

GARCÍA CANTERO, G., «¿Qué familia para el siglo XXI?», en el número 9 de la *Revista de Derecho Comparado, Derecho de Familia*, I. Dir. por JULIO CÉSAR RIVERA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, págs. 7-76.

El Derecho de familia, en palabras de GARCÍA CANTERO, es una materia que, por diversas razones, sigue estando en el candelero de las discusiones jurídicas en España, en Europa y en el mundo, a pesar y después de las grandes reformas familiares recaídas en los países europeos más importantes después de la Segunda Guerra Mundial, y luego, prácticamente generalizado a los demás.

Esta afirmación no es un tópico sino la comprobación personal del autor al preparar la ponencia general sobre el tema: «¿Qué familia para el siglo XXI?», y recoge el sentir de juristas, políticos y sociólogos de un gran número de países. ¿A dónde va la familia?, ¿qué tipo de relaciones pueden y deben establecerse entre padres e hijos?, ¿hasta dónde llegan los deberes de los padres, de la sociedad y del Estado, con relación a los hijos y para el mejor funcionamiento de la familia?

La presente recensión tiene por objeto la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de Comparado celebrado en Brisbane, Australia, en el año 2002 por el profesor GARCÍA CANTERO, que actuó como ponente general (1). Esta edición constituye la versión española del *Rapport générale* presentado por su autor, con el título *Quelle famille pour le XXI siècle?*

El autor, después de leer las ponencias nacionales recibidas en base a cuestionarios con distintas preguntas que habían sido enviadas previamente, observa que el tema propuesto interesaba, casi vitalmente, con mayor intensidad y amplitud que cualquier otro tema.

Parte el autor de la consideración de que el futuro del Derecho de familia en los respectivos países dependerá de la adopción en cada uno de ellos de un sistema u otro de los modelos de matrimonio y familia expuestos en el Congreso. Casi todas las ponencias recibidas eran provenientes de países pertenecientes al sistema del *Civil Law*. La representación de los países del *Common*

(1) Y han servido de base a trabajos sucesivos como: *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?*, conferencia pronunciada por el autor el 10 de enero de 2003 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza con motivo de la Festividad de su patrono San Raimundo de Peñafort, y la ponencia titulada: «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros encuentros del Foro Aragonés*, pág. 239 (cuarta sesión de los Decimoterceros encuentros del «Foro de Derecho Aragonés», celebrados entre el 4 y el 25 de noviembre de 2003 en Zaragoza y Teruel. Actas publicadas por la editorial El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, págs. 239-250).

Law fue reducida aunque significativa: Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, y nula la participación de los países islámicos.

La misión del ponente general consiste en describir las grandes líneas de las ponencias nacionales y los puntos de convergencia y divergencia que pueden darse entre las distintas legislaciones, ya que no cabe realizar un inventario puntual y exacto de la totalidad. Sumo conocedor de estas cuestiones a través de sus investigaciones, a la par que conocedor de la realidad, emplea los datos sociológicos recogidos, entre otras, por *The International Survey of Family law*, que anualmente edita la *International Society of Family Law*, bajo la supervisión del Profesor BAINHAM, asociación que trata de hacer frente al fenómeno de la *globalización* en el ámbito del Derecho de familia, y que pretende ofrecer una crónica general sobre el estado del Derecho de familia en la mayor parte de los países del mundo (2).

El trabajo del ponente general está estructurado en varios apartados siguiendo el cuestionario. Fueron quince las ponencias presentadas, lo que representó una disminución en relación con otros Congresos de Derecho Comparado como, por ejemplo, el IX, celebrado en Teherán en 1974, que contó con 20 *rapports* sobre el tema: *Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio*. Sin embargo, en el de Australia, como ya se ha dicho, han estado representados todos los continentes, lo que no pasó en el de Teherán.

Los temas debatidos en esta Ponencia general se encuentran entre los que ofrecieron mayor dificultad en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Brisbane, ya sea por la amplitud de la materia examinada o por los puntos de vista adoptados que defienden los ponentes nacionales diferentes cuando no contradictorios o incompatibles entre sí.

Siguiendo el orden alfabético de los países, los autores y títulos de las ponencias presentadas fueron:

Alemania, Profesor Doctor MICHEL COESTER, *Nacional Report: Germany*; Australia, Doctor KLAUS Z. ZIEGERT, *Australian Families and their Law*; Austria, Doctora BEA VERSCHRAEGEN; Escocia, Doctora LILIAN EDWUARS; España, Doctor CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDÁZ, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Una aproximación de Derecho español*; Estados Unidos, Doctor HARRY D. KRAUSE, *Marriage mutates into modern modes: mising on formal, semi-formal and informal relationship of heterosexual and same-sex partners*, y Doctor DAVID MEYER, *The bonds and bounds of childrearing*; Grecia, Doctora PENÉLOPE AGALLOPOULOU, *Les différents types de familles contemporaines selon le Droit Hellenique*; Holanda, Doctor MASHA ANTOKOLSKAIA, *The recent developpement in Ducht filiation, adoptions and joint custody law* y del mismo y Doctora KATHARINA BOELE-WOELKI, *Ducht family law in the 21^e century: trend-setting and stragglng behind at the same time*; Italia, Doctora GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Autonomia privata e rapporti familiari tra situazioni giuridiche e situazione di fatto*; Japón, Doctor SATOSHI MINAMIKATA; Nueva Zelanda, Doctora VIRGINIA GRAINER; Quebec, Doctor BENOIT MOORE, *Rapport québécois*; Sudáfrica, Doctor CHUMA HIMONGA y Doctor ANGELO PANTAZIS; Suiza, Doctores ANDREY LEUBA, PHILIPPE MEYER y SUZETTE SAMDOZ; Venezuela, Doctora HAYDÉE BARRIOS, *¿Cuál familia para el siglo XXI?* Como se ve, algunas de ellas sin un título específico.

