

LA FAMILIA TRANSVERSAL

(*Una filosofia della famiglia*, de Francesco D'Agostino)

Javier Otaduy

Universidad de Navarra

Francesco D'Agostino es una referencia indiscutible para una presentación actual, inteligente y culta de la filosofía jurídica y de los grandes temas del iusnaturalismo. Es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma-Tor Vergata. Dirige (entre otras) la *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*. Es presidente del Comité italiano de Bioética y preside también la Unión jurídica católica italiana. Los últimos años han sido de intensa producción editorial. En 1998 se publicó la segunda edición de su *Filosofía del diritto*. En 1999 apareció la cuarta edición de *La sanzione nell'esperienza giuridica*, y la tercera edición de *Bioetica*. En el año 2000 publicó *Diritto e Giustizia*.

Este libro (*Una filosofia della famiglia* [nuova edizione riveduta e ampliata] Giuffrè editore, Milano 2003, 275 pp.) es la tercera edición italiana de una obra en marcha. «Los materiales recogidos en este volumen han germinado a partir de un núcleo temático fundamental, que fue presentado en 1988, en forma de conferencia, en un seminario organizado por el Instituto de Ciencias para la Familia, de la Universidad de Navarra» (p. V, *Premessa*). De ese núcleo brotó en 1991 una obra con versiones en castellano e italiano (*Elementos para una filosofía de la familia* y *Linee di una filosofia della famiglia, nella prospettiva della filosofia del diritto*). En 1999, como dice el propio D'Agostino, la obra aumentó los materiales y contrajo el título. Pasó a llamarse como se llama ahora, *Una filosofia della famiglia*. En esta edición de 2003 el autor, que ha seguido trabajando asiduamente sobre la familia, ha ampliado y remodelado los materiales de este ensayo. Se han añadido nuevos textos y nuevas perspectivas, sobre todo en el ámbito de la bioética. El libro se ha convertido ya en un tratado abierto. En esta larga trayectoria editorial hay que incluir también, en el 2002, la segunda edición española, que es una reedición de la versión de 1991 (*Elementos para una filosofía de la familia*).

La familia transversal. La antropología filosófica, la etnología y el derecho están presentes de modo constante en la obra de D'Agostino. Pero también lo están la ética, la psicología, la metafísica, la teología y la historia de la cultura. Interpelar a todas las ciencias humanas, o dejarse interpelar por ellas, expresa bien que la familia es una realidad que envuelve necesariamente al hombre, sea cual sea el ángulo desde el que se mire.

Todo esto podría parecer un despropósito metodológico. Lo sería efectivamente si no se distinguiesen las perspectivas, pero el autor cuida hasta el escrúpulo los aspectos de perspectiva formal. Pero lo que no quiere de ninguna manera D'Agostino es resbalar por la pendiente de la mera corrección jurídica. Esa corrección que parece exigir que el jurista se dedique a "lo suyo", entendiendo por lo suyo dar lustre a la pureza del derecho positivo o hacer de notario de los comportamientos sociales mayoritarios. Como si debiera mostrarse neutro ante la verdad de la familia. El libro viene a ser una respuesta a esta política de corrección, hecha desde la corrección, es decir, sin saltarse ninguno de los valores académicos.

D'Agostino parte de la convicción de que el hombre es *homo familiaris*, es decir, que la familia no necesita defensas. Por lo menos no necesita defensas intrínsecas porque sería como defender al hombre. Es evidente sin embargo que tanto el hombre como la familia pueden estar en dificultades extrínsecas. Las estamos viendo día a día. Es sorprendente contemplar, por ejemplo, la ideología gay (no hablo de los homosexuales) reivindicando el matrimonio y las relaciones familiares. Ninguna demostración mejor de la condición natural con que es percibida la familia. Ninguna manifestación más concluyente de lo mucho que necesita ser defendida. El paradigma de la ruptura reclama ahora los lazos familiares, los lazos de la sociedad natural que es la familia. Si no fuese terrible sería muy instructivo. Me permito esta referencia al momento presente sin seguir desde luego el orden expositivo del libro de D'Agostino.

Tiene trece capítulos. Los dos primeros se preguntan sobre la noción de familia y de matrimonio. Desde el capítulo tercero al sexto se establecen las grandes cuestiones metodológicas sobre antropología y derecho en el ámbito familiar. Del sexto al noveno se afrontan diversas *quaestiones disputatae*, como los modelos familiares, el feminismo y los significados de la sexualidad. Los capítulos décimo y undécimo se dedican al derecho de los menores. El duodécimo, a la valoración jurídica de las técnicas reproductivas. El capítulo decimotercero es conclusivo. A partir de aquí presentaré el contenido fundamental de estos capítulos.

1. Repensar la familia

La familia se encuentra en un momento de transición entre dos modelos bien conocidos [capítulo 1]. La familia patriarcal, extensa, solidaria y poco amiga de entender el amor sensible y las razones subjetivas como fundamento de sus relaciones; y la familia nuclear nacida del liberalismo, con prevalencia de las decisiones afectivas y la soberanía del individuo. Dos modelos: «el modelo que da la primacía a la familia sobre cada uno de sus componentes y aquel en cambio que da la primacía a los componentes sobre la familia» (p. 11).

Ambos modelos tienen sus deficiencias y sus logros. Pero la solución no parece ser compararlos y elegir uno, sino descubrir lo que cada uno de ellos puede aportar a una renovada perspectiva familiar. La descripción de este nuevo sentido podría ser “comunidad de amor y de solidaridad”. Un amor que no es la satisfacción individualista del liberalismo, sino fuente de vida en común. Una solidaridad que no es la pesantez de las reglamentaciones, o de la costumbre heredada, sino la exigencia ética de sentirse responsable de los lazos familiares.

Modelo patriarcal y modelo burgués coinciden en convertir a la familia, por cauces bien distintos, en un centro de coordinación y promoción de intereses: intereses genealógicos y de estabilidad social en el primer caso, o intereses domésticos y de satisfacción privada en el segundo. Lo cual opera una «paradójica homogeneidad de fondo» entre ambos modelos (p. 16). Esa rara convergencia parece encontrar su razón en el hecho de que ninguno de los dos modelos reconoce como fundante el amor conyugal. Ninguno de los dos acepta en plenitud el amor conyugal verdadero, es decir aquel que supera la mera dimensión impulsiva y que acepta además sin reducciones la dimensión donativa.

En cualquier caso, la estructura de la familia no reside en un modelo sociológico que tenga más o menos éxito en la historia (patriarcal, nuclear, mixto). El empirismo de la sociología puede y debe reconocer que la familia es «un fenómeno social total» (P. Donati, p. 9). No está destinada a cumplir una función social determinada, sino que puede cumplir todas, desde las biológicas hasta las religiosas. Una familia sirve para lo mismo que sirve el hombre. Pero precisamente por eso la definición de familia (comunidad de amor y de solidaridad) no procede de la sociología sino de la antropología.

Las tradicionales expresiones de la familia como célula constitutiva de la sociedad o como *seminarium reipublicae* contienen verdades indiscutibles. La familia es célula constitutiva de la sociedad no porque la sociedad se forme por adición de familias, lo cual es obvio, sino porque la familia enseña a vivir en sociedad. La familia es el medio de humanización y de socialización más representativo para la persona. El amor vivido en familia (como esposo, como hijo, como hermano) es condición de posibilidad de la paz y la fraternidad del mundo. La fraternidad universal es percibir la humanidad como la familia humana.

2. El matrimonio en el escenario de la modernidad

La familia tiene base matrimonial [capítulo 2]. Las dificultades para entender la familia son frecuentemente dificultades para entender el matrimonio.

Y el matrimonio, hay que reconocerlo, tiene graves dificultades para ser entendido en la lógica de la modernidad. La causa se encuentra en la secularización, entendida como una dinámica que tiende a superar «toda ilusión metafísica y todos los límites (y los tabúes) que esa ilusión hace pesar sobre el sujeto» (p. 25). El libertinismo aristocrático se ha cambiado en el libertarismo de consumo global. Prevalece una subjetividad fragmentaria, capaz de elegir cualquier cosa en cualquier momento. Toda sujeción estable tiende a aparecer como algo inconveniente. El derecho queda relegado al papel de instrumento para proteger las esferas de libertad individual.

Por supuesto que la figura de la libertad sin compromiso es irreal si se toma en serio. Una libertad sin compromiso sólo existe como una abstracción irrealizable (el mito del Don Juan). Hipótesis que sólo se puede intentar en casos de locura o con consecuencias de profunda decepción. El subjetivismo reconoce que es así, pero sigue pensando que la indisolubilidad matrimonial nunca puede comprenderse como una norma. Ahora bien, el problema es que o se acepta la indisolubilidad, o desaparece el matrimonio como relación jurídica. Una relación que no contenga un vínculo, y cuya estabilidad se funde tan sólo en no ser denunciada por ninguna de las partes, resulta una relación de hecho, no de derecho.

