

TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

La deconstrucción del matrimonio y la familia. Perfiles jurídicos*.

Prof. Carlos Martínez de Aguirre

1. No descubro nada nuevo si afirmo que el Derecho de Familia, en su conjunto, pero también en cada uno de sus grandes sectores (básicamente matrimonio y filiación) ha sufrido unas mutaciones que permiten concluir que no hemos asistido a un mero cambio en las reglas del juego, sino que ha cambiado el juego en sí mismo.

Son muchos los factores que han influido en esta evolución, pero prácticamente todos ellos se han movido en una misma dirección: lo que cabría denominar la subjetivización del matrimonio y la familia, con cuya expresión me refiero fundamentalmente al proceso en cuya virtud matrimonio y familia: i) dejan progresivamente de ser contemplados como una realidad natural, de carácter objetivo, cuyos contenido, significado y reglamentación vienen dados, en sus aspectos más esenciales o nucleares, al ser humano y a la sociedad por la propia naturaleza humana; ii) y quedan, también progresivamente, sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social (estatal), que entiende que puede darles la configuración, contenido, significado y reglamentación que estime más conveniente: esto, tanto la sociedad a la familia y las relaciones familiares en general, como cada individuo a su familia o sus relaciones familiares en particular.

De los factores que han provocado este fenómeno, me gustaría subrayar ahora uno, que está ligado a la idea del dominio del hombre sobre las realidades que están en la base del Derecho de Familia (sexo y reproducción humana): me refiero a los avances médicos y biológicos, que permiten sexo sin procreación (métodos anticonceptivos: esta posibilidad es conocida desde antiguo; lo novedoso es su fácil accesibilidad y su universalización) y procreación sin sexo (técnicas de reproducción asistida: esta posibilidad es mucho más moderna), así como el llamado cambio de sexo (cirugías de reasignación, tratamientos hormonales). Todo ello transmite la idea de dominio del hombre (y de su voluntad) sobre el conjunto de realidades ligadas a sexo y procreación. Tales realidades parecen quedar a disposición de la voluntad humana, voluntad guiada por sentimientos o emociones, dando así lugar a lo que el profesor Bobadilla, ha llamado acertadamente el emotivismo libertario.

De esta manera, se produce también lo que podríamos llamar una doble desconexión del Derecho de Familia; así: i) está por un lado la separación (desconexión) de las instituciones básicas del Derecho de familia (matrimonio, filiación) de su fundamento biológico, lo que permite al legislador reconfigurar esas instituciones dándoles un contenido directamente ligado a la voluntad de los individuos: es lo que pasa, por ejemplo, con la filiación, a partir del momento en el que se admite la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, creándose así unos vínculos artificiales de filiación que son imposibles desde el punto de vista biológico; ii) por otro lado, se produce una creciente disgregación interna del Derecho de familia, en la medida en que las instituciones básicas que lo componen quedan desconectadas unas de otras: es lo que ocurre, por ejemplo, entre matrimonio y filiación, o entre patria potestad (o responsabilidad parental) y filiación, como veremos más adelante.

* Intervención oral en la *Giornata Interdisciplinare di Studio sull'Antropologia Giuridica della Famiglia. La relazione coniugale: crisi attuale e orizzonti di soluzione* (Roma, 19 de abril de 2018).

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

De esta manera se ha ido configurando un Derecho de familia adultocéntrico (Glendon): se pone mucho más énfasis en los derechos individuales de los miembros de la familia que en las responsabilidades familiares, y en los deseos de los adultos que en el interés de los hijos, pese a las enfáticas declaraciones de textos internacionales y nacionales sobre el interés superior del menor. Así, el matrimonio es tratado cada vez menos como una institución dirigida a proporcionar un ambiente adecuado para el nacimiento y educación de los hijos, y más como una simple relación íntima autosatisfactiva entre adultos: este es el planteamiento que late con toda claridad en las sentencias del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. De esta manera, los hijos quedan a expensas de los deseos o intereses de los adultos: si aparecen como un obstáculo, se recurre a la contracepción o al aborto; si aparecen como un medio para obtener la satisfacción de esos deseos o intereses, y no llegan por las vías naturales, también e incluso principalmente cuando estas vías están cerradas por la propia voluntad de los adultos implicados (que es el caso de las parejas del mismo sexo), se recurre a las técnicas de reproducción asistida o a la adopción.

2. Vale la pena detenerse brevemente en las dos grandes instituciones que integran convencionalmente el Derecho de Familia.

