

EN BÚSQUEDA DE LA IDENTIDAD DE LA FAMILIA. EN RESPUESTA AL FORO *FAMILIA, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS*

Ilva Myriam Hoyos Castañeda

Resumen: La autora reflexiona sobre algunos problemas que ameritan un diálogo con quienes defienden la tesis de la no juridicidad de la familia. A su juicio, la familia es el lugar del derecho mismo o el ámbito en que surge plenamente la complejidad de darse las personas a las demás personas. Sin la juridicidad de la familia no se entiende la juridicidad de la persona. En relación con los llamados «nuevos modelos familiares», afirma que éstos se estructuran con base en los radicales antropológicos de la familiaridad, pero su articulación no les da una semejanza completa con la familia nuclear. Por esta razón, las relaciones familiares deben ser promovidas y tuteladas por la ley teniendo en cuenta su identidad y aporte a la articulación de la sociedad: estas relaciones deben distinguirse legalmente de otros tipos de relaciones sociales.

Palabras Clave: Familia, familia nuclear, nuevos modelos familiares, matrimonio, persona.

Abstract: The author analyses some problems which are worth a dialogue with the ones who defend the thesis of the non-juridicity of the family. In her opinion, the family is the place of the right itself, or the atmosphere which gives rise to a full capacity of people to offer themselves to others. Without the juridicity of the family, there is no possible understanding of the juridicity of the individual. Regarding the so-called "new family models", she states they are structurally based on anthropologic radicals of the familiarity, but their link doesn't provide them a total similarity with the nuclear family. For this reason, those family relations should be promoted and regulated legally, taking into account their identity and contribution to the society articulation: these relations should outstand legally from other types of social relations.

Key Words: family, nuclear family, new family models, marriage, person.

Résumé: L'auteur met le doigt sur certains problèmes qu'il serait bon de débattre avec ceux qui défendent la thèse du caractère non-juridique de la famille. Selon l'auteur, la famille est le lieu-même du droit, le lieu où surgit la problématique du don de soi. Sans le caractère juridique de la famille on ne comprend pas le caractère juridique de la personne. En ce qui concerne les soi-disants « nouveaux modèles familiaux », il affirme que ces derniers trouvent leurs fondements dans les radicaux anthropologiques de la famille mais que leur articulation ne les identifie pas totalement au noyau familial. Pour cette raison, les relations familiales doivent être promues et être protégées par la loi, en prenant en considération son identité et son apport à l'articulation de la société: ces relations doivent légalement se distinguer d'autres types de relations sociales.

Mots clef: Famille, noyau familial, nouveaux modèles familiaux, mariage, personne.

Este artículo ha sido publicado, desde el 18 de julio de 2003, en la página web de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Puede consultarse en: http://apolo.uniandes.edu.co/%7Ederecho2/client/scripts/categoria2.php?cat_id=134

NECESIDAD DE VOLVER SOBRE LA NOCIÓN DE FAMILIA

En un reciente foro sobre *Familia, Democracia y Derechos Humanos*¹, se defendió de manera insistente la tesis de que la familia no es una realidad jurídica, sino un fenómeno social, histórico y cultural. Y se propuso, en correlato con esta tesis, la idea de que se debe evitar caer en la tentación de establecer una noción legal de familia, porque con ella se cerraría el paso a múltiples y complejas formas de asociación afectiva entre los seres humanos y se dejarían, del mismo modo, por fuera del sistema jurídico otras formas de lo familiar que no tuvieran concordancia con la definición legal establecida, lo cual implicaría aceptar la existencia de familias legales y familias ilegales, distinción con la que se fracturaría ya no sólo a la familia sino a todo el derecho social. Carlos Tejeiro, uno de los conferencistas, incluso consideró que «la familia es lo que quienes la están viviendo creen que sea»², porque la familia «sólo la comprenden quienes la están viviendo»³.

1 El mencionado foro fue organizado por la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Universidad de los Andes y realizado en Bogotá del 24 al 26 de abril de 2003. La coordinación del mismo estuvo a cargo de la profesora de la Universidad de los Andes Faridy Jiménez Valencia.

2 Éstas son sus palabras textuales: «Es necesario tener claridad que la familia es lo que quienes la están viviendo creen que es [...]. No como yo, que soy quien la interviene, resolví que debe ser». Esta tesis, en cierto sentido, fue matizada por el mismo conferencista, al expresar que, en relación con esa afirmación, se debe hacer una aclaración metodológica. La definición de familia puede ser abierta, siempre y cuando estén dados los elementos ético-estructurales de lo familiar. Estos elementos serían los establecidos en el artículo 42 de la Constitución Política. Tejeiro mencionó, entre esos elementos, la familia como sujeto de protección, la igualdad jurídica de los hijos ante la ley, la tolerancia y el respeto mutuo. Estos elementos, en igual forma, tendrían el carácter de condiciones vitales humanas, serían estructurales de lo familiar y estarían dados y preservados desde el derecho. El conferencista, sin embargo, no precisó en qué forma deben determinarse los «elementos ético-estructurales de lo familiar», TEJEIRO, CARLOS, *Familia, derechos humanos y política legislativa*, pág. 11 [se citará *FDHIO*, que corresponde a la transcripción de la intervención oral del profesor Tejeiro].

3 «La familia es un ser vivo, que solamente, realmente, comprenden los que la están viviendo. La familia no puede estar descrita desde la ley, y si la suya

Sin desconocer que la familia es el lugar del crecimiento personal, de los afectos, de la solidaridad, de la transmisión intergeneracional de la cultura, así como el hábitat en el que se aprende a vivir como ciudadano y a ejercer los derechos fundamentales, también la familia es el lugar del derecho mismo o el ámbito en el que surge plenamente la complejidad de darse las personas a las demás personas. En otras oportunidades he defendido esta tesis⁴; ahora pretendo hacer públicas nuevas reflexiones que me han sido suscitadas por las ideas expresadas en el mencionado foro y con las que intento, una vez más, replantear la cuestión de la noción de la familia y explicar la relación entre ésta y el derecho. Tal es, precisamente, la finalidad de este escrito, que ha sido pensado y redactado con la pretensión de dar, en algunas cuestiones, respuesta a planteamientos específicos que se formularon en el Foro Distrital *Familia, Democracia y Derechos Humanos*; en otras cuestiones, la pretensión es más simple, pero no menos significativa: reflexionar sobre algunos problemas que ameritarían un diálogo con quienes defienden la tesis de la no juridicidad de la familia.

Antes de abordar los temas de fondo referentes a la cuestión planteada, he considerado pertinente partir de una reflexión de carácter preliminar, que –soy consciente de ello– ameritaría un desarrollo más extenso del que en esta ocasión puedo presentar. Y es que creo advertir, en quienes defienden la tesis de la no juridicidad de la familia, la aceptación de la idea de que lo jurídico no se identifica con lo legal. Según este planteamiento, la no juridicidad de la familia podría entenderse, en una de sus significaciones, como la ausencia de una noción legal de lo familiar, que no excluiría necesariamente otorgarle al

no encaja, su familia es ilegal», *FDHIO*, pág. 10. Contrasta esta tesis de Tejeiro con la afirmación que él mismo hace en la versión escrita de su ponencia, en la que de manera expresa dice que no se pueden confundir la «experiencia de lo familiar» y el «concepto de familia», *Familia, derechos humanos y política legislativa* [se citará *FDHPE*, que corresponde a la intervención escrita, pág. 5]. Esta versión puede consultarse en la página web de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia: http://apolo.uniandes.edu.co/%7Ederecho2/client/scripts/categoria2.php?cat_id=134 [esta página web se consultó los días 9 a 12 de junio de 2003].