El matrimonio es una realidad de encarnación. No es una unión de dos espíritus ni de dos cuerpos, sino de dos personas en su encarnación masculina y femenina, que da lugar a una libertad real, no hipotética o ilusoria. Cada uno de los cónyuges posee la condición masculina o femenina del otro hasta la muerte. Esto, que tiene un fuerte sabor objetivista (la *carne* ajena, que ha pasado a ser propia), evita la total objetivización del cuerpo precisamente por el principio de la indisolubilidad, que introduce una instancia personal profunda en la ley de encarnación. Es una carne, la del esposo, de la que uno no puede ni quiere desposeerse.

Se produce por tanto una paradoja que ha sido formulada muchas veces y de muchas maneras. «Por una parte tenemos una libertad sujeta a una dura regla, pero precisamente por eso real; por la otra una libertad que se pretende libre de reglas y precisamente por eso ilusoria» (p. 34).

3. El matrimonio y la familia como sistemas

Fundados en la fenomenología, sin necesidad de una referencia religiosa, ni siquiera ética, es posible descubrir que el matrimonio y la familia, en la función social que desempeñan, son realidades relacionales primarias [capítulo 3]. Es decir, tienen un valor sistémico. Un sistema consiste en un conjunto funcional cuya eficacia excede la suma de sus partes. El matrimonio no es

varón+mujer; la familia no es varón+mujer+hijo resultante. Precisamente el valor matrimonial y el valor familiar es lo que excede de eso. Los episodios unitivos, genésicos y asociativos que están presentes en la realidad matrimonial y familiar no son en sí mismos el matrimonio y la familia; si no se inscriben en la lógica matrimonial y familiar esos mismos episodios serían algo sumamente precario y por supuesto completamente distinto de lo que en realidad quieren ser. Dicho de otra forma, además de unirse, concebir o ser procreados, los individuos son esposos, padres, hijos, hermanos, con las consecuencias jurídicas y sociales inherentes a su condición.

El matrimonio es un sistema espontáneo, es decir, un sistema cuya dinámica exige la decisión de los individuos (no se trata de un sistema biológico o físico), pero que no puede ser proyectado por los individuos que lo componen. Se trata de un sistema que supera la voluntad planificadora o negocial de sus componentes. En definitiva, no es un sistema convencional. Todo ius-positivismo coherente, en alianza con el individualismo ambiental, exige del matrimonio la condición de un sistema convencional en el que las relaciones del sistema dependan exclusivamente de lo que proyectan y negocian sus componentes.

El matrimonio (y la familia) como sistema convencional merece una crítica que es aplicable a todos los proyectos soberanos de ingeniería social. Cuanto más profunda y duradera es una realidad social (un sistema) más refractaria es a estructurarse convencionalmente. Sería engañoso el deseo de establecer por convención todas las consecuencias del sistema. Probablemente se obtendría una mayor densidad de efectos no pretendidos y perversos cuanto mayor fuera la actitud proyectiva de los planificadores.

El positivismo jurídico riguroso aplicado al matrimonio (la aceptación plena del sistema convencional) ha conseguido convertir la noción misma de matrimonio y de familia en un bazar. Si el querer privado merece ser acogido como conformador del sistema, cualquier proyecto cabrá en él, pero entonces los valores constitutivos del pacto conyugal habrán desaparecido. El precio que se paga por la “simplificación” del modelo es altísimo. Donde todo es matrimonio, nada es matrimonio. Y los efectos sociales del matrimonio (queridos o no, ineludibles en cualquier caso) quedan fuera del sistema, desgajados. Por ejemplo todo ese nuevo campo del derecho del menor, expulsado del derecho de familia.

4. Sociedad, familia y norma son simultáneos

Se han presentado en la historia dos percepciones muy distintas de la relación familia-sociedad [capítulo 4]. Para el pensamiento aristotélico «la

prioridad corresponde a la familia y la sociedad no sería otra cosa que una articulación de familias, un mosaico compuesto de innumerables teselas, las más pequeñas de las cuales serían los núcleos familiares» (pp. 50-51). Para todas las formas de socialismo y de marxismo, el primado es social, y la familia no pasaría de ser un órgano de la sociedad para la gestión de determinados intereses sociales.

Los que preconizan la prioridad de la estructura social, aliados con el evolucionismo biológico, han sostenido que la familia monogámica y fiel era un resultado (por supuesto precario, como todo lo histórico) de depurar la realidad originaria, en la que la promiscuidad sexual no tenía más confines que la tribu. La familia sería el producto de una progresiva restricción de los límites para el ejercicio de la sexualidad (posición de C. H. Morgan, dada a conocer sobre todo por Engels a través de *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*).

Sin embargo, ese supuesto carácter histórico-adventicio de la familia no es fácil de probar. El paradigma contrario ofrece muchas más pruebas empíricas. Consistentes estudios de antropología etnográfica y cultural (especialmente, por su importancia, los de C. Levi-Strauss) han puesto de relieve que lo familiar es el modelo social originario. De modo que, en palabras de D'Agostino, «la familia es universal no sólo porque no hay sociedad humana en la que deje de registrarse su existencia [...] sino más aún porque responde y corresponde al dato estructural fundamental de identificación del ser del hombre: el hombre es hombre desde que se reconoce destinatario de una norma que lo inviste de una dimensión familiar» (p. 54). La base empírica de esta posición se encuentra en la prohibición del incesto. Como es sabido, esta norma (no te unirás sexualmente a tus consanguíneos y a tus afines) es un principio de aplicación etnográfica universal.

La prohibición del incesto no parece obedecer a razones biológicas (protección de daños genéticos) ni de repugnancia instintiva a la endogamia. No está motivado por razones extrínsecas. Es la norma que los grupos humanos se han impuesto a sí mismos como origen de todo comportamiento social. Es un dato empírico originario de lo humano. En otras palabras, es la indicación más básica y universal para registrar el paso de la naturaleza a la cultura. Es una norma de comportamiento, independiente de las condiciones biológicas y ambientales, y cuya pretensión es ajena a la necesidad de supervivencia física.

Piensa D'Agostino que, apoyándose en esta base empírica, es posible ensayar una interpretación muy razonable de las relaciones familia-sociedad. No se trata de un círculo vicioso sino de realidades que nacen simultáneamente y entrañadas la una en la otra. El acto por el que reconocemos al otro como socio, y por tanto distinto del grupo familiar, es el mismo acto por el que le conside-

ramos capaz de formar parte de la familia. «Familia, sociedad y norma parecen nacer contextualmente como fenómenos culturales primigenios» (p. 60).

Por eso, todos los intentos de presentar la familia como un escenario de contrastes (R. Girard, E. Levinas) demuestran efectivamente que el contraste y la antinomia son condición de posibilidad de toda relación humana. Lo mismo pasa con el amor, que si no acepta la existencia de la dualidad y del contraste termina desapareciendo como amor. En la medida en que quiera ser puro dominio o pura fusión hace desaparecer al otro, que es siempre un punto de referencia contrastante para el yo. No se trata por tanto de pensar la familia en términos de una idealizada fusión de espíritus. Ni tampoco, claro está, de concebir la familiaridad como un límite para el amor, como si éste fuese un *sentimiento* libre de toda determinación y de toda ley.

En realidad no es posible «cortar el nexo amor-normatividad-familia» (p. 71). Este nexo está expresado de manera eximia en la tradición cristiana. El fundamento del ser se presenta como Padre. Lo cual significa que el ser del hombre no es primariamente una conquista, sino un don. Pero lo más característico de la tradición cristiana es que el Hijo del Padre, Dios como él, se encarna para la salvación de los hombres. Esta encarnación tiene lugar en familia. Y la salvación que Cristo trae a los hombres es una *ley* de gracia, es amor infundido por el Espíritu Santo. Es razonable por lo tanto que la tradición cristiana entienda muy bien «la necesidad hermenéutica de pensar la familia como aquella estructura en la que la ley asume las modalidades del amor y en la cual el amor se objetiva —se hace real— gracias a las modalidades de la ley» (p. 75).