Comencemos por el matrimonio, que como es sabido ha experimentado un llamativo proceso de deconstrucción. ¿En qué se ha traducido esa deconstrucción? Brevemente: desde la perspectiva social, el matrimonio aparecía como una institución ligada al nacimiento de nuevos ciudadanos (procreación), y al largo camino de su humanización y socialización: lo primero explica la heterosexualidad y el contenido sexual del matrimonio, porque, como regla, los niños nacen de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer: de donde nunca proceden, en todo caso, es de las relaciones sexuales entre dos personas del mismo sexo, y solo de esas relaciones; lo segundo (el largo proceso de humanización y formación de los hijos, hasta que pueden valerse por sí mismos) está ligado a la estabilidad del matrimonio. Ambos rasgos desaparecen legalmente cuando el matrimonio civil puede ser entre personas del mismo sexo, y cuando cualquiera de los cónyuges puede divorciarse sin necesidad de alegar causa alguna, sino solo con su voluntad de divorciarse.

La apertura de la forma matrimonial civil a parejas del mismo sexo introduce una alteración radical en la regulación del matrimonio, ya que la estructura de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí misma no procreativa (es decir, cerrada a la procreación), mientras que la estructura del matrimonio entre hombre y mujer es en sí misma procreativa (es decir, abierta a la procreación): ello, con independencia de que ese matrimonio tenga o no hijos, o incluso de que pueda o no tenerlos (por esterilidad, por ancianidad...). Con la expresión estructura procreativa o no procreativa me refiero a un dato elemental: del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de ese hecho**, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos: la esterilidad no procede de una patología de la relación, sino de su propia funcionalidad (o, mejor, falta de funcionalidad) estructural; en cambio, del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de ese hecho**, conocidamente puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos: la unión entre un hombre y una mujer es la única que, por su estructura interna (procreativa), puede dar lugar al nacimiento de hijos. Con la decisión de política legislativa consistente en admitir que dos personas del mismo sexo puedan casarse civilmente, la distancia entre matrimonio civil y procreación se ha hecho abismal, afectando ahora a la propia estructura de la unión.

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

3. Por lo que se refiere a la progresiva facilitación del divorcio, que encuentra su máxima expresión en el divorcio unilateral sin causa y sin plazos, me gustaría partir de la idea de que «un sistema de divorcio que depende de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, hace más que proporcionar una salida del matrimonio. Cambia las reglas para la entrada en él» (Anderson). Esto tiene consecuencias relevantes, desde el punto de vista de la configuración legal de la institución:

i) Por un lado, los mecanismos de control de la intensidad y matrimonialidad del consentimiento pierden sentido e importancia, y con ellos la propia nulidad del matrimonio, que pasa así a desempeñar un papel claramente residual, como atestigua la práctica legal en España.

ii) En segundo lugar, resultan afectadas también las reglas que rigen el propio matrimonio, y destacadamente las obligaciones de los cónyuges, que pierden consistencia desde dos puntos de vista: a) en cuanto cualquiera de los cónyuges puede ponerles fin recurriendo al divorcio; b) en cuanto su incumplimiento puede no provocar consecuencia jurídica alguna, como ocurre en Derecho español (que ciertamente es excepcional en el panorama europeo).

Por último, y brevemente, la existencia de un divorcio tan accesible desincentiva la inversión personal y patrimonial en el matrimonio, a la vez que puede afectar a mecanismos legales como la compensación o pensión tras el divorcio: quien contrae matrimonio civil bajo unas reglas que permiten divorciarse con solo quererlo uno de los cónyuges, sabe que el matrimonio puede ser disuelto, incluso contra su voluntad, en cualquier momento, de forma que podría entenderse que carece de fundamento, cualquier reclamación basada en la ruptura de una relación esencialmente quebradiza: los contrayentes ya sabían cuando se casaron que esto podría pasar, por tanto nada tendrían que reclamar si pasa... A partir de ahí, pero también de otras consideraciones ligadas a las consecuencias económicas del divorcio, cobran creciente importancia los acuerdos prematrimoniales relativos al divorcio y a sus efectos personales y patrimoniales, en la línea que es habitual en el Derecho anglosajón: es la paradoja de contraer matrimonio habiendo previsto antes de hacerlo su voluntaria disolución y las consecuencias legales de tal disolución.

Resultado de todo lo anterior es que el matrimonio pasa de ser, de más que un contrato, a mucho menos que cualquier contrato, en la medida en que, al quedar a disposición de la voluntad de uno solo de los cónyuges, ha desaparecido su eficacia vinculante y su contenido obligacional.