4 «Sobre la persona y la familia. A propósito de una *Teoría general de niñez y adolescencia*», en *Pensamiento y Cultura*, N° 3, 2000, págs. 235 ss.

gún tipo de dimensión jurídica a la familia; por ejemplo, reconocerle el carácter de titular de derechos fundamentales. Ésta parecería –a mi juicio– ser la tesis defendida por Tejeiro, quien no niega que la familia sea titular de derechos humanos y, por ende, en cierto sentido le reconoce dimensión jurídica; su propuesta fue la de considerar que «la noción de familia no es jurídica»⁵ y que no debe definirse legalmente la familia. En esta misma línea se pronunció la profesora Ligia Galvis, para quien «La historia reciente de la familia se funda en la perspectiva de los derechos»⁶. La tesis de la no juridicidad de la familia también podría entenderse en el sentido de que la familia excluye cualquier significación jurídica, sea ésta legal o de cualquier otra índole, tesis que conduciría a un planteamiento rebatible, por lo menos desde el ámbito de la experiencia, que sería el hacer referencia a una familia *de facto*, lo que incluso podría poner en duda la propia existencia del derecho de familia.

La cuestión que subyace a las dos tesis planteadas es propia de la Filosofía del Derecho y no dudo en afirmar que se trata de una cuestión clave para determinar la juridicidad de las relaciones sociales o, si se prefiere, la razón de ser de todo aquello que se dice jurídico. Desarrollaré de manera muy breve la cuestión preliminar.

El saber jurídico tiene como finalidad propia el estudio de la realidad social, conformada por las relaciones humanas, desde la perspectiva de *lo debido* o *lo justo*. Es decir que la reflexión sobre la realidad jurídica es, ante todo, una reflexión sobre un aspecto

determinante de la vida del hombre en sociedad, que se considera desde la formalización propia del saber del derecho, esto es, desde lo justo. Ni la realidad social ni el saber sobre esa realidad se reducen a la ley, sino que una y otro abarcan, entre otros, principios, derechos, deberes, acciones y relaciones. En este sentido, la «realidad social» –repito: integrada por relaciones interpersonales– es la base del saber jurídico, que tiene por objeto el estudio del derecho vigente en una sociedad determinada. Se trata de un saber ordenado a la acción, pero no a cualquier clase de acción, sino a la *acción justa*; es decir, es saber práctico que consiste en *discernir y actuar lo justo*. Desde esta perspectiva, es comprensible afirmar que el derecho no sólo está inserto en la realidad social, sino que lo jurídico es también algo real. Y, como realidad, el derecho está abierto a las diversas y a las distintas maneras de conceptuar lo real. O, para decirlo con otras palabras, lo jurídico no se deja reducir a una sola visión del derecho: antes bien, lo jurídico está abierto a los diversos modos de comprender y de conceptuar la realidad, que, a su vez, es una y múltiple. Ésta es la razón por la que esa realidad no se agota en un modo de decir el derecho, como podría ser el expresado a través de la ley o a través de las decisiones judiciales. Y es que lo justo o lo debido en las relaciones interpersonales puede tener como causa no sólo a la ley, sino también a la jurisprudencia, a los actos voluntarios e involuntarios de los hombres, a los actos de poder, a la naturaleza humana, etc. Esto es, precisamente, lo que se quiere dar a entender al decir que la realidad jurídica es análoga, porque los modos de hacer referencia a esa realidad son diversos.

Con base en esta perspectiva, es fácil comprender que si la familia es realidad social, puede ser considerada desde el modo de conceptuar el saber jurídico, esto es, desde la misma formalidad de lo justo, que abarca lo legal pero no se reduce a ello. Es decir que la familia, considerada desde una perspectiva jurídica, no se identifica con la regulación que la ley establece sobre ella. Es una realidad mucho más amplia, porque apunta a la íntima relación entre persona y familia. Si la persona y la familia van juntas, reconocerle a la persona sus derechos es también reconocerle su dimensión familiar. Si la persona y la familia están íntimamente relacionadas, la juridicidad intrínseca de la persona requiere de la juridicidad

5 «Creemos, entonces, que la noción de familia debe ser una hipótesis abierta, una hipótesis abierta para el derecho, comoquiera que entendemos por familia un fenómeno vivo, cambiante con la cultura, con los tiempos y las concepciones que se tienen de la sociedad y del Estado. Entendemos por familia, ante todo, por encima, más allá de la ley, [...] un fenómeno ético, derivado de la misma condición de dignidad humana intrínseca, ya reconocida en todos los tratados internacionales. Es decir, nos alejamos de la familia como institución jurídica, para comprender la familia como fenómeno social al interior de las culturas», *FDHIO*, pág. 3.

6 «El desafío es ir adelante para construir una sociedad y una familia fundadas en el reconocimiento de la titularidad de los derechos de todos sus miembros. Pero ello nos obliga a crear nuevas formas de orientación de las relaciones familiares y hacer del espacio de la familia el escenario de formación de esa cultura democrática fundada en el ejercicio responsable de los derechos [...] La relación entre la familia y los derechos humanos no es simplemente jurídica ni se circunscribe al ámbito de una política de Estado. Los derechos humanos son una forma de vida, son la expresión postmoderna del humanismo de la democracia y sobre esta base construimos la relación entre familia, democracia y derechos humanos», GALVIS, LIGIA, *Familia, normatividad y cultura*, pág. 14 [se citará FNC]. El texto de esta ponencia también puede consultarse en la página web de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia.

intrínseca de la familia, y viceversa. Con una y otra juridicidad se expresa el núcleo esencial de la dimensión existencial de la vida humana. Desde esta perspectiva, creo que la tesis que defendiendo podría tener una cierta aceptación en el planteamiento de Tejeiro.

Digo «cierta» porque –a mi juicio– lo que pretende el director de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia es resaltar que el *modelo tradicional de la familia, la familia nuclear o familia natural, hiperregulado por la ley* y centrado en un modelo prevalente de familia, ha entrado en «crisis» y ha sido sustituido por un *modelo moderno de las familias, ajeno a toda norma legal* y a cualquier referencia a la familia nuclear, natural o biológica.

Este planteamiento merece –a mi juicio– ser examinado con más detenimiento, porque el pensamiento contemporáneo, al desjuridificar la noción tradicional de familia, lo que ha pretendido es juridificar otros modelos de familia, en los que de una situación de hecho se derivan derechos. Es ésta la razón para que diversos grupos sociales ejerzan presión con el fin de que la legislación, sea nacional o internacional, conceda algún tipo de dimensión jurídica a los «nuevos modelos familiares». Podría decirse que ese *nuevo paradigma de familia* también ha entrado en crisis. Y digo «crisis» en el sentido estricto de este término, como enjuiciamiento de la realidad familiar sin hacer referencia a ninguna consideración jurídica, porque si los derechos humanos se predicán de la familia o de las familias, ni una –*la familia*– ni otras –*las familias*– podrían concebirse con independencia del derecho, pero también porque esos «nuevos modelos familiares» se estructurarían con base en un concepto general de familia que es, precisamente, el que permite la configuración de las distintas clases de familia.

La llamada «crisis de la familia» sería, desde esta perspectiva, aplicable no sólo a la llamada familia tradicional, sino también a lo que ha dado en llamarse «nuevos modelos familiares». Esta «crisis» obliga, en una sociedad plural como la nuestra, a repensar la familia. Y a repensarla sin negar de entrada su dimensión jurídica, porque si los derechos humanos de la familia se toman en serio, en la familia debe radicar algún tipo de dimensión jurídica, sin la cual se haría incomprensible cualquier consideración

acerca de lo familiar. O, para decirlo con otras palabras, la juridicidad y la familiaridad irían juntas, y con ellas se expresaría un constitutivo de lo *humanum*.