En un *excursus* con el que acaba el capítulo 4, D'Agostino se pregunta por el significado del precepto veterotestamentario “ama al prójimo como a ti mismo” (también enseñado por Jesús). Tomando pie de las interpretaciones de Max Horkheimer y sobre todo de Martin Buber, el autor encuentra una versión mucho más sugestiva (y probablemente bastante más exacta) de las palabras del Levítico leyendo “amarás al prójimo, que es como tú”. La frase bíblica, más que poner la medida del amor al prójimo en *el amor sui*, funda una igualdad y una comunión entre los hombres. Para entender la medida habría que acudir al amor de Dios creador (“que hace salir el sol sobre malos y buenos”), y sobre todo al amor de Cristo (“como yo os he amado”).

5. La necesidad de ponderar los datos etnológicos

Ahora bien, ¿es posible “creer” en la familia después de las provocaciones de la etnología? [capítulo 5]. ¿Es posible seguir hablando del concepto de familia después del «humillante espectáculo» (p. 85) que pone sobre la mesa

la moderna etnología, un espectáculo que va desde la poligamia al sacrificio ritual de los primogénitos o la inmolación de las viudas, pasando por otras deformidades que repugnan la sensibilidad y hieren la inteligencia de cualquier persona sensata?

La solución a esta pregunta no puede ser etnológica. La etnología presenta, con más o menos acierto, los episodios culturales que registra. Pero no hace ninguna valoración sobre su conveniencia o perversión antropológica. Como máximo hace una valoración absolutamente neutral (una mera sociología de las culturas). Si un determinado modo de expresar el “hecho familiar” produce resultados satisfactorios en una cultura, pervivirá; de lo contrario sucumbirá. Eso es todo.

Pero eso no puede ser todo. Aunque es cierto que existe el peligro de un eurocentrismo cultural, eso no debe inhibir el juicio de valor del jurista ni del filósofo. El relativismo cultural es un mal grave. «Las culturas pueden y deben ser juzgadas» (p. 90). Que el relativismo cultural se convierta en «la monocultura dominante del planeta» (S. Benvenuto, p. 91) es contradictorio y erróneo. Un error tal vez comprensible por reacción ante el sentido de superioridad de los antropólogos del siglo XIX. Ellos estaban convencidos de la condición *primitiva* de aquello que estudiaban. Pero ahora «el relativismo ha sustituido esta odiosa barrera jerárquica por un “apartheid” cognoscitivo: si no podemos ser superiores en el mismo universo, que cada pueblo viva en el suyo» (D. Sperber, p. 92).

El autor pone el ejemplo del *sati* (*suttee* en transliteración inglesa), la cremación voluntaria de las viudas hindúes en la misma pira del esposo difunto. La administración inglesa prohibió el *sati*. No era una práctica demasiado frecuente, pero el costo político de la medida fue grande. Hubo una respuesta indignada de una parte de la población. Ningún beneficio sacaban los ingleses a cambio de ello. Lo hicieron simplemente en conciencia y por dignidad. Pasado el tiempo ninguna mujer india (ni ningún varón) echa de menos el *sati*; y desde luego ningún empobrecimiento ha sufrido la cultura india ni el hinduismo.

Existe una verdad sobre la familia, que puede ser más o menos encarnada, o más o menos traicionada, por las diversas culturas. Sólo la familia hace que el hombre se reconozca, sepa cuál es su nombre y su lugar en el mundo. Sólo ella da estabilidad a los afectos y encauza la identidad personal. Esa es la verdad sobre la familia (al menos parte de la verdad). Y eso puede ser mejor o peor expresado, con más acierto o con más deformaciones. Juzgar sobre ello no significa ningún imperialismo cultural. Ahora bien, ese juicio debe hacerse en clave de antropología filosófica más que de antropología etnológica o cultural. No hay que tener miedo de hablar de una filosofía de la familia.

6. La juridicidad constitutiva de la familia

Una filosofía que entraña derecho, porque la familia tiene una juridicidad constitutiva [capítulo 6]. A lo largo del último siglo ha sido frecuente hablar de la muerte de la familia (D. Cooper, F. Héritier) en unos términos que significan al menos dos cosas. En primer lugar una pretensión ideológica de modificar la “normalidad” social, que tiene en la familia su base más firme. En segundo lugar, la “muerte de la familia” puede querer decir también que la familia va perdiendo determinadas funciones institucionales que le han correspondido históricamente, y que pasan al sector público (la atención de los enfermos y de los ancianos, la previsión de futuro, la preparación para el trabajo). El Estado del bienestar ha tomado en sus manos las antiguas funciones familiares. Esta pérdida de funciones (que fueron propias de la familia patriarcal), se interpreta vagamente como una deslegitimación social de la familia, que queda al margen de cualquier dimensión pública. Para la familia quedaría el mundo de lo privado, un mundo desinstitucionalizado, sin derecho, en el que impera la afectividad.

Pero detrás de esta argumentación parece haber algunas ideas preconcebidas. Una de ellas es que la afectividad es incompatible con cualquier vínculo jurídico. Que la huida del derecho manifiesta autenticidad y provoca felicidad. El lema familiar de la modernidad podría ser afectividad sin compromiso. Este planteamiento intelectual tiene un complejo origen (incluso, aunque no sólo, el *Haß gegen das Gesetz*, el odio a la ley, con el que Hegel caracterizaba la mala conciencia). Desde luego no parece dar una respuesta adecuada a la realidad de la familia y a su función social.

En primer lugar habrá que mostrar dos paradojas que se ocultan en el antijuridicismo afectivista. La primera es que la absolutización de la afectividad privilegia socialmente el individualismo (Parsons). Pero la paradoja más punzante es que la falta de normatividad y juridicidad interna del núcleo familiar lleva consigo un contexto externo en el que se incrementa notoriamente la normatividad y la juridificación. Ha nacido toda una cultura reglamentarista, de sobrereglamentación o de exceso de juridicismo (*Verrechtlichung*), que va absorbiendo ámbitos que eran propios de la libertad individual o de los grupos. Habermas lo ha llamado “colonización de los mundos vitales”. La expresión ha tenido un éxito muy superior del que cabía suponer. Muerta la colonización del espacio, viene la colonización de la vida. También la colonización del ámbito familiar a través de una reglamentación externa muy polivalente. Todo ello es una patología de la modernidad que no tiene más cura que el reconocimiento de la juridicidad constitutiva de la familia.

“Juridicidad constitutiva de la familia” no quiere decir simplemente, para D’Agostino, que la familia se funde en unos principios jurídicos intrínsecos.

Quiere decir también que la lógica de la familiaridad sigue la lógica del derecho, y al revés. Es decir, que todos los grandes principios de familiaridad son principios de juridicidad. No se trata de derecho positivo. La juridicidad que viene reclamada aquí es de orden ontológico, y se mide ante todo en términos relacionales: «aquella específica forma de coexistencia, que a partir del reconocimiento de la paridad ontológica de los sujetos, constituye a éstos en un universo relacional, libre —potencialmente— de cualquier forma de exclusión» (p. 107, siguiendo la doctrina de Sergio Cotta). Una relación que puede ser entendida también en términos de normatividad, o sea como deber-ser constitutivo.

7. La identidad a través del reconocimiento

Por tanto, es lo mismo decir familia que decir derecho, que decir identidad humana. En el principio, es decir en el nivel de la ontología, donde se dilucida el ser, la familiaridad, la juridicidad y la identidad humana *convertuntur*. Desde luego, esto debe ser explicado.

La identidad como hombres la adquirimos en lo que llama D'Agostino “proximidad de reconocimiento” (no el mero estar uno al lado del otro). En esta proximidad (*proximidad*) de reconocimiento está presente la intersubjetividad fundamental de la relación jurídica; y también la alteridad que origina la subjetividad personal humana. Sólo conquistamos nuestra identidad en relación con el prójimo reconocido.

D'Agostino sugiere seis hipotéticas modalidades de proximidad de reconocimiento: 1) el tabú del incesto, interpretado como «norma que impone y garantiza la constitución de la subjetividad del yo» (p. 113), es decir, como una praxis que impide la fusión de roles y subjetividades, y adjudica a cada uno funciones específicas. 2) La radicación individual en sexos distintos, que hace comprender a la mujer y al varón que no son totalidades sino polaridades; que no están solos y que se necesitan. 3) La genitorialidad/filialidad, relaciones que se estudian desde una perspectiva estructural (y no meramente biológico-afectiva). Son relaciones fuertemente asimétricas que ofrecen ocasión para establecer el principio de responsabilidad sobre el prójimo reconocido como hijo o como padre. 4) La fraternidad, en cambio, es un principio de reconocimiento fuertemente simétrico, que funda el principio de reciprocidad y de igualdad. Precisamente por eso debe mantener el reconocimiento del principio común paterno/genitorial, que hace que los hermanos no sean rivales. 5) La conyugalidad matrimonial (sobre todo en su expresión monogámica y fiel), sin la cual es difícil concebir la familia, porque el matrimonio otorga a la familiaridad la duración temporal que precisa. Siendo un principio indiscutible ha tenido de-

tractores tan ilustres como Platón (que abogaba por un “comunismo” sexual en bien de la república). La etnología sin embargo no tiene datos empíricos más que para confirmar la institución matrimonial. 6) El último principio de familiaridad es el carácter mortal que tiene toda familia. Está llamada a disolverse. No una disolución querida o buscada, sino natural. Las familias, aunque dejen un nombre, pasan. Y ese pasar es la condición para que nazcan familias nuevas. El varón y la mujer están llamados a dejar padre y madre para promover de nuevo la familiaridad.

