

# HACIA UN DERECHO DE FAMILIA DEL SIGLO XXI \*

Fernando Hinestrosa\*\*

Siendo evidente que la especie y, dentro de ella, las distintas comunidades, se mantienen en cambio permanente, hay períodos en los que ese movimiento es más intenso y veloz. Se suele, entonces, emplear el vocablo crisis, que realza la ansiedad, la desazón, la incertidumbre que experimentan las gentes delante de transformaciones que súbitamente dejan sin piso muchas de sus creencias, que las desestabilizan emocionalmente, y que sienten fuera de su control. El hombre de las postrimerías del siglo XX observa estupefacto lo acontecido en el curso de su vida, y especialmente mira con asombro e incredulidad los sucesos de la última década. ¿Qué imaginación, por fértil y audaz que fuera, podría haber soñado que en tan poco tiempo se produjeran vuelcos tan abundantes y profundos en todos los aspectos de la vida? ¿Qué quiere decir, para las gentes de hoy, renovación, tradición, adaptación, conservación? En la actualidad es más visible que nunca que la cuestión no consiste en querer o no querer el cambio, sino en cómo influir en su ocurrencia y en adaptarse o no a él.

Se me ocurren estas anotaciones triviales a propósito del *leitmotiv* del evento que nos congrega y que recojo en el título de esta disertación. El siglo XXI lo tenemos a cuatro años vista, y con él el advenimiento del tercer milenio. Esto de suyo sobrecoge e invita a reflexionar, no tanto sobre el pasado, como en torno de lo que hoy vemos en ebullición y lo que está germinando, para proyectar la mirada hasta donde nos alcancen la intuición y la imaginación.

“Derecho de Familia”. ¿De qué familia y de qué derecho estamos hablando? Hasta hace unas pocas décadas, el estudio comparativo del derecho enseñaba que, mientras que el tráfico jurídico —que ya se mostraba cada día más universal, intenso y celero—, conduciría a cierta homogeneización de las instituciones civiles y comerciales y, de paso, a su consiguiente modificación para adaptarse a ese común denominador, por su parte las instituciones relativas a la familia, y a sus derivados patrimoniales: la propiedad, la sucesión, continuarían tendiendo a lo singular: como quiera que allá arraigan con mayor fuerza las tradiciones, los prejuicios, los particularismos, reacios al cambio<sup>1</sup>. Pues bien, para sorpresa de

\* Conferencia pronunciada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá, R. de Panamá, 22 al 27 de septiembre de 1996.

\*\* Rector de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, y Profesor de derecho privado en ella.

<sup>1</sup> Interesante al respecto el estudio del jurista checo Viktor Knapp sobre los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, adelantado por encargo de la UNESCO, publicado con el nombre de *Legal Sciences*, Mouton, Paris-The Hague, 1978, y traducido al italiano por M. Maffi y M. Merli. *La scienza del diritto*, Bari, 1978.

muchos, son las actitudes, costumbres y normas sobre la familia las que han cambiado más profunda y rápidamente en los últimos tiempos, y las más propicias a paradigmas y patrones generales.

Familia, vocablo unívoco y equívoco, como el que más. Al solo escucharlo o leerlo, todos sabemos de qué se trata. Sólo que no significa lo mismo en todos los lugares, ni en todos los hogares. Qué fácil es incurrir en la reducción de la vista a un fragmento breve de tiempo, aquel que abarca la memoria personal o la de una o dos generaciones más. En otras palabras, cuán proclive resulta a volverse un concepto anacrónico. Sí, la familia es una “institución”, una «sociedad natural, cuyos derechos merecen reconocimiento del Estado» (art. 29 C. P. italiana, 1947), «La familia es el núcleo fundamental de la sociedad» (art. 421 C. P. de Colombia, 1991), merece plena protección. Así se expresan en general constituciones y códigos modernos y contemporáneos. Pero, ¿qué es “familia”, o más concretamente en términos hermenéuticos, qué entienden unas y otros por “familia”, y cuáles las relaciones entre el concepto social y el concepto jurídico “odiernos” de familia? “La familia es una realidad polifacética”, definible por sus funciones que son variadas, unas inherentes a su ser, otras transitorias, dijéranse fungibles.