Una vez deconstruido legalmente el matrimonio, cuando ya el Ordenamiento no tiene claro para qué sirve, ni cuál es su función, deja también de estar claro por qué hay que apoyarlo o protegerlo legalmente, y poco a poco va perdiendo peso legal, pero también peso social.

4. Dejemos ya el matrimonio, y pasemos brevemente a la filiación. La regulación legal de la filiación se ha apoyado, durante siglos, en unos determinados presupuestos, ligados al estado de los conocimientos médicos y biológicos: el primero, la seguridad de la filiación materna, determinada por el parto, sobre la que se entendía que no podían existir dudas razonables (*mater semper certa est*); el segundo, la relativa incertidumbre sobre la paternidad, que se atribuía jurídicamente a través de mecanismos indiciarios como, sobre todo, el hecho de estar casado con la madre (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Estos presupuestos se han visto profundamente afectados por los recientes avances en los conocimientos médicos y biológicos, así como por las posibilidades de actuación sobre la reproducción humana que tales avances han permitido. Paradójicamente, ello ha tenido consecuencias contradictorias

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

1) Por un lado, la puesta a punto de pruebas biológicas dotadas de un alto grado de fiabilidad permiten determinar la paternidad, o la no paternidad, en muchos casos, con un altísimo nivel de verosimilitud, hasta llegar prácticamente a la certeza o incluso, en función de las pruebas biológicas que se realicen, a la certeza total (es el caso del análisis de ADN).

2) Por otro lado, se ha producido una llamativa y progresiva pérdida de importancia del dato biológico en relación con la filiación legal. Ello ocurre destacadamente en los siguientes casos:

i) Empleo de técnicas de reproducción asistida, en las que el anonimato legal del donante de gametos (habitual, pero no universalmente establecido por la ley), unido a la prohibición de establecer cualquier vínculo legal entre el donante y sus hijos biológicos en caso de llegar ser conocida su identidad, desemboca en el establecimiento de filiaciones intencionalmente artificiales, en las que la voluntad vuelve a ser un factor clave. Por otro lado, en función de las técnicas empleadas, pueden intervenir en la generación, en el caso más extremo, aunque no el más habitual, hasta un total de cinco personas (pareja comitente, varón donante de semen, mujer donante de óvulo, y mujer gestante: estoy pensando, claro en la llamada maternidad subrogada); de todos estos intervinientes, ¿quién debe ser considerado legalmente el padre, y quién la madre? ¿qué papel desempeñan la biología y la voluntad en la determinación legal de la paternidad o maternidad?

Una característica señalada del empleo de estas técnicas es lo que cabría denominar su transparencia biológica: desde el primer momento, y salvo errores de manipulación médica, la filiación biológica es conocida por completo: se conoce de quién es el esperma, de quién es el óvulo, en qué momento el espermatozoide fecunda el óvulo, quien ha gestado el embrión resultante, y qué relación tienen quienes resulten ser legalmente los padres con todos ellos. La investigación de la paternidad biológica podría reducirse, en muchos de estos casos, a la simple consulta de las historias clínicas correspondientes.

ii) Las familias reconstruidas o *step families*, que son las derivadas de una segunda unión, sea o no matrimonial, tras la disolución de una unidad familiar previa: en estos casos se ha comenzado a hablar desde hace algunos años de *filiación de hecho* para referirse a la relación entre los hijos de anterior matrimonio, y el actual marido (no progenitor) de su madre, con el que conviven, y con el que en muchas ocasiones llegan a mantener, de hecho, relaciones cuasi-paternofiliales. Hay una creciente tendencia en el Derecho comparado a dotar a estas situaciones de un creciente contenido legal, configurando una situación de para-paternidad o para-maternidad que se basa no en el vínculo de consanguinidad, sino en la convivencia de hecho, y en lo que cabría denominar la filiación socio-afectiva, o psicológico-social. En este caso, las responsabilidades parentales —es decir, propias de los padres— pueden llegar a pesar simultáneamente sobre tres personas distintas: el padre y la madre biológicos, y la tercera persona, conviviente con una de las anteriores, a las que se atribuyan tales responsabilidades, junto con los padres biológicos. Junto a ello hay que mencionar también el progresivo reconocimiento al cónyuge o conviviente con el progenitor de un derecho a relacionarse con el niño que no es su hijo cuando se ha producido la ruptura de esa segunda relación (sea o no matrimonio): es decir, un derecho de visita distinto y compatible con el que ya tenía el progenitor no custodio, de forma que podríamos estar, por ejemplo, ante una custodia individual y dos derechos de visita, uno en favor del padre biológico, y otro en favor del segundo marido de la madre biológica, una vez divorciado de ella.