Los principios ontológicos no son precisamente los que más se invocan en el ámbito del derecho. Pero precisamente por eso son más necesarios que nunca. La necesidad de un orden sustante al derecho positivo de los Estados es lo que movió a realizaciones tan significativas como la Declaración Universal de los derechos del hombre (1948). Sobre el modo de formalizar en cada ordenamiento jurídico los principios ontológicos tiene vigor la libertad de forma. Pero «la labor del jurista de nuestro tiempo es la de mantener viva la conciencia de que es necesaria una referencia ontológica que fundamente el operar político/jurídico del legislador» (p. 127).

8. Uniones de hecho

Si regresamos al derecho positivo habrá que reconocer que la juridicidad constitutiva de la familia no es universalmente reconocida. Se habla de modelos alternativos de familia, de pluralidad de familias [capítulo 7]. En el mundo occidental, cualquier *status quaestionis* sobre el reconocimiento jurídico de uniones no matrimoniales está «fatalmente condenado a un envejecimiento precocísimo» (p. 129, nt 1). El autor analiza el modelo tal vez más ponderado y respetuoso, el *Pacte civil de solidarité* (PACS), la ley francesa de noviembre de 1999. Incluso en ese texto, que sortea con habilidad algunos peligros para evitar la equiparación formal de las uniones de hecho con el matrimonio, se observa la intención de establecer una noción jurídica de unión sexual de hecho elaborada sobre la falsilla del matrimonio legal. Es evidente que esto rompe una tradición milenaria y sin fisuras, «según la cual entre matrimonio “legal” y “uniones de hecho” no es posible establecer nexo alguno jurídicamente significativo» (p. 130).

Si se evitan los eufemismos parece que todas esas uniones deberían recibir jurídicamente el nombre de “concubinato”. “Matrimonio de hecho” es una contradicción. “Unión de hecho” o “situación de convivencia” son expresiones que no especifican en absoluto lo que tienen de propio dichas uniones o situaciones, que es el ejercicio de la sexualidad. La distinción entre matrimonio y concubinato da razón exacta de la realidad. El matrimonio tiene su origen

en un acto de voluntad de los cónyuges que crea una sociedad por completo especial como es la familia. Un acto de voluntad que nadie puede suplir y que genera un *status* protegido por el derecho. Es precisamente lo contrario de lo que pretende el concubinato, una mera relación de hecho que no crea *status* alguno porque los *partners* no quieren crearlo.

Es cierto que el concubinato presenta un punto de conexión con la relación matrimonial. No es una relación fornicaria y ocasional. Entre los concubinos hay una relación que excede el mero episodio y que supera también la mera relación carnal. Ahora bien, el concubino quiere la relación con su pareja como relación concubinaria, sin que haya compromiso alguno sobre la duración y sobre la socialización de su convivencia *more uxorio*. «¿Qué quieren, en definitiva, los concubinos? Quieren al mismo tiempo *vincularse y no vincularse*» (p. 134). Pero eso es precisamente lo que no puede reconocer el derecho, que está para resolver contradicciones, no para someterse a ellas.

Las razones para el reconocimiento jurídico de las uniones de hecho son muy débiles. Parecen fuertes porque están muy difundidas. Pero piensa el autor que tal vez la razón más relevante haya que buscarla en la tendencia difícilmente reprimible del Estado moderno a no dejar espacios libres de positividad jurídica (que nada sea de hecho, sino todo de derecho).

Algo de eso se descubre también en el instituto jurídico de la adopción. Hace ya unos decenios que el paradigma de la adopción cambió. Del modelo romano (llevado a cabo entre adultos y ajeno a la necesidad de los cuidados parentales) se pasó al modelo actual, que pretende dar al niño afecto y hogar más que atribuirle un *status* jurídico (aunque el procedimiento se lleve a cabo con drásticas regulaciones e inspecciones de la autoridad). Con esos presupuestos toda pareja, no sólo la conyugal, pretende adoptar, porque está en condiciones de dar afecto y cuidado al niño. ¿Quién puede negarlo? Ni puede negarse tampoco que en el clima del matrimonio (o del *démariage*, de la “desmatrimonialización”) occidental, las condiciones de estabilidad de una familia de hecho y de una familia de derecho sean a veces mínimas o inexistentes. Por lo tanto, el problema no es el instituto de la adopción sino más bien el concepto mismo de matrimonio. Lo que merece una auténtica y profunda revisión es la estructura del matrimonio legal en los países occidentales.

9. Uniones homosexuales

Más sorprendente resulta todavía incluir en el paradigma de familia a las uniones homosexuales. Quienes pretenden una ruptura tan radical del modelo *unívoco* de matrimonio y de familia no tienen una única procedencia. Hay una tendencia que podría llamarse liberacionista y otra que puede llamarse liberal

(D'Agostino acoge la distinción de Andrew Sullivan en su difundido *Virtually normal*). Los liberacionistas exhiben una posición netamente antijurídica, buscan la debilitación o la destrucción de todo concepto de matrimonio y de familia. Si quieren el matrimonio homosexual, lo quieren como un instrumento decisivo para romper el sistema y lograr, a la larga, una convivencia sexual independiente de cualquier vínculo jurídico y extraña a cualquier publicidad. Los liberales (tal vez mejor individualistas de praxis liberal) no buscan para nada una deconstrucción social o una utopía antijurídica. Pretenden que se aprueben todas las formas de vida sin privilegiar ninguna (o privilegiándolas todas si fuera posible). Y buscan para ello la protección del derecho. No contemplan el derecho como una realidad represiva (como los liberacionistas) sino como un modo público de defender sus intereses privados.

Pero unos y otros, liberacionistas o liberales, tienen un presupuesto implícito común: «no tienen ninguna confianza en la posibilidad de elaborar un discurso positivo sobre la persona humana, sobre sus horizontes, sobre sus exigencias auténticas y profundas, sobre sus deberes; la misma categoría de identidad personal la consideran no tematizable» (p. 146). La personalidad queda expulsada de toda dinámica objetiva de comunicación y reducida a sus deseos subjetivos. Toda la batalla, tanto de los liberacionistas como de los liberales, se dirige «contra la idea de que existan modalidades *objetivas*, o —si se prefiere— *naturales* de comunicación interpersonal, modalidades que el derecho está llamado a formalizar, a regular, a garantizar» (pp. 146-147).

La relación homosexual sin embargo no puede convertirse en relación jurídica. Nadie niega que exista una relación, pero no es eso lo único necesario para exigir que comparezca el derecho positivo en orden a regularla. La amistad, los proyectos de colegas o compañeros, el afecto entre dos enamorados son situaciones que no generan dimensión jurídica alguna en sí mismas. Quedan fuera de la lógica de la comunicación jurídica.

El matrimonio es completamente distinto. No es una relación de afecto que quiere ser institucionalizada. Es una elección de los cónyuges mediante la cual se incorporan a un estado de vida. La sociedad (el derecho) reconoce a ese *status* una finalidad estructural indispensable para garantizar la sucesión de las generaciones. Esa unión matrimonial, en la que está implícita la familia, es el único modo que el derecho conoce para introducir en la sociedad a las generaciones venideras, que obtienen su identidad y adquieren su capacidad social en familia. El matrimonio y la familia no son cuestiones meramente de hecho.

Las relaciones homosexuales sí que lo son. Por mucho que el derecho positivo se ocupara de ellas no dejarían de ser una cuestión de hecho atrapada por los largos tentáculos de la sobrejuridificación. Y de paso protegería determinados intereses personales. Pero no sería introducida en la vida social

ninguna función que representara algo dentro de la lógica de la comunicación jurídica.

10. Multietnicidad

Este capítulo se cierra con un epígrafe vivo y comprometido (para la sociedad italiana, pero también para la española) sobre la multietnicidad. Es un término muy usado en Italia. Se emplea con valencia positiva, con un optimismo bienintencionado e ingenuo. Las etnias de raíz islámica mezcladas o integradas en la cultura occidental de matriz cristiana abren un periodo de enriquecimiento recíproco. Lo cual es interesante y ofrece no pocos beneficios. Pero la multietnicidad resulta falsa cuando se aduce desde una perspectiva superficial, muy frecuente por otra parte.