Los códigos civiles de raigambre francesa regulan en su Libro 1º (“De las personas”), lo relacionado con el matrimonio, la filiación, el estado civil, las relaciones personales entre cónyuges y las personales y patrimoniales entre padres e hijos, la tutela y la protección de los incapaces. Y en el libro destinado a regular “los modos de adquirir la propiedad” o “las obligaciones y los contratos”, el régimen de bienes en el matrimonio. A partir del BGB se introdujo en los códigos la sistematización propuesta por Puffendorf, con un libro destinado al “derecho de familia” por entero. Orientación que acogieron los más recientes códigos civiles latinoamericanos: el de Perú de 1984 y el de Paraguay de 1987. Paralelamente, en el período central de esta centuria los regímenes totalitarios se empeñaron en desglosar del ordenamiento civil aquellas materias, para integrar un “código de familia”, de índole publicista o, mejor, imperativa, acorde con su designio de someter a los ciudadanos desde el nacimiento a sus dictados y de apoderarse de la juventud y catequizarla, y no fueron pocos los que, en oportunidades sin reparar en el engaño, se dejaron seducir por ese embeleco, creyendo que la independencia o la rebeldía de esa rama del derecho civil mejoraría, por ensalmo legal, el status de mujer, niño, joven desamparados. Otro es el pendón que ondea en nuestra América, caracterizada de origen por una multiplicidad cultural, y quizá por ello socialmente respetuosa de esa diversidad y empeñada en tutelar a los sectores y núcleos más desamparados, de que son ejemplo los recientes códigos de Salvador (1993) y Panamá (1994).

«El derecho de familia debe reglamentar las relaciones familiares, es decir, las relaciones vitales que derivan del matrimonio y del parentesco [...] Familia, en sentido jurídico, es el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o el parentesco», decía el ilustre jurista H. Lehmann en 1947<sup>2</sup>. Aún hoy, en cuántos países, la familia se asimila a la familia fundada en el matrimonio o derivada de él, a la cual se reduciría la tutela normativa, con discriminación adversa de las

<sup>2</sup> H. Lehmann. *Derecho de familia*, 2ª ed., 1947 (trad. J.-M. Navas), Madrid, 1953, p. 11.

uniones y la prole extramatrimonial, inveteradamente denostadas con epítetos degradantes. El caso es que sólo recientemente en los planes de estudio de derecho de avanzada apareció el curso de derecho de familia, y que el programa de éste aún se reduce al tratamiento de los temas de matrimonio, su disolución, estado civil, filiación, autoridad parental, relaciones patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, tutelas y curatelas, y en algunos casos, adicionalmente, régimen de bienes en el concubinato o en la unión marital de hecho.

Ciertamente el “campo vital” del derecho de familia se ha ampliado en forma considerable y se ha vuelto muy complejo, a la vez que se ha mantenido, por no decir que ha aumentado, la sensibilidad que despiertan las respectivas materias, aquellas que tradicionalmente han figurado en su elenco y más las nuevas. De otra parte, cada día se hace más patente, no sólo la necesidad de darle un tratamiento “interdisciplinario” o “multidisciplinario” a las relaciones de familia y a los problemas que en ella se suscitan, sino la subsidiariedad y aun la insignificancia de la regulación jurídica de aquellas y de la intervención administrativa o jurisdiccional en la solución de los conflictos.

Sin que importe el desorden de su enunciación, ha de anotarse y destacarse la ocurrencia cada día más frecuente y numerosa del divorcio, la prescindencia del matrimonio como forma de apareamiento y de creación de familia, el abandono y el abuso de menores, la inestabilidad familiar, las sucesivas uniones –con toda su conflictividad personal y patrimonial–, el maltrato y la discriminación de la mujer, la prostitución infantil y juvenil. Cuestiones a las que han de agregarse para completar el sumario de actualidad palpitante: las nuevas técnicas de reproducción asistida, el aborto, la eutanasia y la muerte digna, el Sida, el “matrimonio” y la unión de hecho homosexuales, la adopción por parejas de homosexuales.