Esa juridicidad sería –así lo entiendo yo– clave para explicar la distinción entre los *derechos de la familia*, como derechos humanos, y los *derechos en la familia*, esto es, los *derechos de sus integrantes*. No se piense que la distinción entre una y otra comprensión de la juridicidad familiar radica en el uso de las preposiciones *de* o *en*: es algo más radical. En efecto, hablar de los *derechos de la familia* es aceptar que la juridicidad sería una dimensión constitutiva de la familia y que ésta, la familia, no podría comprenderse plenamente sin referencia a los derechos humanos, es decir, sin aceptar su dimensión jurídica. Hablar de los *derechos de los integrantes* es reconocer, a cada uno en su individualidad, la titularidad de derechos. Desde esta perspectiva, la familia, al no tener juridicidad propia, no sería titular de derechos, sino que los titulares serían cada uno de sus integrantes. La regulación jurídica, en esta última hipótesis, se haría de manera extrínseca a ella y sería por entero competencia de la legislación estatal.

¿Cuál sería la clave para superar esa aparente dicotomía entre *la familia* y *las familias*, entre los *derechos de la familia* y los *derechos de sus integrantes*, entre *la familia como institución legal* y *la familia como realidad sociocultural*? Parece –al decir de algunos expositores del mencionado foro– que el criterio para superar esa aparente dicotomía sería atender a la experiencia de la familia y de lo familiar, tanto en sentido subjetivo como en su comprensión social.

LA EXPERIENCIA DE LA FAMILIA Y DE LO FAMILIAR

La preocupación por dar alcance jurídico a la «experiencia de lo familiar» es –a mi juicio– algo legítimo, siempre y cuando con esa experiencia no se pretenda *subjetivizar la familia* y negar que sus contenidos y significado vienen dados por un criterio objetivo, porque darle un énfasis o reducir lo familiar a la experiencia que de ella tenga cada uno de sus integrantes podría, por una parte, llevar a considerar

que la voluntad individual sería la única fuente de la juridicidad, como en su momento lo fue la voluntad estatal, pero, por otra parte, a reducir la familia a la apreciación de quienes la viven o la valoran. De esta forma, si no existe un único modelo de familia, cada quien, como integrante de su propia familia, elige su propio modelo –tesis que podría incluso llevar a afirmar que no existe familia, sino que existen los individuos que componen los diversos modelos de lo familiar–. Con base en este planteamiento, tampoco existirían *derechos de la familia* sino sólo derechos en la familia.

Con este enfoque se caería –como agudamente lo ha presentado Donati– en una relación circular entre el observador de la familia y los sujetos observados, lo cual implicaría que el observador que define la familia es el mismo que la actualiza o realiza. La definición, por tanto, sería competencia del sujeto que se interpreta a sí mismo como observador y que, a su vez, modifica esa definición según sus gustos, preferencias o deseos. La idea que subyace a esta tesis es que no existe un punto de vista objetivo que pueda romper el círculo hermenéutico y conferir alguna objetividad a la observación de aquello que significa *ser y hacer familia*⁷. Desde esta perspectiva, la definición de familia (*ser familia*) correspondería a quien hace parte de la familia porque asume los roles que son propios de y en ella (*hacer familia*). Si se siguiera esta vía, cualquier definición de familia sería aleatoria y contingente. Pero también si se siguiera esta vía, no cabría distinción alguna entre el *ser de la familia* y el *hacer familia*, porque sería desde la perspectiva del *hacer*, entendido en un sentido funcional, que podría hablarse del *ser*.

La experiencia de lo familiar –en la forma como se interpretó en el foro– también significa la existencia de «nuevos modelos familiares», que estarían centrados, ya no en las relaciones de consanguinidad que tienen origen en la relación hombre-mujer, sino en el amor, la vecindad, el afecto, o la simple asociación⁸. Es decir que, frente a una monolítica expe-

riencia de lo familiar, debe hablarse de la pluralidad de formas de vivenciar lo familiar. Formas centradas en la afectividad pero respecto de las cuales se buscaría la mediación del Estado para conferirles una dimensión jurídica de carácter legal. Así pues, ante la pregunta: ¿familia en singular o familias en plural?, la respuesta sería clara y no admitiría matiz alguno: no hay familia sino múltiples modelos de familia, que están centrados en aspiraciones, gustos, preferencias y expectativas individuales, desligados de cualquier vínculo social o legal.

La cuestión central es, precisamente, ésta: ¿cuál es la distinción entre la relación familiar y la relación no familiar?, ¿es posible una sociedad en la que todo sea familia y nada sea familia?; una relación en la que alguien se hace cargo de otro, una relación de amistad profunda, una relación de intimidad, una relación de convivencia cotidiana, una relación de afecto, cada una considerada por separado, ¿es relación familiar? Problemas éstos que plantean una cuestión de mayor envergadura y que suscitan la siguiente pregunta: ¿tiene la familia una identidad propia que la distinga de otro tipo de relaciones sociales o, por el contrario, tiene un poco de algunas otras relaciones sociales y sería como un *continuum* de relaciones primarias? Éste es el mayor reto que el jurista ha de enfrentar para dar alguna respuesta a los llamados «nuevos modelos familiares», porque si la familia tiene algún tipo de identidad, la familia puede definirse. Si, por el contrario, la familia no tiene identidad alguna, ya no sólo legalmente sino también filosófica o sociológicamente, la familia no puede definirse.

EL PAPEL DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL MODO DE CONCEBIR LA FAMILIA

El problema de la definición de la familia se complica aún más cuando se intenta determinar cuál

7 DONATI, PIERPAOLO, «Famiglia, famiglie: coniugare identità e pluralità», en la obra, a cargo del mismo autor, *Identità e varietà del essere famiglia. Il fenomeno della 'pluralizzazione'*, Milano, Ed. San Paolo, 2001, pág. 468.

8 La «célula básica de la sociedad es toda forma asociativa, de orden ético, entre seres humanos que se agrupan entre sí, que conviven entre sí por muy distintas y disímiles razones [...]. Existen muchas formas asociativas que también son familia», FDHIO, pág. 8. Tejero también afirmó que «diversas

formas de agrupación humana no han encontrado un tratamiento legal acorde a los principios actuales en materia de derechos humanos [...]. Lo anterior, por cuanto a la fecha, al menos en Colombia, no existe definición legal que contemple la familia homosexual o aquella basada en los vínculos de la hermandad por oficio o estatus específico. Éste es uno de los retos inmediatos de la legislación de familia», FDHIE, pág. 11.

es el papel que tiene el Estado respecto de la familia en una sociedad plural que parecería haber elevado a paradigma la idea de que el Estado ha de ser neutro en cuestiones éticas y, por ende, ha de ser neutro en la determinación de una única noción de familia y ha de permitir la existencia de diversas clases de familias. El hecho de la pluralidad de la sociedad exigiría, como principio, la neutralidad del Estado en lo que dice relación con la constitución misma de la familia.