Superficialidad que puede derivar de ángulos distintos. El primero sería desde luego infravalorar en la práctica las profundas diferencias del derecho familiar musulmán (inferioridad de la mujer, repudio, poligamia, preterición de la heredera femenina, ablación). Esta ingenuidad es cada vez menos frecuente, pero a ella sucede otra más grave, que es pretender que occidente preste algún servicio a la mejora de la familia islámica. Cómo puede ser modelo una sociedad en suicidio demográfico; que acepta sin avergonzarse demasiado la pornografía femenina; que, aun rechazando violentamente la bigamia sincrónica, exhibe con absoluta naturalidad la poligamia diacrónica; que, después de escandalizarse hasta el paroxismo por la circuncisión femenina, aplaude sin embargo la mutilación voluntaria de los transexuales. A esta segunda ingenuidad podría seguir una tercera, en este caso de signo contrario, y tampoco infrecuente, que es estimar como contradictorias la visión familiar islámica y la de raíz judeocristiana. Lo cual es profundamente falso, aunque muchas cristalizaciones culturales puedan hacer pensar otra cosa. La última, y tal vez peor, de las ingenuidades multiétnicas es atribuir al respeto formal de los derechos humanos un valor definitivo para la integración de las culturas. Sin embargo dicha integración sólo se puede configurar a través de un acuerdo veritativo más que cultural. La terapia para los conflictos entre las etnias o las culturas consiste en intentar llegar, por encima de todo relativismo, a las verdaderas raíces sobre el bien y el mal.

11. Dialéctica de los sexos

Enclavado en el centro del problema contemporáneo de la familia está el de la dialéctica de los sexos [capítulo 8]. Toda la cultura contemporánea ha reivindicado un sitio distinto para la mujer. La “cuestión femenina” se ha

planteado como problema teológico indirectamente, por la interpelación de esa cultura. Esto ha provocado una teología feminista muy viva y muy crítica con la historia (también con la historia cristiana). Una teología que ha creado más bien una atmósfera que unos instrumentos conceptuales, y se ha movido más en clave de justicia que en clave de verdad. Los temas típicos de la teología feminista parecen eludir sin embargo «el problema de fondo del estatuto intrínseco de la diferenciación sexual» (p. 161). Eludirlo es un problema grave, pero sería más grave aún que la teología feminista estimara que no existe ningún estatuto intrínseco para los sexos, es decir, que deben quedar reducidos a historia o a sociología (Simone de Beauvoir, J. Lorber, y muchos otros).

Si el feminismo teológico, con bases endebles, ha conseguido difundirse tanto se debe en parte a que no ha existido en la tradición filosófica clásica un pensamiento fuerte sobre la identidad sexual del hombre. El paradigma clásico, que ha sido cuidadosamente analizado (K. E. Borrësen), era muy simple y se podría resumir en una pareja de valores: equivalencia y subordinación. Igualdad en el orden de la gracia y de la dignidad, sumisión en el orden de la naturaleza. En cuanto al alma no hay desigualdad alguna ni puede haberla. En cuanto al cuerpo, la mujer ha sido creada para el varón y es inferior a él. Este esquema es el que recogen y transmiten San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Pero no constituye en ningún caso una *quaestio disputata*, sino precisamente una *quaestio recepta*, asumida como una hebra más del tejido que componía el mundo.

Es evidente que este paradigma clásico ha caducado. ¿Existen paradigmas alternativos? Se han intentado infinidad de ellos (Przywara, Lersch, Guitton, Buytenduk, e incluso Teilhard de Chardin y Henri de Lubac). De ordinario el problema se enfoca creando tipologías bipolares o complementarias entre mujer y varón (tierra-fuego, vida-espíritu, firmeza-movimiento, ser-obrar, atención-iniciativa). Son expresivas y orientadoras, pero no pueden considerarse un asunto estricto de ciencia. Quieren ser metafísicas pero son experienciales, y cuando uno las lee, como decía Karl Barth, es difícil no sonreír. No porque sean falsas, sino porque resultan ligeramente caricaturescas, como psicologías de encargo, y están influidas sin duda por los condicionamientos subjetivos y por la propia cultura.

12. Fecundidad

D'Agostino piensa que, con todas sus limitaciones, podría ser útil volver a leer a Agustín y Tomás de Aquino, no para detenerse en lo que han dicho, sino en las razones por las que lo han dicho. «Y estas razones pueden en definitiva resumirse en la voluntad constante de permanecer fieles a la realidad» (p. 173).

Los clásicos tenían delante de los ojos no el sentido de la sexualidad, sino la sexualidad misma en su carácter genital. La diferencia de sexos tenía para los clásicos ante todo una connotación esencial que era la llamada del hombre a la fecundidad. Una fecundidad que era por supuesto mucho más que el mero mecanismo reproductor, porque la fecundidad humana era *quaedam Dei imitatio* (es decir, vendría a configurarse según el modelo de generación divino, no según el esquema animal). El hombre engendra hombres, desde luego, pero hombres que llevan la imagen de Dios.

Es sorprendente hasta qué punto el sentido moderno de la sexualidad humana ha prescindido de la fecundidad como valor determinante y sustantivo. Y la facilidad con que ha convertido la fecundidad en un valor añadido y accidental. Sorprende también el esfuerzo (se supone que bienintencionado) de muchas fenomenologías de lo sexual que intentan subrayar el personalismo precisamente convirtiendo la fecundidad en un accidente biológico prescindible. Como si eso permitiera distinguir la sexualidad humana de la sexualidad animal. El libre obrar de la biología denotaría un obrar animal, las iniciativas sexuales proyectadamente infecundas pondrían de manifiesto una elección superadora de la biología. Errores muy gruesos que sin embargo son comunes. Ni siquiera serían planteables en el paradigma clásico.

La fecundidad humana no es nunca un accidente biológico. Nunca es fecundidad animal, como no lo es la vida ni la muerte del hombre. Nada humano es mera fisiología sino que está incorporado al ser del hombre. Por otra parte, recordar estas verdades tan simples no supone situarse en una posición ideológica a contracultura (como podría parecer por lo dicho más arriba) sino más bien en el surco de las grandes culturas. Es situarse en la gran tradición judía, cristiana e islámica (y en realidad en la única tradición de la humanidad). No es bueno que el hombre esté solo, que no sea fecundo, que no trascienda su soledad originaria.

El feminismo ha pretendido, y logrado en buena medida, la llamada “revolución biológica”. Según cómo se entienda, dicha revolución no es sólo un logro del feminismo sino un logro positivo de la civilización. Las mujeres han quedado liberadas de la obligación de los continuos embarazos para conseguir el reemplazo generacional; la familia nuclear ha puesto en situación poco menos que simétrica al padre y a la madre en lo que se refiere a la educación de los hijos; las mujeres tienen un tiempo, una educación (y unas ambiciones) que antes no tenían ni podían tener. Todo esto es un instrumento de libertad.

Pero lo cierto es que la revolución biológica «alude a un problema más amplio y radical, que está lejos de haber llegado a la madurez, pero del que tenemos que tomar conciencia. Alude a la ruptura radical entre sexualidad y genitalidad, y a la radical superación —considerada posible e incluso inevitable— de la ima-

gen de las individualidades sexuales como constituidas para fines procreativos» (p. 182). La ectogénesis (formación de embriones fuera del cuerpo materno) es ya un hecho. Un hecho que, independientemente de los propósitos feministas, no sirve a la liberación de la mujer, sino que “libera” (valga la palabra) al varón y a la mujer de la sexualidad procreativa (genital, en el vocabulario de D’Agostino). Parece un intento de construir un hombre que se reproduce a voluntad, más aún, que desecha los humildes signos procreativos para buscar la creación, el puesto de Dios.

13. El sacerdocio femenino

Cierra este capítulo un *excursus* sobre el sacerdocio femenino. La condición de *excursus* se justifica en que los argumentos empleados son teológicos, no de antropología ni de filosofía jurídica.

No se puede hacer afirmaciones absolutas sobre las razones de la Iglesia católica para reservar la ordenación sagrada a los varones. No obstante, se puede decir con plena seguridad que esa reserva forma parte de la Tradición de la Iglesia. La Tradición no está en manos de la Iglesia sino que constituye a la Iglesia. La Iglesia se siente incompetente para cuestionarse el dato de la incapacidad de la mujer para el sacerdocio. Y no precisamente por falta de valor, porque es precisamente valor lo que se necesita para no cuestionarlo en estos momentos.