Entonces se tiene, de un lado, que la familia a que se refería el derecho tradicional cambió fundamentalmente, prácticamente dejó de ser y fue reemplazada por la realidad vital universal de hoy; y de otro lado, que aquellos temas vernáculos, si bien mantienen su importancia, pudiera decirse que han pasado a un segundo plano, habida consideración de la novedad y la trascendencia de las cuestiones de aparición reciente.

La familia amplia (*extended family*) ha mucho que dejó de ser. Inclusive, normas recientes han limitado la vocación legal hereditaria al tercer grado de consanguinidad. Y la familia reducida (*nuclear family*), consecuencia de la incorporación de la mujer al trabajo distinto del doméstico y de la urbanización creciente de la vida, es mucho lo que ha variado en la forma y en el fondo. Para comenzar con una posición jurídica fundamental: no es más sólo la pareja de cónyuges y su descendencia, sino que, como las nuevas constituciones lo proclaman, es un fenómeno natural que puede revestirse de formalidades jurídicas, no necesarias para su constitución, que depende exclusivamente de la decisión de la pareja (así, art. 42 inc. 1º C. P. de Colombia, 1991). A lo que se añade que el matrimonio ya no es un acto meramente religioso y monopolio de una sola religión, sino un acuerdo formal civil, laico, o religioso al que el Estado le reconoce valor y efectos civiles. La “unión libre”, como núcleo familiar, es cada vez más frecuente: a la barraganía del derecho español sucedió el concubinato y, por las restricciones legales de él a personas con libertad de estado, el ayuntamiento a secas, tan frecuente en nuestra América, que varios países caribes “legalizaron” desde hace tiempo, y cuyo reconocimiento fue penetrando en los demás por la

vía del derecho social, hasta ahora, cuando, como ha sucedido con cuántas otras instituciones de familia, se le acoge benévolamente por su embalaje europeo (es el caso, p. ej., de la investigación judicial de la paternidad con la ley francesa del 16 de noviembre de 1912), como “unión marital de hecho”, así sea con las restricciones de la ley colombiana (50 de 1990), pese a que una tercera parte de las familias está constituida al margen del matrimonio, y más del 60% de las parejas jóvenes no están casadas.

La aceptación del divorcio como medio de disolución del vínculo y de cesación de sus efectos civiles, independientemente de la cuestión religiosa, y su facilitación, ha significado la relegación de las arduas cuestiones jurídicas de la habilidad matrimonial y de las nulidades, y la desmitificación del divorcio y de la propia separación de hecho, que ya no se miran con reproche, ni son objeto de descalificación social en estrato o clase alguno. Más del tercio de las parejas de edad superior a 35 años ha acudido al divorcio o a la separación, proporción que asciende a la cuarta parte en las parejas de menos de aquella edad<sup>3</sup>. De esa forma, los conflictos conyugales tienden a resolverse pacíficamente y la intervención del derecho y la jurisdicción tienen una importancia mínima. A ello se agrega que, por razones múltiples y confluyentes, a la igualación de los efectos de las distintas clases de filiación y a la mayor facilidad de acceso a la definición del estado civil de hijo extramatrimonial se ha sumado una menor conflictividad en esta materia; inclusive, frente a lo que hubiera sido dable vaticinar, los varones acaudalados no se han dado a otorgar testamento a fin de mejorar a esta o aquella camada, en previsión de procesos de filiación *post mortem*. Ello ha implicado, también, una merma de la frecuencia y la importancia de tales cuestiones, es decir, del derecho de filiación, tan exigente, minucioso y esquivo. Lo que me lleva a pensar en la transformación mayúscula, no sólo del concepto de familia, sino del “derecho de familia”, en sí, en sus proyecciones, en su ámbito y, desde luego, en su propia función. Vivimos otra mentalidad, otra sociedad, y ello ha de significar una concepción y actuación distintas del derecho.

