienen necesariamente de ellas. Tal cosa supone una metodología que no está basada en la deducción, sino más bien en la interpretación. Los principios de derecho nacional y de derecho comparado pueden deducirse mediante un proceso más o menos complicado de abstracciones que lleven a una solución final en la que brille toda la luminosidad de las premisas; los principios prepositivos constituyen en cambio el marco desde el cual se puede formular un ejercicio de hermenéutica jurídica que considere todas las características circunstanciales y específicas de la concretización —el efecto— del principio. Esta textura abierta de los principios prepositivos permite el juego de los factores no estrictamente normativos que afectan a la vida del derecho.

Si la familia es un concepto que actúa como un principio del derecho dentro del ordenamiento —cuestión en la que entraremos a continuación—, y dentro de ellos se desempeña más como una materia relativa al grupo que hemos denominado como *prepositivo* en sentido fuerte, necesariamente habrá de ser considerada como un elemento decisivo para la interpretación del derecho escrito en aquellas materias y cuestiones que le competen y le son atingentes.

<sup>17</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994 (M. Rodríguez Molinero, trad.), pp. 418 y 465 ss. Esta es su terminología, siguiendo a Schönfeld, para evitar la idea de la deducción, que remite más bien al modo en que se accede a los principios del derecho escrito.

<sup>18</sup> VALLET DE GOYTSOLO, J., *Metodología de las leyes*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 363.



## 3. FUNCIONES DEL PRINCIPIO JURIDICO "FAMILIA"

Vamos, pues, al último aspecto de la cuestión propuesta. Las funciones que se le asignan en doctrina a los principios de derecho confirman su carácter jurídico, al relacionarlos directamente con el ámbito normativo. Como consecuencia de ello, resulta claro que, oblicuamente, no son satisfactorias en plenitud las tesis que los sitúan en un espacio prejurídico, pues su desempeño conviene directamente a las normas positivas concretas, y su dinamicidad se verifica siempre y constantemente al interior del ordenamiento jurídico.

Su operatividad se realiza de modo particular en cuatro ámbitos: interpretación, integración, unificación<sup>19</sup> y dirección (información) del derecho. Analicemos cada una de estas funciones por separado. Una hermenéutica jurídica de los textos legales cuyo sentido es insuficiente sólo puede darse en toda la dimensión del concepto a partir de orientaciones suprapositivas. Este punto ha sido suficientemente demostrado por Gény<sup>20</sup>, y no hace falta insistir en él: el examen de los elementos positivos del derecho requiere de criterios que no sean en sí mismos positivos. Esto equivale a decir que la interpretación no se agota en la búsqueda y determinación de la *voluntas legislatoris* plasmada en la ley. Los principios generales del derecho intervienen en la adecuada explicación o comprensión de una norma cuando su sentido es oscuro; la llenan de sentido hasta el punto de que puede afirmarse —sin formular una metáfora— que la completan.

Pero también ejercen una función directiva: señalan la orientación que sigue el derecho respecto de los bienes jurídicos que protege. Esta función es dinámica en relación con los fines del derecho, y de ella se deduce la posibilidad de ejercer una función hermenéutica en relación con las normas particulares cuyo sentido es insatisfactorio. En último término, como dice Ramos Pascua, esta función directiva correspondería prioritariamente (aunque no de modo exclusivo) a cierto tipo específico de principios: aquellos denominados principios constitucionales; valores superiores que vinculan específicamente al legislador, inspirando su labor<sup>21</sup>. Hay que decir que el ámbito constitucional es el espacio en el que, primaria y tradicionalmente, más juego se le ha otorgado a los principios denominados "prepositivos". A partir de su formulación constitucional, entran en juego con los restantes grupos de principios existentes —que ya hemos descrito— en el ordenamiento.

Además, los principios generales realizan una tarea unificadora del derecho. Esta función se verifica por el contenido, pues de otro modo se confundiría con la unificación propia de las fuentes formales. En la medida en que los principios constituyen un universo valorativo coherente —que deriva también de la función de dirección— están en condiciones de comunicar a la masa de normas jurídicas concretas esa misma coherencia, que se realiza por vía de la materia o contenido. Se trata de lo que Kelsen habría denominado "sistematicidad estática"<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> No todos los autores están de acuerdo en que los principios de derecho posean esta dimensión. A favor, véase por ejemplo SORRENTINO, F., "Interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto", en *Soggetto i principi generali del diritto*, Giuffrè, Milán, 1987, p. 90.

<sup>20</sup> GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Editorial Reus, Madrid, 1925. También puede consultarse *Science et technique en Droit privé positif*, París, 1924.

<sup>21</sup> RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), p. 272.

<sup>22</sup> Kelsen, ob. cit., p. 203.

Como dice García de Enterría, sin un esqueleto de principios que articule la operación de la masa normativa, el derecho en un sistema jurídico no se podría comprender ni menos aplicar<sup>23</sup>.

Por último, no puede olvidarse la función de integración, que también deriva de la labor directiva. Un principio general puede resolver las controversias para las cuales resulta insuficiente el derecho intrasistemático<sup>24</sup>, precisamente porque tiene en vista el fin programático del ordenamiento. Estos casos no cubiertos por la legislación positiva son, históricamente, la causa de la inclusión de los principios como fuentes supletorias en ordenamientos como el nuestro.