Más que razones, se debe alegar una realidad revelada. No es por completo forzosa y apremiante, pero sí esclarecedora: Cristo fue varón. Esto forma parte de la revelación cristiana y sitúa la cuestión de los sexos en una cierta asimetría constitutiva en orden a las funciones eclesiales (no a la vida cristiana). No hubo dos salvadores, uno hombre y otro mujer. No hubo tampoco un salvador fantástico que incorporase en su encarnación los dos sexos. No hay más que un concreto Hijo de Dios, Jesucristo. El sacerdote, en su dimensión mística y sacramental, *impersona* a Cristo. Es decir, no simplemente recibe de él una potestad por transferencia, sino que se identifica con el Señor. En esta perspectiva es razonable la condición de varón para el sacerdocio.

14. Niveles de la sexualidad

Conviene advertir hasta qué punto guardan relación la sexualidad y el derecho [capítulo 9]. Es evidente que hay muchos modos de entender la sexualidad. Parece gozar de bastante crédito el modelo instintivo, es decir, una sexualidad concebida según el paradigma animal. Un esquema de acción innato, condicionado por el entorno, más bien padecido que vivido de modo

voluntario. Este modelo reduce la sexualidad a un accidente biológico. Es algo que sucede al hombre, pero no se incorpora a su modo de ser, no queda englobado en su antropología.

En realidad, como ha puesto de relieve hasta la saciedad el propio psicoanálisis freudiano, la sexualidad no es instinto, sino pulsión (*Trieb*). No encierra al hombre en el mundo, no le conforma forzosamente a las circunstancias corpóreas y temporales, sino que le permite, empujado por la pulsión, dar forma propia al mundo, con libertad (con una libertad finita, desde luego).

En cualquier caso, es necesario «leer la sexualidad humana no sólo biológicamente sino antropológicamente [...]. Es necesario pensar la sexualidad humana con referencia a la totalidad de la persona, es decir, finalizada no sólo a la *reproducción* de la especie, sino en primer lugar a la misma *producción del yo*» (p. 196). D'Agostino se sirve de esta metáfora límite para explicar que la verdad de la sexualidad no se agota, ni puede agotarse nunca, en el sabio mecanismo de la reproducción que, si se teoriza desgajado de todo personalismo, puede parecer una trampa que la especie pone al individuo (A. Schopenhauer) o una victoria del gen egoísta (R. Dawkins). La sexualidad no sólo reproduce la especie sino que configura al individuo, pone en marcha auténticos “procesos antropogénicos”. «El proceso a través del cual el hombre, cada hombre empírico, se constituye como tal pasa por tanto a través de la asunción de su propia identidad sexual» (p. 197). Es decir, cada uno aprende a ser él mismo a través de las dinámicas de relación maternofiliales, paternofiliales y fraternosororales (hermanos/hermanas). Que esto pueda periodificarse de acuerdo con estadios precisos (como invita a hacer D'Agostino siguiendo a Jacques Lacan y a otros psicoanalistas) podría discutirse. Pero no parece que pueda discutirse la existencia del proceso.

15. Sexo y regla

Entre derecho, familiaridad y sexualidad se da una «circularidad absoluta» (p. 198). La sexualidad necesita originariamente la regla del derecho. Necesita una norma que afirme, por una parte, la bipolaridad sexual (la diferencia), y que lo haga según el modo relacional del derecho, que sitúa a los sujetos en un ámbito de simetría e igualdad fundamentales. Igualdad y diferencia.

La historia humana muestra la presencia decisiva del derecho en el ámbito de la sexualidad. Estas reglas, dice D'Agostino, manifiestan simultáneamente, en medio de infinitas variantes culturales, un significado esencial constante de la sexualidad, y una capacidad de desviación (de ruptura de las reglas) considerablemente alto. De modo que tan constante es el significado esencial como la quiebra de ese significado en la experiencia humana libre (y débil). Pero el de-

recho no puede inhibirse, no está llamado a hacer simplemente una descripción de los hechos, como tal vez podría hacer un etnólogo. El derecho debe regular la relacionalidad humana, y la sexualidad es una manifestación importantísima y originaria de esa capacidad de relación. Y debe hacerlo contando con su significado originario y con la tendencia al *agrietamiento* de ese significado que manifiesta la historia del hombre. El jurista tiene el deber de decir su palabra justa sobre la sexualidad, aunque sea una palabra costosa y comprometida.

16. El derecho del menor

La circularidad entre derecho, sexualidad y familia tiene un episodio actual en el interés por la regulación de los derechos del menor [capítulo 10]. Desde la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño (1924), se han sucedido diversas iniciativas legislativas hasta llegar a la Convención internacional sobre los derechos de la infancia (1990), recientemente recogidos en su sustancia por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Son normas que cumplen en buena medida la función de estímulo ideal para la creación de legislación homogénea en el ámbito de los ordenamientos estatales. Nunca hemos estado mejor. Y sin embargo la impresión que se extrae después de haber analizado esa legislación es la contraria, que nunca hemos estado peor. La proliferación de leyes sobre la familia y especialmente sobre los derechos del menor podría resultar un intento de acabar (torpemente, tal vez sin quererlo) con el mismo concepto jurídico de familia.

Como ya se ha dicho, supone una falta considerable de realismo hablar de “muerte de la familia”. Pero conviene decir también que nuestro tiempo se mueve en la perspectiva «de una disolución de la juridicidad intrínseca de la familia» (p. 215). Eso significa que se da a la familia el carácter de algo artificial, disponible, concluido de acuerdo con los modelos ideológicos y antropológicos. Si la familia es artificial, entonces los modelos hipotéticos de familia serán tantos como los sistemas culturales que se usen para el diseño.

En esta sintonía se entiende mejor “la ley de doble locura” (por usar una expresión bergsoniana). Por lo demás es la ley que rige todas las paradojas, si son perversas. El interés por sobrejuridificar el ámbito de la vida del menor (dotándole incluso del ejercicio de derechos), está probablemente afectado por el afán de desligar al menor de su referencia básica, que es la estructura familiar. A más protección, más debilidad.

La “preeminencia del interés del menor” (cuestión indiscutible en muchos supuestos) lleva frecuentemente consigo usos que son muy poco respetuosos con la estructura familiar. Algunos autores dicen que en las actuales circunstancias se debería hablar, no ya de un derecho de familia, sino de un derecho

de los individuos en la familia. Prevalece una dimensión fuertemente individualista y se pide al derecho que emplee su fuerza para hacer más eficaz el individualismo.

17. El deber de los juristas

Se pregunta D'Agostino cuál es el deber del jurista en esta coyuntura. Dando por supuesto que la respuesta no es fácil, habrá que decir que al jurista no le corresponde la posición de un «mero técnico de la organización social» (p. 218), simplemente llamado a prestar su colaboración para dar coherencia al sistema. Ni tampoco la de hacer un uso ideológico o político del derecho, que ha sido el camino emprendido por los que, en el siglo XX, se sentían incómodos con la solución anterior. Sin embargo, al comienzo del siglo XXI, las tentaciones del jurista parecen algo diversas. La primera sería hacer de notario de la historia, como dócil servidor del poder. La segunda, hacerse dócil servidor de la moral dominante, que es una moral capaz de integrarlo todo dentro de su espacio ético.

Ni una ni otra son las funciones del jurista, sino reconocer la dimensión de juridicidad estructural (no añadida) que tiene la familia. Ser hombre y tener una dimensión familiar no son cosas demasiado diversas. En cualquier caso no son dos valores, sino dos realidades previas a todo valor. Son fuente de dignidad, no de calidad. Son hechos radicales, estructuras del ser, calificaciones de carácter esencial que el derecho debe reconocer. Más bien diríamos que el derecho debe reconocerse en ellas.

De la dimensión familiar del hombre nacen (nunca mejor dicho) derechos originarios, como ser hijo, y un campo relacional que manifiesta en sí mismo carácter de institución. La familia es una institución, tal vez la institución que merece en los comienzos del tercer milenio los mejores cuidados del jurista. Merece que se le reconozca la condición de sujeto social, como digna alternativa (el justo interés de tercero) a los excesos del individualismo y del socialismo estatalista.

18. La adopción por parte de homosexuales

La “doble locura” se ha hecho más representativa aún con el caso de las uniones homosexuales a las que se reconoce capacidad de “ser padres” (por adopción o por fecundación asistida). Algo así como ampliar el derecho de familia hasta acabar con el derecho de familia.