Ciertamente, la familia ha sido y es núcleo o célula vital de la sociedad. Es este un dato histórico incuestionable, a despecho de su explotación ideológica o pasional. Y, además, tiene plena vocación de continuar siéndolo. La indefensión física prolongada del vástago del ser humano, la necesidad de educarlo, porque no hereda experiencia, las exigencias crecientes de la socialización intensa, ponen de manifiesto, como una constante de la especie, que el infante, el niño, el adolescente necesitan un “hogar”, una “casa”. Reflexión elemental, al margen de si ese ambiente se lo da la madre, una o plural, o la pareja que lo engendró, u otra que nada tiene que ver con aquella, sea por separaciones y nuevas uniones, sea porque en su propio origen mediaron pluralidad de protagonistas y contratos. Lo cierto es que bebé, infante, niño demandan calor de hogar, cariño, el vaho maternal, que no le puede suministrar el Estado, como se pretendió y llegó a sostenerse. Numerosas son, por desgracia, las crías desprovistas de ese acogimiento. Los hijos no deseados, aquellos que implican lacra o escarnio para la madre, los que ella no pudo o no se atrevió a eliminar en vientre, o no puede mantener, o simplemente no puede cuidar porque ha de trabajar, o porque sus

<sup>3</sup> Los datos y referencias a la situación colombiana fueron tomados del estudio “Co-

lombia, factores asociados a las transformaciones de la familia”, elaborado por la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

quehaceres sociales no se lo permiten, y, por consiguiente, quedan a merced de la abuela, los hermanos mayores, vecinos, unos perros o la empleada. O, enhorabuena, de guarderías. De todos modos es el niño menesteroso de amor, cuya ausencia lo resentirá, lo endurecerá tempranamente y, posiblemente, lo llevará a la violencia y la venganza dispersa.

En todo caso, resaltando evidencias, la relación de familia tiene su fundamento en la sociabilidad del ser humano y en la necesidad de protección del débil. De suerte que la sustitución del amparo por la subordinación y la sujeción, de que hasta nuestros días tenemos noticias de tantos siglos, no es algo natural. La afirmación de paridad de los distintos miembros de la familia, iniciada por la Constitución de Weimar, que se volvió cláusula general y que el inciso 3° del artículo 42 de la Constitución colombiana de 1991 recoge, es expresión admirable de ese ser genuino, eudemonista, de la familia, o mejor, de una aspiración siempre postpuesta por el autoritarismo inherente al ser humano, que se niega a reconocer su precariedad. Así, bien puede decirse que seguimos al rescate o al hallazgo del pluralismo y la igualdad en el seno de la familia.

En ningún otro campo, en ninguna de las restantes relaciones se palpa una influencia mayor y más palpitante de la tradición y de normas de conducta diferentes de las jurídicas: higiene, moral, religión, costumbre. Es que de por medio está, no sólo lo más personal, íntimo de cada ser, desde la cuna hasta la muerte, sino que se trata de algo ineludible. No deja de ser útil reparar el tratamiento dado en las distintas civilizaciones, a lo largo de la historia, a la mujer, a los jóvenes, a los ancianos; registrar qué atribuciones o competencia se les ha reconocido a los progenitores en la formación de sus hijos, a la vez que los deberes a ellos impuestos, no tanto siguiendo la pauta jurídica, cuanto escudriñando la respectiva expresión “cultural”, en la que han solido ir amalgamadas religión, moral y tradiciones, como cancerberas de las “buenas costumbres”. Cuán amplia ha sido la extensión y la profundidad con que esas reglas se introdujeron en el ser individual y en el colectivo, hasta despojar al primero de su intimidad y convertir al segundo en cohonestador de prejuicios y ejecutor de crímenes oficiales. Los instintos más elementales, nobles e intensos, resultaron siendo administrados, o mejor, reprimidos, por sacerdotes-burócratas-jueces-gendarmes, y los ciudadanos quedaron expuestos irremisiblemente a los humores de aquellos fanáticos. ¿En qué quedó el derecho de educar a los hijos, de darles formación física, espiritual, moral, frente las normas y prácticas de la *Hitlerjugend*, o de los Pioneros, Komsomoles y Jussos?

En el presente es palmaria la disminución del poder de la intimidación social normativa. No me atrevería a sostener que ya no hay “cocos”. Ojalá que no los hubiera; pero si los hay, son otros. Ya, ni condena eterna, el infierno, ni esa incertidumbre indefinida, alterna, costosa y lucrativa, que es el purgatorio, atemorizan. El juicio voluble de las gentes, diluidas estas y aquel en comunidades populosas y dispersas, no hace mella alguna. Y el derecho, algo bueno ha de tener la anomia que nos consume, llega tarde y es poco efectivo. En una palabra, podemos regocijarnos del retroceso de la moral del miedo.