Pero ¿qué pretendería ese Estado neutral frente a lo familiar? O bien servir de árbitro entre las posturas diversas sobre la familia o bien adoptar por consenso unos mínimos éticos –para algunos, esos mínimos serían los derechos fundamentales– que permitieran establecer unas reglas de la convivencia afectiva con las cuales se afirmaría también como principio fundamental el de la autonomía de la persona y su correlato jurídico, el derecho del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, creo que la neutralidad sería sólo aparente o ilusoria⁹, porque el Estado, al optar por una concepción de familia que otorgara primacía a lo subjetivo e individual, terminaría favoreciendo esta opción frente a modelos alternativos de lo familiar. En este caso, la familia se reduciría a un hecho privado, a una manera, por lo demás peculiar, de ser célula primaria no tanto de la vida en sociedad como de la vida individual. Así, lejos de considerar a la familia como el lugar del proceso de personalización de los seres humanos, ésta sería el ámbito de reafirmación de las voluntades individuales de quienes hacen una familia en concreto, es decir, el hábitat privado de la afectividad y de las satisfacciones más íntimas de cada uno de sus integrantes. Una vez más se advierte la primacía del *hacer* frente al *ser*. Si la familia no *es*, la familia se *hace* en un proceso histórico, social y cultural que puede, a su vez, constantemente variar y llevar a que se establezcan nuevos modelos de relaciones familiares que el Estado debería, en razón de su neutralidad, aceptar. Esos «nuevos modelos familiares» estarían centrados en las funciones, en los papeles o en los roles sociales que en el interior de la familia asume cada uno de sus integrantes.

9 La idea de que es ilusorio defender la neutralidad del Estado en cuanto a la familia ha sido ampliamente desarrollada por GLENDON, MARY ANN, *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, pág. 311.

El Estado –es mi apreciación– no sería neutro porque tomaría partido por una concepción específica de lo familiar: el Estado no renunciaría plenamente a la promoción de formas o de modelos familiares. Por el contrario, promovería su propio ideal de familia y al hacerlo sería, a su modo, un Estado perfeccionista, en el sentido de presentar como justificado ética y jurídicamente un modelo o varios modelos de lo familiar. El fin del Estado no es, sin embargo, servir a una concepción política, filosófica o ética, por respetables que éstas sean: es afirmar al hombre y servir a la sociedad. Esa afirmación y ese servicio reclaman una actitud positiva que no puede confundirse con la indiferencia o la neutralidad, que, en todo caso, tienen límites, porque si esa indiferencia o esa neutralidad implicara introducir la injusticia en el orden social, se pervertiría la razón de ser de las instituciones políticas. El Estado no puede ser neutral si con el acto específico de neutralidad se imposibilita a sí mismo cumplir los fines para los cuales existe. La neutralidad, para ser justificada, debe corresponder a una racionalidad; en caso contrario, ésta, la neutralidad, se convierte en arbitrariedad y, por ende, en injusticia. El Estado debe ser capaz de promover los valores familiares humanos y universales, fundados sobre una justificación racional.

Esa justificación racional, que es criterio de justicia, exige distinguir, por tanto, entre un *pluralismo indistinto y caótico*, que no tendría cabida, y un *pluralismo del Estado jurídicamente cualificado*, fundado en una medida objetiva que justifique un tratamiento jurídico distinto a aquello que es familia y a aquello que no es familia. Los criterios a través de los cuales se fundamenta el papel del Estado frente a lo familiar¹⁰ serían, por tanto, el *principio de la diferenciación de las relaciones sociales*, según el cual se ha de distinguir entre la forma familiar y la forma no familiar, y el *principio de la gradación de la tutela de las relaciones sociales*, según el cual la tutela o protección social y legal debe estar graduada por la medida en que éstas, las relaciones sociales, contribuyan a la cohesión y a la solidaridad *de y en* la sociedad.

Es decir que la pluralidad, entendida como hecho, o el pluralismo, entendido como principio, requieren, para que el Estado pueda actuar justamen-

10 Sobre este tema, consultar la obra coordinada por DONATI, PIERPAOLO, *Identità e varietà*, op. cit.

te en relación con la familia, un criterio objetivo a partir del cual pueda aceptarse y, por ende, distinguirse el uso análogo de la noción familia o la extensión de esta noción a realidades en algún sentido semejantes. Sin este criterio, difícilmente podría hablarse de diversos o nuevos modelos familiares, porque lo diverso y lo nuevo son el modo de contrastar una realidad frente a otra. Esos diversos modelos podrán ser cada día más amplios¹¹, pero no por ello deberá dejar de pensarse en un criterio objetivo que permita hacer referencia a la distinción entre las relaciones familiares y las relaciones no familiares.

LA DIMENSIÓN ÉTICA DE LA FAMILIA

En la tesis defendida por Tejeiro, ese criterio objetivo parecería encontrarse en la dimensión ética de la familia y en lo que él mismo denominó «los elementos ético-estructurales de lo familiar»¹². Tesis –a mi juicio– inspirada en la concepción de Hegel, que concibe la familia como una *comunidad ética natural*. Es, en verdad, significativo que el director de la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia le reconozca a la familia una dimensión ética que, por su carácter estructural, permitiría hablar de la familia –es mi apreciación– en un sentido natural y universal; lo que no parece del todo comprensible es que, aceptada esa dimensión ética, Tejeiro, por una parte, afirme que la familia es lo que cada uno de sus integrantes considera que sea y, por otra parte, no admita la juridicidad natural de la familia.

No es éste el momento para desarrollar la estrecha relación entre el derecho y la ética. Lo que sí he de afirmar es que el derecho no protege una concepción ética específica, así como tampoco protege una concepción jurídica específica. La protección del derecho no es de índole conceptual sino real y se centra en las relaciones interpersonales que están ordenadas con base en el respeto de la dignidad humana.

11 Es una ardua labor intentar tipificar los «nuevos modelos familiares». Entre los más significativos se podrían citar los siguientes: a) la familia tradicional, nuclear, natural o biológica; b) la familia que surge de la unión libre y estable entre un hombre y una mujer; c) la familia recreada o reconstruida; d) la familia alargada; e) la familia sólo con padre o sólo con madre, y e) la familia que surge entre personas de un mismo sexo que adoptan un hijo o lo obtienen mediante inseminación artificial.

12 FDHIO, pág. 11.

El derecho, por lo menos desde la perspectiva de *lo justo*, no se reduce a ser un instrumento coactivo: es un sistema relacional ordenado a la realización de la justicia, que es un modo de promover la humanización de las relaciones interpersonales y de procurar la coexistencia social. El carácter jurídico de la familia atiende, precisamente, a esa humanización y a esa coexistencia, porque el derecho no puede ser extraño o indiferente frente a las relaciones sociales, y mucho menos puede serlo frente a las relaciones familiares. La tutela y la promoción jurídica de la familia no son la tutela y la promoción a un sistema de valores o a una concepción ética o religiosa, sino a una específica realidad social que exige ser tipificada, distinguida y tratada de conformidad con su propia identidad. Lo que quiero dar a entender es que la argumentación ética, si no va emparentada con un reconocimiento jurídico, corre el peligro de ser un instrumento para desjuridificar a la familia, pero también para desarraigarla de la persona misma. Dejo por sentado que ese reconocimiento jurídico de la familia también supone un reconocimiento ético, porque el derecho y la ética son modos de buscar el bien personal, el bien familiar y el bien social. Así pues, la comunidad ética natural –integrada por personas– no excluye, sino que incluye, la comunidad jurídica natural –también integrada por personas–, que hace, precisamente, de la familia un sujeto ético y un sujeto titular de derechos.

La dimensión ética de la familia expresa el proceso de humanización amorosa que en ella se vive, que articula a las personas que la integran como comunidad de personas. Esa estructura dinámica de la familia genera un *modus operandi* que es acción práxica o ética, que interrelaciona a los integrantes de la familia pero que también los articula en la sociedad. Desde esta perspectiva, la vida en familia o la convivencia familiar es mucho más que el cumplimiento de unas funciones o de unos roles específicos; es la creación de una comunidad vital *en las personas, de las personas y para las personas*. Comunidad vital que ha de partir del respeto de la dignidad humana y del reconocimiento de sus derechos, así como de la solidaridad entre las personas. El principio de la justicia y el principio de la solidaridad estructuran la dimensión ética de la familia. Pues bien, como hablar de justicia en la familia es igual a reconocer la existencia del derecho, la dimensión ética de la familia exige, en igual forma, su dimensión jurídica.