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

iii) Por último, quiero referirme a la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, o a la posibilidad de que se atribuyan vínculos legales simultáneos de filiación a dos varones o dos mujeres en casos de empleo de técnicas de reproducción asistida: en estos supuestos es claro que falta el vínculo biológico al menos entre uno de los dos padres (o madres) legales y el niño, si no de los dos; pero eso no es lo relevante, pues tal cosa ha ocurrido tradicionalmente en la adopción: el problema es que de esta forma se rompen los que podríamos llamar límites de tolerancia de la filiación, como figura legal, al desaparecer el principio de verosimilitud de las filiaciones no biológicas, en cuya virtud una relación solo puede ser considerada de "filiación" si en su estructura y características fundamentales responde a la estructura y características de la filiación biológica (un padre, una madre, un hijo): solo entonces cabe hablar de filiación, y no de una relación diferente de cuidado y protección. Esta adecuación entre la estructura legal de la filiación creada por la ley (filiación artificial, por tanto), y la estructura natural de la filiación biológica, es a lo que cabe denominar principio de verosimilitud de las filiaciones no biológicas, o puramente legales. Si esa verosimilitud no se da, se puede establecer una relación de cuidado y protección entre una o varias personas mayores, y otra menor, pero esa relación no será de filiación.

Como consecuencia de todo lo expuesto, queda directamente afectado, en sus aspectos más básicos, el propio concepto legal de filiación. Esto, unido a la creciente importancia que tienen en estos nuevos vínculos de filiación la voluntad, los deseos y los intereses de los adultos (el derecho al hijo que está en la base de estos planteamientos), abre la puerta a un modelo de régimen legal de la filiación, centrado en el interés de los progenitores, antes que en el de los hijos: nuevamente el adulto-centrismo al que también me he referido más arriba. En estos casos el interés superior del hijo, afirmado formalmente por las leyes y los Convenios internacionales, no pasa de ser una coartada hipócrita tras la que se ocultan los deseos e intereses de los adultos (Malaurie-Fulchiron).

5. La deconstrucción, sin embargo, no es total: en la regulación española vigente permanecen todavía algunos elementos estructurales del modelo inicial, probablemente más por inercia que por razones ligadas al diseño de un nuevo modelo. En concreto, quiero resaltar dos:

1) En relación con el matrimonio, se mantiene de momento la unidad (solo dos personas), aunque es un elemento que está siendo puesto en duda por algunas propuestas: no solo las más clásicas ligadas a la poligamia, sino también las que se sitúan en el ámbito teórico del proceso de deconstrucción, ligadas al llamado poliamor.

2) En relación con la filiación, el Código civil español mantiene todavía en algunos preceptos una mención específica a marido y mujer: así ocurre en los artículos relativos a la presunción de paternidad del marido (y no del "cónyuge"). El mantenimiento de esta redacción es fruto de una decisión consciente del legislador, "*dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales*", según explica la Exposición de Motivos de la Ley. En este caso, la realidad de las cosas (la naturaleza y la biología), han impuesto esta solución: solo cuando en un matrimonio hay procreación biológica, y por tanto heterosexualidad, puede tener sentido disponer que el marido es padre del niño que ha dado a luz su esposa. Por eso la presunción de paternidad no es aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo. Y por eso mismo, la ley que introdujo en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, no tuvo más remedio que reservar la aplicación de la presunción de paternidad a los matrimonios entre hombre y mujer.

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

De esta manera la presunción de paternidad del marido sigue atestiguando legalmente la vinculación entre matrimonio, heterosexualidad y procreación. Y lo hace precisamente en relación con la filiación, lo que resulta ser especialmente relevante, a la luz de cuanto se irá exponiendo más adelante.

7. Hasta aquí, la deconstrucción del Derecho de Familia, y sus claves más importantes, al menos desde mi punto de vista. Es el momento de hablar brevemente, y con muchas reservas, de la reconstrucción. La primera pregunta sería: ¿es necesaria esa reconstrucción? Creo que la respuesta es positiva, desde dos puntos de vista: el teórico, relativo al sentido y finalidad del Derecho de familia; y el práctico, relativo a las consecuencias sociales de la deconstrucción. Empezaré por este último, para abordar después, brevemente, el primero.