Al derecho positivo no se le exige que “imponga” valores. «No corresponde propiamente al derecho, sobre todo en épocas de pluralismo ético, como

ésta en que vivimos, proponer o imponer síntesis sociales que no estén ya por completo aceptadas y por lo tanto estructuralmente presentes en la vida social» (p. 223). Nadie desea imponer valores no condivuidos por el grupo. Lo que se puede solicitar sin embargo es un uso correcto del derecho.

Lo que importa en este caso, explica D'Agostino, no es que los homosexuales deseen sinceramente casarse, o con cuánta intensidad lo deseen, sino si ese deseo merece un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Una relación homosexual tiene un carácter estrictamente privado, y no puede exigir ningún reconocimiento público. La relación homosexual busca una imitación del matrimonio (se llame unión civil o equiparación). Pero es una imitación ciertamente engañosa y fraudulenta. No hay ninguna equivalencia objetiva. El matrimonio es una unión entre una mujer y un varón, destinada, como institución jurídica, a la creación de la familia y a la sucesión de las generaciones. Esa es la única función que justifica la institución matrimonial.

Se ha dicho también que el afecto merece un reconocimiento jurídico. Llegó a decirlo incluso Arturo Carlo Jemolo, que se sentiría confundido si lo escuchase en el sentido en el que hoy se dice. Pero el afecto en sí mismo, como es obvio, no es origen de relación jurídica alguna. Un afecto mutuo que convierta a dos personas en conviventes no produce ni producirá nunca una relación jurídica que merezca protección pública del derecho.

Aunque si lo pensamos mejor lo más característico de la imitación del matrimonio no es la existencia del afecto, que puede expresarse de múltiples formas, sino el ejercicio de la sexualidad. Pero la vida sexual (como los mismos homosexuales han expresado muchas veces con razón) es un ámbito de completa privacidad. Son hechos privados. El matrimonio no es el reconocimiento jurídico de una relación sexual. Su dimensión jurídica (y su protección pública) deriva del fin objetivo por el que la sexualidad se ejercita, de los compromisos que asume y del espacio familiar que crea.

Parece que por muy intenso que sea el deseo de dos homosexuales de adoptar a un niño (o de obtenerlo a través de fecundación asistida) ese deseo no puede satisfacerse. Al interés de la pareja habrá que oponer el interés del niño. El testimonio unánime de la jurisprudencia en materia de derechos del menor es que el interés del menor es prevalente. Poca coherencia habría si se protegiese al menor por defecto de atención y no se le protegiese por ausencia de padre (o de madre).

Los argumentos jurídicos para la adopción por parte de los homosexuales son muy débiles, aunque se alegue la serie creciente de ordenamientos jurídicos liberales que la aceptan. A estos efectos no sirve la cantidad sino las razones aducidas. Esas razones tienen un fuerte componente de ideología. Buscan

la victoria de un grupo y la imposición de una imagen antropológica. El bien social les resulta muy secundario.

19. Sobre la imagen del niño

El interés del menor es prevalente, pero además parece como si toda nuestra sociedad tuviera también un interés prevalente por el menor (y especialmente por los niños). Despliega generosamente toda su carga protectora y bienhechora en torno a la infancia. Sin embargo es cada vez más frecuente captar “la infancia como problema” [capítulo 11].

En una época en la que la infancia es una edad privilegiada y sobreprotegida aparece también desgraciadamente el horror del trabajo infantil, de los abusos sexuales, de la trata y venta de niños, de los abortos masivos, de los infanticidios. Una paradoja bien visible y que no ha de entenderse forzosamente como si respondiera a dos modelos simultáneos presentes en dos ambientes humanos distintos. Una misma madre puede amar con ardor a un hijo; y a la vez rechazar otro porque defrauda sus expectativas de maternidad. Ahora bien, además de horrorizarnos ante los abusos de la infancia, que es una reacción común (y frecuentemente la única), hay que pensar en las razones del horror. Horrorizarse está bien, porque es una buena reacción de la sensibilidad ante el mal. Pero dejar el asunto ahí es muy malo, porque la respuesta de la sensibilidad es siempre débil aunque a uno le parezca fuerte.

Hay que preguntarse qué visión tenemos de lo que es un niño. Puede haber muchas respuestas. D’Agostino centra su crítica sobre la opinión de Hugo Tristram Engelhardt jr., exponente significativo del utilitarismo anglosajón contemporáneo (de una parte de él). Dice Engelhardt que lo que caracteriza a las personas es su capacidad de autoconciencia y de racionalidad, y por consiguiente su aptitud para recibir reproche o elogio. Los fetos, los niños, los retrasados mentales graves, los que están en coma irreversible no son personas. Son “entidades” que forman parte de la especie humana. No es difícil colegir de estas premisas que tales “entidades impersonales” pueden sufrir dolorosos percances si entran en mínima colisión con el interés de una “persona”.

Caben muchas posiciones para hacer frente a este reduccionismo. Engelhardt (como Singer y otros utilitaristas) entienden al hombre según un estereotipo «de evidente matriz naturalista-iluminista» (p. 238), que otorgaría dignidad al hombre en la medida en que éste estuviese en condiciones de manifestarse como “agente racional”. De esta perspectiva derivan efectos que pugnan con el sentido moral común. Pero la razón por la que debe rechazarse no es sólo ética, sino epistemológica. Es decir, participa de un grave error de discernimiento crítico.

La infancia no debería calificarse con criterios biológico-racionalistas, sino con criterios relacionales y vitales. Un niño no integra su experiencia, y se constituye en persona, por razón del grado de madurez de sus conexiones neuronales. Eso constituirá, en todo caso, un instrumento para algo mucho más decisivo en el orden de la personalidad, que es la relación con los suyos (en primer lugar la madre) y de los suyos con él. Los niños son personas en sentido fuerte «no porque en ellos se refleje o en torno a ellos cobre densidad el interés afectivo (o de cualquier otro tipo) de los padres, sino porque a través de su mismo venir al mundo dan una cualidad nueva al universo de las relaciones y se imponen —aunque no sean en absoluto conscientes de ello en las fases iniciales de su vida— delante de cada yo como un tú» (p. 239).

De modo que lo más característico de los niños no es que no sean adultos aún, sino que son personas humanas ya. Y deben vivir como tales, es decir, inmersos en unas relaciones llenas de sentido. Eso es lo prioritario. No tanto ponderar su inocencia, proteger su debilidad, representar vicariamente su incapacidad, envidiar su ingenuidad. Tal vez haya que hacer todo eso, pero lo prioritario (también para el derecho) es procurar que vivan inmersos en aquellas dinámicas de relación humana que van a permitirles obtener la plenitud de la humanidad. Y eso se consigue en familia.

20. Las tecnologías reproductivas

Parece necesario reflexionar también sobre la incidencia que tienen en los valores familiares las nuevas tecnologías reproductivas [capítulo 12], especialmente la fecundación asistida y la clonación reproductiva. Dentro de unos parámetros comunes, hay diferentes niveles de empleo de estas técnicas. La fecundación asistida puede ser en ocasiones terapéutica (contra la esterilidad) y en otros convertirse verdaderamente en «otro modo de procrear» (P. Singer-D. Wells, p. 244). Son los casos de la fecundación heteróloga, la fecundación de madre sin pareja, la maternidad subrogada. Y desde el punto de vista del proceso técnico, la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

En realidad, aunque estos casos son los que ofrecen más problemas desde el punto de vista ético, antropológico y jurídico, también la fecundación homóloga contiene problemas insalvables desde el punto de vista ético y antropológico. Dejando de lado (si pudieran dejarse) los efectos colaterales de la selección y muerte de embriones en el proceso, tal vez mejorable en el futuro, la fecundación homóloga separa las dimensiones procreativa y unitiva del amor conyugal. No puede tomarse a la ligera esta fórmula. En el amor humano el procedimiento no es secundario. Dicho de otra manera, no parece conveniente buscar los mismos fines (en este caso la procreación) a través de distintos

medios (en este caso el artificio fecundativo). El medio es ya personal, y no puede despersonalizarse sin grave riesgo. El encuentro sexual entre el hombre y la mujer no es un trámite para la procreación sino que está integrado en la validez antropológica del proceso. «Introducir en el orden vital de la pareja la dimensión tecnológica de la procreación asistida implica alterar su relacionalidad personal constitutiva» (p. 247).

Claro está que el problema crece notablemente cuando interviene un donante externo de células germinales, y se convierte además en un problema de derecho. No es un asunto que afecte sólo al modo de atribuir en esos casos la filiación, sino que se resiente la misma familiaridad como estructura jurídica. El deseo de satisfacer la maternidad y la paternidad a toda costa ha provocado la multiplicación de las figuras genitoriales (genitorialidad genética, uterina y social), mezcladas según posibilidades combinatorias diversas y extrañas. Parece que antes de atender a la satisfacción de los deseos genitoriales hay que atender al objetivo debilitamiento de la identidad personal del hijo. «In all cases the interest of the children shall be paramount» (Convención internacional de los derechos de la infancia, 176 y *passim*).