LA FAMILIA COMO REALIDAD JURÍDICA FUNDAMENTAL

La dimensión jurídica de la familia ha sido reconocida por los documentos internacionales de derechos humanos, que le han aceptado el carácter de elemento natural y fundamental de la sociedad, así como el derecho a la protección de la sociedad y del Estado, como lo establece el Numeral 3º, Artículo 16, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹³. Parecería que estos instrumentos jurídicos internacionales –fue la tesis que se defendió en el Foro Distrital– sólo harían referencia a la familia nuclear y de ellos estarían excluidas otras clases de familia. En consonancia con este planteamiento, también se defendió la idea de denominar a la familia nuclear o familia natural «familia tradicional», porque con esta nueva terminología se podría expresar más claramente la tesis de que esta clase de familia fue la que correspondió a un tiempo pasado, pero ni es la familia del presente ni tampoco será la familia del futuro.

La cuestión por resolver es si la familia nuclear o familia natural es el criterio base para hacer referencia a los llamados «nuevos modelos familiares». De ser así, esos nuevos modelos se estructurarían con base en la noción de familia nuclear y no serían nada distinto a una ruptura o una fragmentación de la familia natural. La pluralidad de formas familiares se explicaría, por tanto, con base en la noción de familia en sentido estricto; los otros modelos de las relaciones familiares serían familia en sentido análogo y, en su defecto, familia en sentido impropio o metafórico.

Para Tejeiro, la familia natural o biológica no podría ser el criterio objetivo para hacer referencia a los «nuevos modelos familiares» por dos razones específicas. La primera es que esta tesis supondría

aceptar que la institución familiar es anterior al Estado y a la sociedad misma, lo que necesariamente implicaría admitir que la familia es una institución ahistórica e intemporal¹⁴ a la que el derecho ha de reconocerle carácter jurídico. La segunda, que la familia nuclear excluiría otras formas de lo familiar, no derivadas de la consanguinidad o del parentesco¹⁵, y que, por tanto, con base en ella no podría hacerse mención de otras formas asociativas que también serían familia. Ligia Galvis, por su parte, defendió la tesis de que la tensión entre la norma y la cultura también se ha hecho evidente en el modelo hegemónico de familia sustentado en la universalidad del modelo patriarcal, cuya expresión en la época moderna ha sido la familia nuclear¹⁶, considerada –según sus propias palabras– por los mandamientos de la Iglesia católica como célula básica de la sociedad¹⁷. A continuación haré referencia a cada uno de estos planteamientos.

Tejeiro adopta la concepción *historicista* de la familia, en la que se advierte la influencia de pensadores como Engels, Michel y Cerroni, autores por él ampliamente citados. Según esta concepción, hubo una fase histórica de la sociedad en la que predominó la promiscuidad y en la que no existió propiamente familia. Con esta tesis, ampliamente difundida por influjo del evolucionismo biológico, se otorga especial primacía a lo social sobre lo familiar y a lo histórico sobre lo natural. Debe destacarse, sin embargo, que, desde hace algunas décadas, la visión *estructuralista*, representada por Lévi-Strauss, ha

13 «Artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

14 «A partir de 1991 el sistema jurídico constitucional colombiano, en el Artículo 42 de la Carta Política, adopta una posición conceptual importante: definir la familia como *célula básica de la sociedad*. Compete entonces, en un primer nivel de reflexión, dilucidar el alcance que dicha postura tiene para la interpretabilidad de lo familiar. Entender a la familia como 'básica' se confunde con una o varias de las formas que dicha célula básica ha adquirido con el transcurrir del tiempo. Nos preguntamos entonces: ¿la familia como célula básica es atemporal o está sometida a transformaciones en el tiempo? Si entendemos que dicha célula básica es atemporal, lo que le compete al derecho es su reconocimiento. Si, por el contrario, entendemos que es temporal, es decir, histórica, lo que le compete al derecho es ir adecuando su contenido y función conforme a las condiciones históricas cambiantes, dadas determinadas condiciones estructurales», *FDHPE*, pág. 6, cursivas en el texto.

15 «He aquí uno de los retos inmediatos. [...] el actual silencio de la legislación en esta materia conculca a su vez los mismos derechos humanos. Ocurre entonces un fenómeno perverso, que ya hemos acusado en otras épocas, cuando se trató de legislar sobre el divorcio para colombianos: so pena de preservar las instituciones dogmáticas, conculcamos derechos humanos y fundamentales de los asociados. Así se requiere avanzar a la coexistencia cierta de distintas posturas», *FDHPE*, pág. 12.

16 *FNC*, pág. 1.

17 *FNC*, pág. 8.

dado especial énfasis a la especificidad de la familia como una realidad de carácter universal que responde y corresponde a la misma identificación del hombre en cualquier tipo de sociedad. Es más: para el antropólogo francés, el comienzo de la organización social consistiría en la prohibición del incesto, en el sentido de que ésta, la prohibición, es una *remodelación de las condiciones de emparejamiento y procreación*; es decir que ya no sólo la familia sino también la sociedad se estructurarían a través de leyes. De esta forma, la relación *familia-sociedad* es también la relación *familia-sociedad-derecho*.

No cabe duda de que hay una dimensión histórica en la familia ni de que en su interior se han advertido cambios que se expresan en las diversas maneras de comprender las relaciones familiares. Pero esa historicidad, que es propia del ámbito de lo social, no ha de llevar al estudioso de estas cuestiones a caer en el círculo vicioso de no saber si la familia presupone la sociedad o si la sociedad presupone la familia. Considero más pertinente defender la tesis de que en la configuración de una y otra realidad no hay preexistencia sino simultaneidad, como también la hay respecto de la realidad jurídica, que sería elemento constitutivo tanto de la sociedad como de la familia.

La otra preocupación de Tejeiro en relación con el *reconocimiento del carácter jurídico a la familia* podría –a mi juicio– resolverse en el sentido de justificar por qué se da ese reconocimiento, sin que por ello sea necesario afirmar que ese acto implica admitir la existencia de la familia como realidad anterior a la sociedad y al mismo Estado. La clave estaría, precisamente, en explicar por qué la familia tiene una dimensión jurídica propia, que no es ni mera concesión del Estado ni la mera liberalidad de los movimientos y partidos políticos; es auténtico derecho, sin el cual no podría explicarse la titularidad por parte de la familia de otros derechos humanos. Pero en ese reconocimiento hay –a mi juicio– algo más radical: negar la dimensión jurídica de la familia es desconocer que ella es la estructura relacional fundamental a través de la cual todo ser humano es reconocido como persona y, por ende, como titular de derechos. Reivindicar, por tanto, la juridicidad de la familia es reivindicar la «familiaridad» en cuanto principio constitutivo de lo *humanum*, como criterio jurídico fundamental. Volveré sobre esta idea más adelante.

Esa «familiaridad» parecería estar presente en la prohibición del incesto, con la cual se representa, precisamente, el aspecto jurídico y normativo de la familia. La profesora Ligia Galvis insistió, en el mencionado foro, en la cuestión de la prohibición del incesto para poner de relieve su preocupación, una vez más, por la tensión entre la norma y la cultura, pero también por la tensión entre los universales y la realidad misma, y afirmó que, a pesar de que la prohibición del incesto sea considerada como la primera norma de organización social, esta ley no se cumple de modo absoluto –hizo referencia al caso de Colombia– porque, por una parte, las normas no miran la realidad, pero, por otra, las personas no tienen en cuenta las normas como principio regulador de su conducta¹⁸. La tensión entre norma y cultura, que no desconozco, no puede llevar, sin embargo, a afirmar que el derecho se reduce al hecho ni tampoco a dejar de considerar a la familia como el lugar en el que rige la prohibición de invertir el rol sexual (varón-mujer) y los roles generacionales (padres-hijos). Es más: considero que desde el planteamiento estructuralista y de la misma prohibición del incesto podrían resaltarse dos relaciones constitutivas de la familia: las que existen entre personas de distinto sexo y las que se dan entre personas que corresponden a distintas generaciones. Esto es lo que se conoce como las dimensiones horizontal y vertical de la familia.