El objetivo básico de los cambios legales experimentados por la familia y el matrimonio es, o debería ser, la consecución de mayores niveles de calidad en las relaciones familiares. Sin embargo, los resultados prácticos podrían justamente ser considerados como pésimos: como escribió Viladrich hace ya tiempo, "toda esta imponente e incomparable dedicación de energías en busca de una mejor fórmula familiar coincide en nuestra época con una degradación —no menos imponente e incomparable— de aquellos índices de calidad humana de la convivencia social más directamente relacionados con el acierto o fracaso de las estructuras familiares": así, cabe citar la disminución del número de matrimonios; el descenso del número de niños que viven en una familia estable; el aumento de las rupturas familiares; el descenso de la fertilidad; el crecimiento de los nacimientos extramatrimoniales; el aumento de las tasas de suicidio infantil y juvenil, y de las tasa de psicopatías de los niños y los adolescentes de origen familiar...

Para mejor entender mejor las razones de este fracaso hay que tomar altura para ganar perspectiva, y ver el panorama en su conjunto: todas las reformas legales, así como las políticas públicas relativas a la familia, se han fundado en unos presupuestos sobre la consistencia y configuración de las relaciones familiares que pueden ser calificados como incorrectos; se han dedicado esfuerzos muy notables a lo que cabría denominar aspectos periféricos, pero se ha errado en la forma en la que la Sociedad y el Derecho han afrontado las relaciones básicas del Derecho de Familia. De ahí que sea preciso hacer un replanteamiento en profundidad de la regulación legal de las relaciones familiares básicas. Urge preguntarse acerca del fundamento y sentido del Derecho de Familia: ¿por qué un Derecho sobre la familia? ¿para qué un Derecho sobre la familia?

8. Una primera respuesta a la pregunta de por qué la sociedad y el Derecho se interesan por la familia, podría ser la que gravita en torno a la convivencia y la afectividad. La clave sería que dos personas se quisieran y vivieran juntas: en este planteamiento quedarían efectivamente igualadas las parejas homosexuales y las heterosexuales; sería también indiferente que estuvieran casadas o no: lo importante (convivencia y relación de afectividad) estaría igualmente presente en todos los modelos familiares.

Pero si esto fuera así, entonces:

i) Por un lado, no se ve claro porque hay que limitarse a dos, ya que puede haber relaciones de convivencia y afectividad que involucren a más de dos personas.

ii) Por otro lado, todas las situaciones de pareja en las que hubiera convivencia y afectividad deberían ser tratadas igual, y quedar sujetas al mismo régimen legal: pero esto nunca ha

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

sido aceptado. Pensemos, por ejemplo, en el caso de las hermanas Burden, a las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 28 de abril de 2008 no reconoció, el derecho a recibir un trato similar al de las parejas registradas del mismo sexo, a efectos de la obtención de los beneficios fiscales de que gozaban tales parejas; ese sería el caso también de dos amigos que viven juntos y se quieren, pero como amigos. Estos casos, por mucho que haya convivencia y afectividad, no son considerados como acreedores del mismo tratamiento que reciben quienes están casados, o quienes constituyen una pareja no casada con efectos legales.

¿Que es lo que diferencia el caso de las hermanas Burden, o el de dos amigos que viven juntos, del de un hombre y una mujer que se casan, o que viven como pareja de hecho (o en su caso, de dos hombres o dos mujeres que viven en una unión homosexual)? El dato que está claramente presente en aquéllas relaciones, y falta en estas, es el contenido sexual, la mutua disponibilidad sexual de los componentes de la pareja. Ahora bien, si el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual, habría que preguntarse inmediatamente acerca de por qué a la sociedad y al Derecho le interesan las situaciones de convivencia estable entre dos personas que tienen un contenido sexual, en cuanto tales. La respuesta más razonable es: por la posibilidad (en algunos casos, altísima probabilidad) de que de esas uniones nazcan hijos. En efecto, esa es la funcionalidad esencial de la diversidad de sexos, y de las relaciones sexuales, y por lo tanto eso es lo que sirve para diferenciar estas relaciones de otras en las que no existe el contenido sexual. Este dato es socialmente muy relevante, ya que tiene que ver con el origen de los futuros ciudadanos, y por tanto con el futuro de la propia sociedad. Eso a su vez, explica que las situaciones de afectividad y convivencia carentes de mutua disponibilidad sexual (las hermanas Burden) queden fuera de esta regulación.