No se puede entender como favorable al niño un sistema que le niega la doble (y exclusiva) genitorialidad paterno-materna. El argumento de que la intervención del tercer o cuarto progenitor puede quedar en silencio es engañoso. Ese silencio es frágil (por las crisis conyugales), arriesgado (muy difícil de guardar), vulnerable (porque la medicina postgenómica puede exigir la reconstrucción del DNA) y constitucionalmente problemático (porque supondría una discriminación para los hijos así engendrados frente a los demás, que sí pueden obtener un reconocimiento de su paternidad).

El caso de la clonación reproductiva es único hasta la fecha. Los políticos (el Consejo de Europa) han tomado la delantera a la praxis tecnológica. Hay que felicitarse por ello. En el primer artículo del protocolo (1997) se prohíbe «cualquier intervención destinada a crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto». En el origen de esta medida pudo estar la nítida posición de intelectuales como Jürgen Habermas, que comparó la clonación con la esclavitud.

Pero es claro que la clonación tiene también muchos adeptos y una presencia ubicua en la opinión pública. Los que la defienden invocan el eslogan de que “la biología no es biografía”. Lo cual sería cierto si no hubiese una intención (nada es más intencional que clonar) que busca orientar forzosamente y desde el inicio la biografía. La clonación atenta contra el derecho de cada hombre a ser único. Nadie debería estar capacitado para modelar a su imagen a otro (*playing God*, haciendo de Dios). Ante otro hombre nadie es soberano. Ningún hombre está disponible, en sentido fuerte, para otro.

21. La familia, principio antropológico y jurídico

Una obra como la de D'Agostino necesita unas tesis conclusivas [capítulo 13]. Me parece que las necesita porque es un libro que se ha ido construyendo por capas, asediado por asuntos de opinión pública (o de decisión política) que reclamaban respuestas intelectuales pertinentes. Respuestas repentinas, en parcelas que no se habían diseñado previamente, sin el sosiego de una obra de síntesis. Es muy difícil que existan síntesis en el ámbito de la filosofía de la familia porque parece que estamos más bien en la fase de estallido que en la fase de contracción.

En realidad las tesis conclusivas no resultan ninguna novedad para quien haya leído la obra con cierta atención. Han sido expuestas aquí y allá. Además, fácilmente se advertía que tenían un valor *fundante* en orden a la filosofía de la familia, y *conclusivo* en orden a un discurso argumentado sobre esa misma filosofía. Pero es muy conveniente destacarlas al final de una obra que ha batallado en tantos frentes con una apertura temática tan amplia.

La primera de las tesis es que la familia es un principio antropológico. Esto significa, en la perspectiva de D'Agostino (que es también la mía), que en las relaciones familiares se configura la relacionalidad básica de la persona. Dicho de otra manera, que en las relaciones parentales, filiales, esponsales, fraternas «el hombre adquiere, instaura y lleva a cumplimiento la propia *identidad personal* y más en general *humana*, que es *identidad relacional*» (p. 267).

Para justificar esta tesis el autor ofrece, en lugar de argumentaciones, una serie de indicios de la verdad de la familia extraídos de todos los rincones de la experiencia humana. El primero es empírico, la presencia de la estructura familiar en todas las culturas y en todos los tiempos, tal como muestra la etnografía. El segundo es psico-fenomenológico, la experiencia (reconocida por el análisis técnico del psicólogo) del primer tú del recién nacido, que es el tú de la madre, un tú asimétrico que establece el rol filial (ser atendido y cuidado), y recíprocamente el rol genitorial (cuidar y atender al hijo). El tercer indicio es antropológico-estructural. Es un dato de experiencia que la intersubjetividad humana tiende a institucionalizarse, a crear estructuras sociales; en el caso de la familia, la institución familiar. El último indicio es histórico-cultural, la prevalencia de la verdad de la familia sobre todos los acosos históricos contra ella. El fracaso más significativo es el que hemos tenido ocasión de presenciar en los últimos decenios, hecho de «una curiosa síntesis de marxismo historicista, psicologismo y libertarismo, y que ha encontrado su manifestación más emblemática en el libro de David Cooper, *The Death of Family* [1972]» (p. 268). Los vaticinios sobre la muerte de la familia auguraban siempre un periodo intermedio de las llamadas familias nucleares, paso previo para la completa decons-

trucción familiar. Lo cierto es que aunque todos hablemos de familia nuclear, no hay indicio alguno de la existencia de esa familia nuclear. Los vínculos familiares *largos* continúan en vigor (tal vez más que hace unas décadas).

La segunda tesis conclusiva es que la familia es un principio jurídico. El derecho confiere a la familia una cualificación institucional. Ahora bien, la familia es una realidad que se impone al derecho y que el derecho no puede ignorar, como no puede ignorar al hombre. Humanidad y familiaridad están en la misma sintonía del ser. El reconocimiento estructural de la familiaridad por parte del derecho no es simplemente el reconocimiento de un valor ni de un sistema de valores, sino algo previo al valor, porque pertenece al ser mismo del hombre. Lo humano (y por tanto lo familiar) no es simplemente un ideal de futuro, una conquista ética, un deber ser. Es un ser, es decir una energía de dignidad originaria que debe ser institucionalmente protegida.

22. Filemón y Baucis

Pues bien, esa dignidad de la familia, que es la dignidad del hombre, sufre violencia. Esta es la tercera y última de las tesis conclusivas. Para ejemplificar este padecimiento emplea el autor el mito de Filemón y Baucis, tal y como lo presenta Goethe, en un pasaje que recuerda vagamente el relato original de Ovidio. La interpretación de D'Agostino es brillante y muy didáctica.

Filemón y Baucis son dos ancianos, ejemplo de bondad, que viven en la choza que siempre ha sido suya. Eso, y una pequeña ermita colindante que ellos cuidan, son sus únicas posesiones. Pero desde hace unos años el viejo Fausto se ha hecho señor de aquellas tierras (menos de la pequeña parcela de Filemón y Baucis) y está empeñado en acometer costosas obras filantrópicas. Está haciendo cultivables grandes espacios de tierra, después de desecarlos. La casa y la ermita del viejo matrimonio son un estorbo. Pero ellos rehúsan irse, no abandonarán su casa.

Goethe hace comparecer en el relato, con un guiño, el caso de la viña de Nabot. Mefistófeles conocía muy bien la Sagrada Escritura (como todos los demonios), y recuerda que el caso de Filemón y Baucis es el mismo que el de Ajab y Nabot. Ajab acabó con Nabot, a través de la malvada Jezabel, y la viña fue suya. Si había ocurrido una vez podía volver a suceder.

Fausto (y por supuesto Mefistófeles) no puede soportar que un obstáculo tan pequeño y tan *irracional* pueda frenar unos planes tan cargados de razón, una obra maestra de la razón diseñadora. Por eso el estorbo resulta insoporrible. El suave tañido de la campana de la ermita saca de quicio a Fausto. El final de la historia es predecible. Filemón y Baucis mueren abrasados en su cabaña.

Las analogías del mito con la realidad de la familia contemporánea son amplias y atractivas. No sólo por el desenlace de la historia (muy poco optimista), sino por un sentido más alto que sobrepasa el trance maligno y alumbra la verdad.

El Estado, la cultura dominante, la imagen pública: los grandes poderes parecen recelar de la familia, entendida en su sentido fuerte (en singular). A muchos les parece un estorbo. Su voz, cuando suena, les resulta insoportable, como el eco de un pasado que no debería volver. Pero suena, y eso suscita violencia, o sea el continuo deseo de apagar esa voz. Un futuro de hombres y mujeres liberados y racionales no debe tener intermediarios de este tipo. Incendiar la choza familiar no se entiende como un mal, sino como parte de la liberación. Hasta aquí las analogías con la tragedia de Filemón y Baucis.

Pero queda algo más que el desenlace fatal. «La familia opone una muda, tenaz resistencia: una resistencia a veces impertinente, pero dispuesta a pagar un altísimo precio, en términos de sufrimiento y dolor, y por eso portadora de una intrínseca capacidad de salvación» (p. 275). La familia sufre violencia, pero la violencia no es nunca el final de la verdad y del bien. El dolor enseña a vivir y a entender. El dolor enseña también a hacerse fuerte en la propia identidad. Y por qué no, a defenderse.