Modernamente, esta característica de los principios generales del derecho ha sido especialmente realzada por Dworkin, a partir de su negativa a aceptar la discrecionalidad judicial en sentido fuerte (es decir, aquella que no depende de pautas jurídicamente obligatorias) en los casos cuya solución no está prevista por el ordenamiento<sup>25</sup>. Puesto que el juez se encuentra obligado a resolver, pese a la inexistencia de norma sobre la cuestión debatida, debe recurrir a los principios generales del derecho, que se convierten para ese caso en normas jurídicamente obligatorias.

Contrastemos esta breve descripción con lo que parece ocurrir en el caso del concepto de familia. En primer lugar, ¿puede considerarse a la familia como agente de una función "directiva"? Todo lo programático en un sistema dice relación con los fines del derecho. La adecuada relación y vinculación de las personas en una comunidad es, en todos los sentidos, y con independencia de cuál sea la concepción del ordenamiento que se tenga, un fin del derecho, y una aspiración consecucional y derivada en la norma jurídica, pues su objeto versa sobre un tipo de relación humana primordial para la subsistencia de la comunidad. En este sentido, las reglas que consagran contenidos fundamentales sobre la relación del hombre y la mujer entre sí y con los hijos que de su unión provengan, consagran a la vez un cierto fin del ordenamiento positivo, un modelo al cual se pretende que la sociedad se dirija y adecue su operación en las materias y cuestiones que le son relativas a ese paradigma. Desde esta perspectiva, es evidente que la noción de familia intrasistemática manifiesta y concreta un fin del derecho, y constituye, por lo tanto, un elemento que dirige programáticamente no sólo la conducta de los miembros de la comunidad en cuanto súbditos de la ley, sino también a los legisladores en el ejercicio de su función propia, a través de la dictación de normas jurídicas coherentes que especifiquen y hagan operativo el modelo consagrado en la Constitución. Parece ser esta característica la más fundamental para distinguir la operatividad del concepto de familia respecto de otros extremos del derecho que, en mayor o menor medida, también cumplen funciones de interpretación, integración y unificación. En sentido amplio, toda norma que defina un concepto o una institución dentro del derecho puede ser reputada un elemento hermenéutico, factor unificador o raíz de integración. Sin embargo, el carácter de bien jurídico final que se otorga a la sociedad doméstica, pone a la institución en condiciones de

<sup>23</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p. 39.

<sup>24</sup> Se trata de los *hard cases* de Dworkin. Cf. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 209 y ss.

<sup>25</sup> Dworkin, ob. cit., p. 84.

realizar las funciones que se han descrito anteriormente para los principios, porque estas funciones *no pueden ser cubiertas* si la noción radica pura y simplemente en el plano de los conceptos.

Hemos dicho antes que los principios constituyen un momento judicativo. ¿Cómo podría formularse el principio jurídico "familia" para operar como tal dentro del ordenamiento? Puesto que el análisis que aquí se intenta no busca hacer asumir un determinado contenido al concepto en discusión, sino sólo describir de qué modo éste se comporta formalmente dentro del sistema, creo que puede sugerirse la siguiente proposición, operable cualquiera que sea el ulterior contenido que se le dé concretamente.

*La familia es un fin del derecho*

Me parece más adecuado utilizar como predicado del juicio propuesto la idea de "fin" antes que la de "bien". Ello porque todo fin es al mismo tiempo un bien, pero no todo bien tiene necesariamente razón de fin<sup>26</sup>. Se trata, como puede verse, de una estructura lingüística que apunta a una realidad puramente formal, tal como está enunciada, y por ello engastable en todo sistema jurídico considerado simplemente en *cuanto* sistema jurídico. Está contenida aquí, de un modo esencial, la idea de dirección que antes reclamábamos para los principios del derecho. La proposición, como es obvio, no indica dirección *hacia qué*, porque tal cosa ha de provenir del contenido material.

Supongamos que un ordenamiento cualquiera consagra un concepto de la institución con un determinado contenido: por ejemplo, la familia tiene las características que se le atribuyen a la luz del derecho natural (principios prepositivos, según hemos visto). ¿Se utiliza este concepto para deslindar la procedencia o improcedencia de las normas consecutivas que se dicten sobre el tema? La respuesta, aparentemente, es afirmativa. De hecho, en Chile, toda la discusión mantenida en derecho sobre la admisibilidad del divorcio con disolución de vínculo parte del principio de que el ordenamiento consagra un cierto modelo que, según algunos, no acepta la disolubilidad de la unión conyugal (si no fuera así, no habría debate). Citemos un ejemplo: la definición de núcleo familiar que se establece en la ley sobre violencia doméstica estipula que, para que dicha violencia se produzca, basta que medie entre el agresor y el agredido una relación de concubinato<sup>27</sup>. Frente a ello, se ha alegado que "la familia es una sociedad natural... ante la familia, el Estado y la legislación civil se enfrentan a la misma situación que existe ante el ser humano. Tiene el imperativo esencial de defenderlos y protegerlos, *pero no pueden alterarlos*, ni pretender controlarlos"<sup>28</sup>. Sin entrar en la cuestión de fondo que se discute aquí,

<sup>26</sup> Existen bienes que son mediales respecto de un cierto fin, y por lo tanto no puede predicarse de ellos la finalidad sino en cuanto referida a aquello en virtud de lo cual se reputan medios.