En su reemplazo emerge con vigor una moral cívica, laica, basada en la dignidad de la persona. El respeto a uno mismo y a los demás, el “ponte en el lugar del otro”, la contención de impulsos, instintos, pasiones, en obsequio de los demás, el “hoy por ti, mañana por mí”, independientemente de si esto se llama hedonismo, utilitarismo o, sin más, moral adulta. En el ámbito del derecho

de familia es placentero y estimulante mirar cuál es hoy la relación de la pareja, la relación entre padres e hijos, la relación de los menores con la tercera edad. Necesidad de ganarse un lugar propio, reconocimiento de la posición del otro, convicción de la transitoriedad del lugar que se ocupa. El amor, el respeto, la armonía no se dan de una vez para siempre; son frágiles, hay que cultivarlos diariamente, en cualquier momento se pueden perder.

¿Estamos en una época de transición? ¿Cuándo no? En todo caso nuestra “cultura” ha de ser pluralista, de entendimiento, de compromiso. De cuándo acá la antigüedad o la mayor edad, el sexo, pueden ser títulos o privilegios para la subordinación ajena. De nuevo, el amor, la consideración, el respeto, se ganan y merecen, y no se imponen por ley o por decreto.

La familia es objeto de protección, merece protección del Estado. Pero, ¿en qué consiste dicha protección, cómo ha de otorgarse y frente a quién? A lo largo de nuestro siglo se ha proclamado la vigencia del solidarismo. Los derechos subjetivos tienen una función social. Bien se afirma, o mejor, aún es permitido hablar de la función social de la propiedad. Y no creo que sea un contrasentido o un exabrupto hablar de una función social de la familia. Algo, por cierto, bien distinto de la “socialización de la familia”. En todo caso ninguno de los derechos de los distintos miembros de una familia puede ser concebido como un derecho absoluto. De plano es un derecho relativo, que recibe o le es reconocido no en obsequio propio, sino en cuanto miembro social, miembro de una familia y en razón del lugar cambiante que ocupa en ella.

No es la familia una persona jurídica. ¿Será una abstracción? Cada uno de sus miembros ha de tener presentes sus deberes, el papel que ha de desempeñar con honestidad, responsablemente. Cada cual es autónomo, y por lo mismo, ha de ser responsable. En fin de cuentas, el derecho de familia lo que hace es invitar a cada individuo, mejor, a cada sujeto, a obrar con responsabilidad, que no es más sino el respeto de la dignidad ajena. El derecho de familia, así entendido, es una talanquera al abuso individual. De ahí la importancia de preguntarse: ¿Hasta dónde va el derecho de la comunidad en la familia, y hasta dónde pueden avanzar y llegar los poderes del Estado? ¿Qué es lo que puede disponer éste? No creo descarriado ni superfluo hacer un paragón entre el derecho de familia y el derecho laboral; en fin de cuentas, uno y otro pertenecen al llamado derecho social.

Esa la razón para poner de presente que en el mundo de hoy, ni iglesias, ni estados, ni grupos de presión de la índole que sean, pueden entrometerse en la intimidad de familia. Esta merece protección, claro está, pero ello no significa coartar la autonomía ajena. Muchos son aún los fundamentalistas, y mucho me temo que su número y su beligerancia aumenten. ¡Es tan cómodo achacarle los males del siglo a la “pérdida de los valores”, y tratar de rescatarlos mediante la represión! El *back to basics* es la consecuencia del temor y la fobia a lo nuevo. De la falta de coraje y el desgano para afrontar lo distinto, la tendencia a la educación para la servidumbre.

De todos modos hay que colocar a buen seguro es la autonomía de la pareja y de cada uno de los miembros de la familia, teniendo bien presente que el Estado no puede ser el brazo armado de la religión o de la moral, independientemente de cuántos sean sus ciudadanos que practiquen aquella o determinada versión de esta. La ley no es compatible con una determinada posición moralista. Esos desplantes pueden ser políticamente benéficos para el protagonista, pero son inaceptables racional y éticamente.