La persona aparece, en esas relaciones, como un *ser-con*, es decir, interrelacionado con otro. Esa interrelación es posible porque el ser humano tiene una subjetividad personal reconocida por otros. La dimensión coexistencial de la persona es clave para comprender que la familia es relación jurídica fundamental porque en ella se reconoce primariamente al ser humano como persona y también en ella se articulan, en una unidad irrepetible, esas relaciones constitutivas que presentan a la persona como *ser-con*.

Esta idea también puede explicarse a partir del planteamiento de Lévi-Strauss, quien considera que la exogamia «afirma la existencia social del otro» y prohíbe el matrimonio endogámico con miras a introducir y prescribir el matrimonio con un grupo distinto de la familia biológica, porque con el matrimonio exogámico se obtiene algún tipo de beneficio

18 FNC, pág. 3.

social¹⁹. Soy consciente de que esta tesis ameritaría un desarrollo más extenso, pero lo que ahora he de resaltar—siguiendo en ello la interpretación que D'Agostino hace de la tesis de Lévi-Strauss— es que el acto con el que se identifica al otro como *socius* o perteneciente a un grupo distinto al nuestro coincide con el acto por el que identificamos al otro como perteneciente a nuestro grupo²⁰. Ese acto de pertenencia es un acto de reconocimiento de carácter familiar y personal.

En efecto, el reconocimiento primario y radical de la persona se da en el seno de la familia, porque ella es el ámbito natural en el que la persona, cada persona, *es quien es*. Bien podría decirse que con ese reconocimiento se acepta, en su sentido radical, que la familia es el lugar del derecho mismo o el ámbito en el que surge plenamente la complejidad de darse las personas a los demás. Ésa es, precisamente, la dimensión jurídica de la familia como relación jurídica fundamental, porque en ella se da el *reconocimiento interpersonal*, que hace que quienes la integran no sean «extraños»²¹ sino «próximos», seres a quienes se ha reconocido como personas y, por ende, como sujetos éticos y, a la vez, titulares de derechos. Reconocer al ser humano en su condición de persona es también aceptar, en ese mismo acto de reconocimiento, que esa persona a quien se reconoce también tiene

el carácter de sujeto que reconoce. La reciprocidad ha de ser plena, porque, en caso contrario, sería discriminatoria e injusta. Reconocer a otro como persona es también aceptar que ese otro no sólo es capaz de ser reconocido sino también de ser reconocedor.

Ser reconocido en la familia es ser acogido en ella, es ser aceptado uno en su dimensión existencial, en su identidad personal, que también es identidad familiar. Hablar en términos de reconocimiento es, por tanto, hablar en términos de justicia, es decir, de aquello que a la familia y a sus integrantes les es debido. Lo que primariamente le es debido a la persona y le es debido a la familia es el mismo acto de reconocimiento, que significa que todo ser humano tiene títulos suficientes para ser reconocido como persona y ser así sujeto de relaciones jurídicas, pero del mismo modo en que la familia ha de ser reconocida como comunidad de personas y «unidad articulada de relaciones constitutivas»²². De esta forma, el acto de reconocimiento como acto de justicia se configura a través de dos principios esenciales: el *principio de la personalidad*, que hace referencia al reconocimiento tanto de la igualdad ontológica de los hombres como de la singularidad de cada uno, y el *principio de la comunidad de personas*, que hace relación a la alteridad, a ese *ser-con* que se traduce en que el hombre es simultáneamente ser familiar y ser social. Uno y otro principio se corresponden perfectamente con la justicia.

Reconocer a la persona es aceptarla en su origen familiar, ya que la familia revela la identidad de toda persona, que es identidad personal y familiar. Desconocer esa dimensión jurídica de la familia equivale a desconocer el origen de la dimensión jurídica de la persona. Una y otra juridicidad, la de la persona y la de la familia, van íntimamente unidas.

19 La «exogamia tiene un valor menos negativo que positivo, afirma la existencia social de los otros y sólo prohíbe el matrimonio endógamo para introducir y prescribir el matrimonio con otro grupo que no sea familia biológica: no, por cierto, porque el matrimonio consanguíneo signifique un peligro biológico, sino porque el matrimonio exógamo resulta un beneficio social». LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Las estructuras fundamentales del parentesco*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, pág. 557.

20 D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, Rialp, 1991, pág. 39.

21 El hacerlo «extraño» y el tratarlo de manera «extraña» —he escrito en otra oportunidad, que bien vale la pena recordar— implicaría discriminación, porque el reconocimiento de la persona estaría sujeto a algún tipo de condición, es decir, estaría mediado por el cumplimiento de unos requisitos que lo discriminarían respecto de otros hombres a quienes sí se trataría como personas. Y, por ende, a quien fuese tratado como «extraño» no sería posible reconocerle algo como propio, porque no se sabría qué es lo que le corresponde como tal. El reconocimiento de la persona, o es reconocimiento absoluto o no lo es. Si la existencia efectiva de este reconocimiento dependiera de condiciones empíricas, ese reconocimiento sería ilusorio, banal, porque destruiría la incondicionalidad del acto de reconocer. El reconocimiento parcial o el no reconocimiento sería un acto de injusticia, porque desconocería la igualdad ontológica de los hombres, ya que no existiría razón objetiva para reconocerles a algunos esos derechos y para negárselos o limitárselos a otros. Es decir que el reconocimiento, para no tener carácter discriminatorio, exige un criterio objetivo que permita tratar a todas las personas de manera igual. Ese criterio está centrado en lo *humanum*. Consultar, de mi autoría, *La nueva racionalidad del derecho como respuesta a los retos de la dogmática jurídica*, Disertación para ingresar como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 23 de marzo de 2003, en prensa.

22 La expresión es de Pedro Juan Viladrich, quien afirma que la familia, desde el ángulo de cada persona concreta y singular, aparece como «la primera articulación en el tiempo de su vida y la más profunda en la intimidad de su personalidad. A su vez, si la consideramos desde el ángulo de la entera sociedad, de nuevo la familia aparece, entre las más diversas estructuras que constituyen su complejo entramado, como célula primaria y fundamental de todo el tejido social. Y es la propia familia, por fin, la línea de sutura de ambas vertientes. Por esta razón, la familia constituye la articulación cumbre entre la persona singular y la sociedad general, cumpliendo las ingentes responsabilidades de la transmisión de la vida, la educación y la socialización de las nuevas generaciones, y de cohesión solidaria de la convivencia intergeneracional. Cual sea la familia, así serán el ser humano, como persona y como ciudadano, y, a la postre, la entera sociedad». VILADRICH, PEDRO JUAN, *La familia*. Documento 40 ONG, Madrid, 1994, Rialp, págs. 19 y 20.