<sup>27</sup> Ley 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, publicada en el D.O. el 27 de agosto de 1994. La cual, en su artículo 1, afirma, que "se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aun siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente...".

<sup>28</sup> Informe sobre el proyecto de ley sobre violencia intrafamiliar (Reseña legislativa número 177, p. 17), Instituto Libertad y Desarrollo. El subrayado es nuestro.

parece evidente que en el caso citado se está utilizando el concepto-madre de la institución como un modo de contrastar la bondad o maldad de la norma en relación con lo que está protegido por el derecho. Parece claro que la noción de familia que se sustenta en un determinado sistema constituye un principio programático de primera línea para todas las cuestiones relativas a su regulación. Las normas que se dicten han de ser coherentes con la institución material que la Carta Fundamental y la ley disponen.

Consideremos ahora otra función de los principios, derivada de la anterior. ¿Actúa la noción de familia, que un determinado sistema consagra, como criterio de interpretación de las normas cuyo sentido es oscuro? No hace falta un extenso razonamiento para resolver la cuestión de modo afirmativo. Pienso que podrían citarse muchos ejemplos, tanto en nuestro derecho como en la legislación comparada, que mostrarán la evidencia de este aserto. Cuando el sentido de una norma que afecta a la regulación de la familia tiene un sentido interpretativamente insuficiente, por virtud del carácter final que posee la misma institución a la cual se refieren las reglas oscuras, su sentido debe ser interpretado según la materia del concepto. Esto supone, como es obvio, el aspecto formal-dinámico que hemos descrito antes en la formulación del principio jurídico "familia".

En relación con la función de integración, hay que decir que proviene claramente, también, del carácter directivo. En el supuesto de que no exista una norma específica en el ordenamiento jurídico que cubra una situación sobreviniente relativa a la familia, el juez no puede dejar de resolver, aunque carezca de norma positiva. Desde el punto de vista de los principios, la inexistencia de pauta normativa remite a un problema de razón práctica, como se ha dicho antes. Aquí se vuelve a hacer patente, quizás con más fuerza todavía, la importancia del carácter final atribuido a la institución. La solución que el juez ha de encontrar no procede al modo teórico en que las conclusiones se desenvuelven, se explicitan, desde las premisas. El principio *familia* no es un axioma de un sistema lógico-normativo —en la terminología de Tarski y Bulygin— desde el cual se articula un conjunto de soluciones particulares preexistentes que se convierten en reglas por virtud de la acción puramente mecánica de un entendimiento (en este caso, el del juez que debe resolver). La solución principal está referida a la contemplación del fin propuesto en el ordenamiento para la institución jurídica que define la rectitud de los comportamientos *en razón de ese fin*. Desde este punto de vista, y por comparación con la pura explicitación de conclusiones en el razonamiento formal, la razón práctica —los principios— es *creadora* de derecho, como dice D'Ors<sup>29</sup>. El principio orienta la decisión, gracias a la dinámica contemplación del fin-observación del caso.

Finalmente, parece ser que la noción de familia actúa además como elemento de unidad del sistema jurídico. Esto también resulta obvio desde las conclusiones precedentes. En la medida en que se la ha descrito como un cierto bien protegido por el derecho (insistimos: cualquiera que sea la materialidad que cada sistema otorgue al concepto), toda disposición que roce algún aspecto que le es relativo, debe ser coherente con lo dispuesto por la o las reglas que consagren la institución-madre del ordenamiento. Si ello no ocurre, se rompe la

<sup>29</sup> D'ORS, A., *Introducción al estudio del derecho*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1994.

unidad del derecho, y su aplicación consecuente se convierte en algo jurídicamente imposible.

\* \* \* \* \*

En suma, se ha pretendido mostrar que el concepto jurídico de familia es un principio general del derecho, y que por lo tanto actúa en los ordenamientos reales y vigentes al modo de éstos. Tal cosa parece obtenerse a través de las siguientes conclusiones:

Primera, que la familia, como noción jurídica, cabe en cualquiera de los tres grupos de principios que tradicionalmente se distinguen, puesto que la prejuridicidad no es un concepto convertible lógicamente con el de prepositividad;

Segunda, que el concepto de familia acepta una formulación principal, tanto en perspectiva moral como jurídica, a partir de su constitución como bien sobre el que recae una razón de fin;

Tercera, que esta razón de fin puede estar otorgada o no por el ordenamiento positivo, con dependencia del género de principios dentro del cual se subsuma el concepto o principio "familia";

Cuarta, que su operatividad como principio se encuentra en la tensión al mismo fin que consagra, situación de la cual proceden de modo relativo la realización de las otras funciones que se atribuyen a los principios generales del derecho en un sistema jurídico.