Ejemplos de lo desacertado y contraproducente de esas intromisiones y desbordamientos abundan, aún en nuestros días. En su contraposición a la autonomía y a la democracia emulan los fanáticos religiosos, con los estatistas de las distintas vertientes. Trátese de forzar la indisolubilidad del matrimonio, o de imponerles a los cónyuges determinado régimen de bienes, como camisa de fuerza, tomándolos por incapaces o ineptos, y en todo caso, despojándolos de su poder de autodisposición, o trátese de sustraer la educación de los hijos al juicio bueno y prudente de sus padres, la concepción y la práctica autoritarias no escatiman argumentos y argucias para que la sociedad y, sobre todo, las nuevas generaciones sean sometidas a dictados pacatos, arbitrarios, liberticidas.

Diera la impresión, o a lo menos me hago la ilusión, de que el derecho tiende a liberarse de las imposiciones a que lo sometieron a lo largo de muchas generaciones los dogmatismos religiosos, morales y políticos. Sólo que ese movimiento resulta tardío, cuando ya la normatividad jurídica, anquilosada y retardataria, resultado de aquella coyunda, fue hecha a un lado, y la costumbre paralegal y aun *contra legem* restauró la sensatez y la equidad perdidas. Lección que no deben olvidar los legisladores del futuro, de quienes se exigirá un derecho sensato y concorde con el pensar y el sentir de los ciudadanos. Reglas de juego actuales, claras y ciertas, correspondientes a las circunstancias y cuestiones reales, que no se pueden soslayar, como tampoco se pueden seguir dando soluciones sin efectividad alguna. Concepción y tratamiento sistemáticos y armónicos de los problemas por las distintas ramas del derecho, dentro de una política de conjunto adoptada por vías de participación y de concertación.

Dentro de tales cuestiones –a cuyo propósito no huelga la reflexión de que por muchos respectos ha sido una fortuna la ausencia de legislación, en cuántos países como actitud deliberada–, sobresalen temas como los de la custodia de los menores, el estado civil de los concebidos con el auxilio de nuevas tecnologías reproductivas y las relaciones de pareja y paterno-filiales de *gays* y lesbianas, en verdad delicados, y algunos, además, chocantes.

«Con los índices actuales de divorcio y nuevo matrimonio, a la mayoría de los menores les espera pasar parte de su vida en un hogar con alguien que no tiene nexos familiares con ellos; por ejemplo, un padrastro o un compañero de uno de sus progenitores» (Martha Minow)<sup>4</sup>, y con la creciente inestabilidad de las sucesivas uniones, muchas de esas figuras sustitutivas resultan transitorias. Con una anotación fundamental al respecto: el menor es deliberante; es sujeto y no objeto, su parecer ha de ser tenido en cuenta: «la libre expresión de su opinión es uno de los derechos fundamentales de los niños» (art. 44 inc. 1º C. P. de Colombia, 1991).

«Con las nuevas tecnologías reproductivas, un hijo puede tener hoy cuatro progenitores: uno que contribuye con un huevo, uno que contribuye con esperma, uno que contribuye con su útero y uno o varios más que reclaman tener derecho a la custodia del menor» (M. Minow)<sup>5</sup>. La procreación “artificial” o asistida ya no es una cuestión marginal, cada día es más frecuente y suscita mayores inquietudes jurídicas, sociales y éticas. La sociedad le debe al nuevo ser consideración y respeto, lo cual quiere decir la plenitud de los derechos de su

<sup>4</sup> Profesora de Harvard Law School, citada en “The explosion of family law”, en *Harvard Law Bulletin*, 1994, p. 12.

<sup>5</sup> *Op. cit.*

personalidad, comenzando por un estado civil cierto, “padres” que le proporcionen crianza, cuidado, educación, y eliminación de discriminaciones sociales. Pero allí también están en juego los sentimientos, e incluso los derechos, de los contribuyentes biológicos excluidos de la paternidad-maternidad legales, cuestión que encuentra antecedentes en la figura de la adopción.