LOS RADICALES ANTROPOLÓGICOS DE LA FAMILIARIDAD

La segunda cuestión que he de analizar es la de saber si la familia nuclear excluye la referencia a los «nuevos modelos familiares». Cuestión que exige determinar los elementos constitutivos de la familia para saber si de manera análoga o metafórica estos elementos están presentes en las formas alternativas de familia. A juicio de Tejeiro, esos elementos sí estarían excluidos, porque las nuevas clases de familia estarían estructuradas sobre la afectividad. Pero, de aceptarse este planteamiento, la pregunta por responder sería: ¿cómo valorar jurídicamente la afectividad? Porque parecería ser claro que no todo afecto, así sea estable e íntimo, da lugar a la constitución de la familia. Es más: en los llamados «nuevos modelos familiares», lo que —a mi juicio— está de por medio no es cualquier clase de afecto sino aquel que implica el ejercicio de la sexualidad como modo de transmitir la vida.

Aquí podría radicar la clave para hablar de la familia, la cual no podría identificarse sin referencia a la sexualidad humana, que es, a su vez, la base para hablar de los pilares de la familiaridad: las relaciones entre los sexos y las relaciones entre padres e hijos. Una vez más aparece la íntima conexión entre persona y familia: la familia supone la sexualidad, y la sexualidad está referida de manera constitutiva a la persona, porque radica en la unidad de la persona como cuerpo y alma. Es por ello que la sexualidad humana debe estar medida por la dignidad que le corresponde a todo ser humano. Si la persona no es sólo su cuerpo ni sólo su alma, la sexualidad humana no abarca sólo la corporeidad; su dimensión no es exclusivamente biológica, también es espiritual. No es el cuerpo el que es varón o el que es mujer: es la persona en su integridad la que está constituida bien sea como varón o bien sea como mujer. La persona humana no existe de manera abstracta o genérica: existen la persona varón y la persona mujer. Y así como en el mundo biológico se da la bipolaridad sexual, en el ámbito de lo humano esa constante biológica persiste, en el sentido de que la distinción de los sexos tiene un significado biológico en orden a la perpetuación de la especie, pero también tiene un

significado personal, esto es, relacional. Esa dualidad sexual es la base real de la alteridad humana y, por ende, del reconocimiento del ser humano como persona.

Ese acto de reconocimiento se traduce en aceptar a cada ser humano en su identidad sexual, que por ser dimensión personal es dinámica y está abierta a realizar la unidad entre un hombre y una mujer. La sexualidad humana comprende, por tanto, la capacidad que tienen la persona varón y la persona mujer de experimentar y de realizar entre uno y otra la recíproca pertenencia como cónyuges. Esa conyugalidad, que denota un vínculo jurídico de pertenencia, brota de la persona misma y exige de la persona varón y de la persona mujer la manifestación libre y expresa de querer unirse en matrimonio. La relación entre la persona varón y la persona mujer se constituye como recíproca pertenencia por la autodonación, expresión del amor conyugal, que las hace *communio personarum*, en la cual la persona varón y la persona mujer mutuamente se dan y se reciben como cónyuges, abiertos el uno al otro, a su masculinidad y a su feminidad, ordenados al don de la vida y a la generación de una nueva persona. Esto es, precisamente, el matrimonio. Esa conyugalidad abierta a la fecundidad hace de la familia el ámbito en el que la persona se reconoce como tal y se identifica en su origen, que se expresa en el vínculo de consanguinidad con el que se hace público que un ser humano comparte con otros un mismo origen, lo que es algo más que una misma sangre, porque también es identidad de cultura, de lengua, de hábitos y de costumbres. Ese vínculo es jurídico porque genera derechos y deberes entre los esposos, entre los padres y los hijos, así como entre los hermanos.

En la familia se da la articulación de los que podrían llamarse «radicales antropológicos», cuyo grado de armonía es factor determinante para hablar de la familia nuclear o de los «nuevos modelos familiares». Esos radicales son constitutivos de lo *humanum* y hacen de la familia una realidad natural, no porque la familia —reitero esta idea— anteceda el surgimiento de la sociedad, sino por algo, en verdad, más radical: porque la estructura de lo familiar es estructura constitutiva del ser humano, ya que sólo a partir de la familiaridad es reconocido el hombre en su condición de persona. Esa estructura familiar se corresponde, por tanto, con la misma estructura jurídica.

Los radicales que hacen posible la familia no pueden considerarse de manera aislada, entre otras razones porque están integrados en la unidad irrepetible del ser humano. El primer radical de la familiaridad es la distinción sexual entre la persona varón y la persona mujer. Uno y otra son igualmente personas y, por ende, titulares de los mismos derechos. El segundo radical lo constituye la articulación de las tendencias dinámicas del varón y de la mujer, que no son exclusivamente físicas, sino que también abarcan su dimensión anímica o espiritual. Por estas tendencias, un varón y una mujer pueden llegar a ser cónyuges, a vivir en copertenencia y reciprocidad su masculinidad y su feminidad. El tercer radical articula la unión conyugal con la fecundidad procreativa, abierta a la posibilidad de una nueva vida. El cuarto radical articula los anteriores y configura la comunidad familiar, que, a su vez, es articulada en el seno social. Sólo a partir de la interrelación de esas dimensiones o radicales puede comprenderse que la familia se considere «elemento natural y fundamental de la sociedad» que puede existir y perpetuarse por la recíproca pertenencia de personas vinculadas en razón de su identidad personal y familiar. Las relaciones familiares tienen, por tanto, una base natural, pero no son meramente relaciones biológicas, sino que, al ser relaciones personales, suponen el reconocimiento del otro como otro, y, por ende, la distinción en su identidad sexual, en su potencial conyugalidad y en su fecundidad.

Ese reconocimiento del otro como otro es lo que más propiamente evoca la proximidad o la cercanía de aquellos que hacen familia o que viven como familia. Esto se expresa con el término «familiaridad», con el cual se insiste —a mi juicio— en esa dimensión dinámica de la familia, forjada por el movimiento unitivo que surge de la misma intimidad del ser personal, que es ser familiar y ser jurídico. La familia no es, por tanto, el mero agregado de los individuos que la conforman y establecen relaciones externas; es comunidad, que requiere, como toda comunidad, un principio de unidad vital que permita la interrelación de las personas que la integran. Ese principio vital es el amor, la dinámica de apertura y de comunicación más propia del ser personal, que hace posible que la familia se constituya como una *communio personarum* a través de la donación y la aceptación amorosa, primero, de los cónyuges y, después, de los padres y de los hijos.

El principio vital que une la familia no se reduce, por tanto, a la simple afectividad, aunque no puede negarse que entre los seres que se aman se establece un afecto común que, en cierto sentido, constituye una unidad que va más allá de los sentimientos, de aquello que siento y que me afecta, porque también abarca la búsqueda querida y consentida del bien del otro en cuanto otro, pero ante todo la aceptación del otro como don. Porque el amor une, crea, en quienes se aman, unión afectiva, en la que se da la *unio affectus* que no sólo explica que la familia sea *communitas vitae et amoris* sino también *communitas iustitiae*, en la que además, de dar a cada uno lo suyo, debe darse a cada quien amor. De esta manera, la familia es también el *lugar de la afectividad, de los afectos*, pero no por ello deja de ser vínculo jurídico en el que los familiares se deben mutuamente el respeto a su dignidad, que les exige ser tratados como sujetos de derecho, pero también como sujetos de amor, esto es, como personas.

Ese proceso vital de humanizar la transmisión de la vida con el proceso de humanizar la íntima copertenencia posible en la unidad sexual desde el don amoroso de sí es, ciertamente, un proceso que se da en el tiempo y, por ende, también es un proceso cultural. La dimensión temporal y cultural de la familia puede incidir en la forma de articular esos elementos radicales o estructurales de la familia, pero no en la identidad de lo que en ésta o en cualquier otra época histórica sea familia, porque son elementos —una vez más reitero esta idea— constitutivos del ser humano. Sin esa dimensión antropológica o, si se quiere, ontológica, la familia no podría comprenderse ni en su realidad social ni en su realidad jurídica.