9. La conclusión de que la procreación (los hijos) son la clave del interés social en las relaciones familiares, y por tanto del Derecho de Familia, permite obtener algunas conclusiones significativas acerca de los elementos que han ido desapareciendo, o han cambiado radicalmente (de raíz) como consecuencia del proceso de deconstrucción expuesto más arriba. Una primera consecuencia lógica de este planteamiento es la idea de que la relación básica en Derecho de Familia, en esta perspectiva teleológica, no es la de pareja, sino la de filiación, relación que proporciona el cimiento sobre el que reconstruir el Derecho de Familia.

Vayamos ahora con la heterosexualidad. Si partimos de parejas que viven juntas, se quieren, y tienen relaciones sexuales, es básico distinguir entre las formadas por personas del mismo sexo, y las formadas por personas de distinto sexo, ya que éstas son estructuralmente procreativas y aquellas no: es decir, las formadas por hombre y mujer tienen la capacidad genérica de producir niños, y las otras no. Los niños (los nuevos ciudadanos) no proceden de cualquier situación de convivencia con mutua disponibilidad sexual, sino solo de aquellas cuyos componentes son un hombre y una mujer. Por tanto, las uniones formadas por personas del mismo sexo, constituyen un fenómeno asociativo, más que estrictamente familiar (Díez-Picazo).

Detengámonos ahora en un segundo dato, que deriva de las necesidades de subsistencia, desarrollo y (en suma) "personalización" del recién nacido, como consecuencia no solo de su desvalimiento físico, sino también de su naturaleza de ser dotado de inteligencia y voluntad, que precisa una específica y cuidadosísima educación de ambas, en un ambiente adecuado. Este proceso de humanización y socialización de los recién nacidos se relaciona con la permanencia y estabilidad del núcleo familiar, que es lo que mejor garantiza, en términos de modelo, que el proceso se va a

TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi
Giuridici sulla
FAMIGLIA

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA
LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE

Roma, 19 aprile 2018

desarrollar más adecuadamente. En esta perspectiva, no está de más recordar que, sociológicamente, son más estables, y mucho más fecundas las uniones matrimoniales que las no matrimoniales, y las uniones entre personas de distinto sexo que las uniones entre personas del mismo sexo.

Así pues, el modelo que mejor responde a las funciones estratégicas que cumple la familia respecto a la sociedad es el modelo heterosexual estable y comprometido.

10. Heterosexualidad, estabilidad y compromiso son, pues, elementos claves en la reconstrucción del concepto de matrimonio, y del Derecho de Familia. A parecidas conclusiones se llega, en un planteamiento más teórico, a partir de la idea de que la relación fundamental en Derecho de familia, desde el punto de vista teleológico, es la relación de filiación.

En efecto, si partimos del hijo (de un hijo), los vínculos biológico-jurídicos de filiación nos conducen precisamente a una pareja, y no a cualquier pareja, sino a la pareja formada por un hombre (su padre) y una mujer (su madre), lo que permite afirmar la heterosexualidad. Padre y madre son quienes mediante su atención conjunta prolongada en el tiempo pueden hacer frente con éxito a las necesidades de humanización y socialización de ese hijo, lo que permite fundamentar la estabilidad. Y resulta, además, que ese vínculo legal de filiación, es tendencialmente indisoluble: esto es así hasta el punto de que el vínculo artificial de la filiación adoptiva, creado con la necesaria participación de la voluntad de los adoptantes, es irrevocable, desmintiendo así legalmente la idea de que la voluntad no puede crear vínculos legales indisolubles entre dos personas. En este punto, me gustaría subrayar que precisamente en su hijo biológico es donde un hombre y una mujer se hacen realmente, biológicamente, una sola carne, haciéndose así realidad física, ahora desde este punto de vista, esa fuerte expresión de la Escritura.

A partir de la relación de filiación recuperamos, pues, la unidad, la heterosexualidad y una estabilidad rayana en la indisolubilidad en la relación de pareja. Y además, logramos romper ese adulto-centrismo del que he hablado con anterioridad, devolviendo al Derecho de Familia su contenido filio-céntrico que implica la necesidad de que los adultos implicados (hombre y mujer) se empleen en beneficio de sus hijos, en lugar de en la satisfacción de sus propios intereses.

11. Muchos temas han debido quedar en el tintero, y no he podido desarrollar muchos matices de las cuestiones abordadas. Confío, con todo, en que hayan servido para ofrecer una idea general de la situación del Derecho de Familia en los países occidentales, y de sus debilidades y retos más importantes.

Muchas gracias.