Hay algunos puntos que son de suyo conflictivos, por distintas razones, algunas confluyentes, y que bien merecerían definición legislativa: la autonomía de la procreación artificial por parte de quien está unido en matrimonio (¿y qué decir de los compañeros permanentes registrados como tales?) para la fecundación artificial o la cesión de gametos o el alquiler de vientre, la fecundación de miembro de pareja homosexual femenina, la fecundación de la mujer después de la muerte del marido con semen de él y el implante de óvulo proveniente de mujer ya fallecida.

¿Cómo resolver hoy los problemas de pluralidad de paternidades y maternidades generados por la procreación artificial? Aquí sí que es evidente la contraposición entre *progenitor genético* y *progenitor social*: ¿quién es el padre? ¿el que cedió su semen o quien lo adquirió ansioso de ser padre?; ¿quién es la madre? ¿la mujer que se desprendió de un óvulo, para su inserción en útero ajeno o su fecundación en probeta e implantación posterior, o la que permitió que se lo insertaran en su vientre, o aquella a quien está destinada la criatura? ¿Y qué decir, cuando el semen o el óvulo no tienen origen individualizado (dador anónimo)?

A esos interrogantes, difíciles de resolver, se añaden otros análogamente difíciles y punzantes, como: ¿qué disponer para cuando la madre gestante se arrepiente y pretende retener como suyo al hijo que concibió para otra, al margen de si su actitud es genuina o es apenas un ardid para que le reajusten el precio?; ¿y qué hacer cuando la arrepentida es la persona que hizo el “encargo” o contrató el servicio? En fin, ¿qué decir y qué hacer delante de la procreación póstuma? Siendo evidente la posibilidad de que el semen sea congelado y mantenido con vitalidad por algún tiempo, es del todo factible su empleo *post mortem*, y ya se han presentado controversias por procreaciones realizadas tiempo después de la muerte del dador. También podría darse el caso de óvulos congelados, y por qué no, de embriones implantados luego de la muerte de la mujer que fue fecundada. Lo primero que ocurre establecer en el supuesto de procreación post mortem es si hubo disposición mortis causa del gameto, sea ella testamentaria o no. Y si no medió consentimiento de la persona difunta; ¿podrá tenerse a ese ser como hijo de ella?

El punto del matrimonio homosexual, aceptado y practicado excepcionalmente en algunos países europeos y estados de la Unión Americana, motivo en ésta de debate actual por la expedición de ley prohibitiva equívoca, es más vistoso, pero de menor trascendencia que el de la correspondiente “unión de hecho”, acogida jurisprudencialmente de manera indirecta, al haber reconocido al compañero *gay* (en España) derecho a indemnización del daño moral sufrido por la muerte de su “concubinario”, y, por supuesto, que el de la adopción por parte de parejas homosexuales, cuestión debatida con ardentía en distintos países.

Hoy, como nunca, y con entera razón, se clama por la unidad y la estabilidad de la familia, anhelos cuya satisfacción presupone y exige, a más de la formación de una “cultura” de autonomía y responsabilidad, condiciones de trabajo y de vida compatibles con la estabilidad. La seguridad económica no garantiza de

suyo la estabilidad de la familia, pero sin estabilidad en el trabajo y seguridad de ingreso, difícilmente se tendrá estabilidad familiar. No por acaso se declara como deber del Estado «apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia» (art. 43 inc. 2º C. P. de 1991). Amparo, protección, tutela de la familia en sus distintas versiones, de la mujer, del menor, como concreción del deber social y estatal de «proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta», y de «promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» (art. 13 C. P. de 1991; art. 3º Constitución italiana).

En ese propósito el derecho de familia es un factor importante, mas no el único, ni siquiera dentro del ámbito normativo, y así es preciso reconocerlo. Derecho de familia y derecho en general que han de atemperar su rigidez y eliminar su dispersión. Respetar y hacer respetar la autonomía de la familia, la intimidad y la vida privada, prescindir de mecanismos de control, de injerencia indebida, de suplantación, al propio tiempo que concebir directrices, producto de deliberación y participación ciudadana, sólidas, científicas, flexibles, que abarquen los distintos campos sectoriales, fundamentalmente de promoción, de estímulo, de educación y persuasión. Buena “acción” para el siglo entrante.