LA ESTRUCTURA MIMÉTICA DE LA UNIÓN MATRIMONIAL

Creo que ya están sentadas las bases para entender por qué la sociedad, cualquier sociedad, no es capaz de renovarse sin referencia a esas cuatro dimensiones de la personalidad y de la familiaridad²³

23 La familia es —en palabras de Donati— «una relazione sociale *sui generis*, che emerge dall'intreccio combinato di quattro elementi o componenti legati fra loro: il dono, la reciprocità, la generatività, la sessualità». DONATI, PIERPAOLO,

que hacen –no por razones religiosas– que la familia sea la célula natural de la sociedad, porque la sociedad se renueva en la medida en que sobreviva la especie humana. Y la sociedad, fuera de la familia, se cerraría a sí misma y no podría garantizar su propio futuro. Es ésta, precisamente, la razón de que cualquier forma «alternativa» de familia o cualquier otra hipótesis acerca de lo que sea la familia tenga que traducirse en una alternativa a la sociedad humana, en el sentido de que ésta, la sociedad, también puede –como en la familia nuclear, biológica o natural– perpetuarse y subsistir, porque cualquier otra forma de relación social no podría considerarse como relación constitutiva de la misma sociedad, en razón de que ésta correría el riesgo de no garantizar su propio futuro. Si la sociedad es un sistema de relaciones, no puede ser pensada de tal forma que ella misma no integre socialmente a la persona, la socialice y la haga el centro de multiplicidad de relaciones. Desde este enfoque, una «alternativa de familia» que no favoreciera la existencia de la sociedad y que no articulara lo personal y lo social no estaría referida, en estricto sentido, a la familia como realidad social, sino a los intereses y a los deseos de las personas consideradas individualmente.

Los llamados «nuevos modelos familiares» se estructuran –es la tesis que defiendo– a partir de las dimensiones esenciales de la familia nuclear. Esos radicales no han cambiado; lo que sí ha cambiado es la forma de entenderlos y de articularlos entre sí. No puede desconocerse que ese cambio obedece a razones de índole cultural que han llevado a lo que podría denominarse una deconstrucción de la persona, de la sexualidad humana, de la conyugalidad, de la fecundidad, del matrimonio y de la familia. Pero el que los «nuevos modelos familiares» estén referidos, así sea de manera mimética, a la familia nuclear no significa que la familia, y en especial la familia nuclear, haya dejado de existir. Ni que ésta sea, como se dice en un sentido peyorativo, mera familia tradicional, anclada en el pasado, sin existencia en el presente y sin vocación de continuidad hacia el futuro.

«Famiglia e pluralizzazione degli stili di vita; distinguere tra relazioni familiari e altre relazioni primarie», en *Identità e varietà...*, págs. 82 y 83. El don hace referencia al amor; la reciprocidad, a la relación; la generación, a la procreación de un nuevo ser humano, y la sexualidad, a la distinción entre varón y mujer. Del mismo autor y sobre el mismo tema, ver «La famiglia nell'orizzonte del suo essere», en *La Famiglia. Bimestrale di problemi familiari*, N° 200, 2000, págs. 57 ss.

En apoyo a la tesis que he defendido en este escrito, creo que podría hacer uso de la mentalidad que promueve la concesión de efectos jurídicos a las uniones homosexuales, ya sea como un «nuevo modelo de matrimonio» o «como un nuevo modelo de familia». Esas uniones también están centradas en la sexualidad y en el intento de configurar una semejanza con la conyugalidad que viven propiamente los cónyuges. No hay que negar que si dos personas del mismo sexo realizan su sexualidad entre sí, se genera una relación sexual e incluso una relación afectiva, pero lo que no cabría propiamente es la existencia de una comunidad sexual natural, no en el sentido de que con ésta se desconozca una concepción ética o religiosa, sino en el sentido primario de no estar ordenada a la conservación de la especie humana. Ésta es la razón para que entre parejas homosexuales se busquen legalmente alternativas a la fecundidad procreativa, bien sea con la adopción o con la inseminación artificial. Si la simple convivencia estable y permanente entre personas del mismo sexo no constituye familia, hay que buscar otras vías para suplir aquello que naturalmente no puede darse entre personas del mismo sexo, así ellas asuman como propios los roles o las funciones que habitualmente corresponden al varón o a la mujer. Es decir que, aun dentro de esta llamada forma «alternativa de familia», el paradigma para obtener el reconocimiento de derechos seguiría siendo el mismo: la familia originada en el matrimonio, más conocida como familia nuclear, natural o biológica.

Lo que subyace a esta nueva concepción alternativa de familia es la contraposición entre la libertad y la naturaleza humana. Esa ruptura ha traído como consecuencia la reafirmación de todo aquello que suplante lo natural, bien sea como opción individual, como opción social o como opción estatal. Frente al desconocimiento de la dimensión biológica del ser personal se reafirma que la sexualidad no tiene carácter natural sino que es expresión de una elección de índole netamente personal, que lleva incluso a determinar, con independencia del sexo biológico, la orientación sexual. Desprovista la persona de los radicales de la sexualidad, de la conyugalidad y de la fecundidad abierta a la procreación, el matrimonio y la familia no pueden configurarse sino a partir de la propia consideración de lo meramente individual. Y es a partir, precisamente, de lo indivi-

dual que se resaltan los derechos de los integrantes de esas nuevas formas alternativas de familia y que se defiende la tesis de que familia es lo que quienes la están viviendo creen que sea.

En cualquier caso, lo que resulta claro es que una política legislativa sobre la familia debe partir del reconocimiento de las diferencias reales entre las relaciones familiares y otras formas de convivencia basadas en la afectividad. En modo alguno se trata de negar la realidad y la racionalidad de esas relaciones afectivas, pero con base en el principio de la justicia el Estado debe tutelar y promover las relaciones familiares de manera distinta a como promueve y tutela otro tipo de relaciones sociales.

Ya están –a mi juicio– delineadas las tres tesis que con este escrito pretendía defender. La primera: que sin la juridicidad de la familia no se entiende, en su última radicalidad, la juridicidad de la persona; y que sin una y otra juridicidad los derechos de la persona y de la familia serían algo banal. La segunda: que las relaciones familiares deben ser promovidas y tuteladas por la ley teniendo en cuenta su identidad y su aporte a la articulación de la sociedad; estas relaciones deben distinguirse legalmente de otros tipos de relaciones sociales. La tercera: que la familia nuclear, natural o biológica es el paradigma que se

ha tenido en cuenta para que se justifique hablar de «nuevos modelos familiares». Estos nuevos modelos se estructurarían con base en los radicales antropológicos de la familiaridad, pero su articulación no les daría una semejanza completa con la noción de familia nuclear. Se trataría de relaciones afectivas no idénticas a las relaciones familiares. Si, por extensión de lenguaje, se las considera como tales, es para dar a entender que, en algunos casos de modo análogo y en otros de modo metafórico, esas relaciones podrían tener algo en común con la familia nuclear.

He de terminar estas reflexiones, que querían ser breves y que ya se han extendido demasiado. Si la familia es el *lugar al que se vuelve*, hay que estar siempre dispuestos a volver a hablar sobre la familia. Y como la familia tiene la fuerza y el atractivo misterioso de propiciar encuentros de muy diversa índole, este escrito es una invitación para propiciar, respecto de ella, el difícil arte de dialogar. Si ese diálogo académico se logra, bien habrán valido la pena el pararme a pensar y el sentarme a escribir estas reflexiones sobre el Foro Distrital *Familia, Democracia y Derechos Humanos*. Y, puesto que no hay familia sin esperanza, he de confiar en que ese diálogo propicie nuevos espacios para seguir en búsqueda de la identidad de la familia. ■