(2) En este sentido pueden consultarse los últimos volúmenes de la obra reseñada o las recensiones a los recientes números realizadas por el autor en la *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, págs. 580-598 y núm. 36, págs. 596-606.

Lamentablemente están ausentes los países escandinavos, pioneros en legalizar las uniones de hecho homo y heterosexuales, y Francia, que por Ley de 1999 aprobó el PACS, una relación de hecho que se añade al institucional matrimonio civil republicano y laico del *Code*, y al *concubinage* regulado por la jurisprudencia, y a partir de esta ley incluido en el Código Civil. No estuvieron tampoco los antiguos países el Este, actualmente en fase de elaboración de nuevas leyes sobre el Derecho de Familia, ni aquéllos cuya legislación está inspirada en el Corán.

El material posee un gran valor desde el punto de vista comparativo. Se parte de la constatación de que en casi todos los países se observa la necesidad de una regulación legal sobre cada una de las cuestiones, o en su caso una revisión legislativa que responda a las exigencias de la nueva realidad social.

Los temas que más han interesado son los relacionados con el modelo matrimonial existente en la actualidad y la necesidad de su revisión, la biología reproductiva, teniendo en cuenta las nuevas técnicas de reproducción asistida y su repercusión en el derecho de filiación, el nuevo régimen de la adopción y, por último, el papel que desempeña el grupo de personas llamado «tercera edad» en el Derecho de familia y sus específicos problemas jurídicos.

Dentro del amplio tema planteado: *¿Qué familia para el siglo XXI?* cabe tener en cuenta cuál sea la actitud respecto a la cohabitación fuera del matrimonio, fenómeno que no pertenece exclusivamente a nuestra época y al que se le ha intentado dar respuestas jurídicas. Tanto el legislador como los Tribunales han variado sus consideraciones sobre este fenómeno a lo largo de la Historia, y así desde la represión penal que sufrían estas personas se ha pasado a otra actitud totalmente contraria en los tiempos presentes, pues hay países en los que la tasa de uniones libres crece constantemente, dando origen a demandas que exigen para estas uniones un tratamiento legal equivalente al de los casados, o al menos cierto reconocimiento oficial de las mismas con efectos jurídicos. Muchos son los autores en nuestra doctrina que se han referido a esta situación y a las cuestiones dimanantes de ella. El caso es que el fenómeno se ha intensificado a finales del siglo xx y no se han hecho esperar las respuestas de los diferentes ordenamientos, tal y como refieren las distintas ponencias aquí recogidas. Si en un pasado no muy lejano el punto de partida común lo era la consideración del matrimonio como institución preferente ante la ley, casi sin excepciones, hoy no se puede afirmar rotundamente lo mismo, ya que se observa la proliferación de leyes relativas a las uniones de hecho que cuestionan dicha preponderancia al pretender equipararlas a aquél. A falta de un régimen legal, la doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan por encontrar fundamento jurídico a esas uniones intentando conjugar los principios constitucionales y la esencia misma de esa unión. El problema que se plantea automáticamente (puesto que el matrimonio es el modelo que se ha adoptado para regular la unión de hecho), es decidir qué requisitos van a exigirse a las uniones de hecho para producir efectos, cuáles serán las reglas a las que deberán someterse los cohabitantes, y trazar límites de la autonomía de la voluntad de éstos a la hora de establecer su régimen, ¿habrá diferencias entre matrimonio y unión de hecho en cuanto a sus efectos?, y si la respuesta es afirmativa, ¿cuál ostentará la preferencia legal?, ¿se conservarán los distintos términos o surgirá uno nuevo tendente a acaparar ambas acepciones? Las ponencias aquí referidas no siempre aportan soluciones a estas cuestiones.

A pesar de que en los Códigos Civiles no se define el matrimonio (salvo el AllBGB o Código Civil austríaco & 44) los diferentes ordenamientos parten de una misma concepción (la canónica con aditamentos procedentes de los principios de la Revolución Francesa) entre cuyos rasgos esenciales está el ser una unión para toda la vida formada por la libre decisión de los cónyuges, basada en la monogamia, en la distinción de sexos y en la solemnidad del acto que requiere la inscripción en el Registro Civil. A estos requisitos añaden todas las ponencias reseñadas en el principio constitucional de absoluta igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges. A decir del ponente general, caso singular lo constituye el Derecho venezolano, ya que la Constitución de 1999 reconoce iguales efectos al matrimonio y a las uniones de hecho entre hombre y mujer, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la ley, y si bien no se halla ninguna definición de los mismos puede decirse que el artículo 44 del Código Civil venezolano observa entre las notas esenciales del matrimonio la monogamia y la heterosexualidad, no variando por tanto la concepción del mismo referida, si bien se señala en cuanto a las relaciones entre el matrimonio y las uniones de hecho, que podrían desembocar en la absorción de uno por el otro, aunque, en palabras del ponente venezolano, matrimonio y unión libre responden a distinta realidad social, económica y religiosa, por lo que ambas modalidades de unión sexual legalizada pueden subsistir, si bien el matrimonio sería preferido por quienes disfrutaran de cierta posición económica.

Respecto al movimiento que pretende el reconocimiento de las uniones de hecho, cabe decir que se ha generalizado, si bien con distinta intensidad en cada país, por lo que los resultados a los que se llega son diferentes. Los problemas jurídicos planteados por las uniones de hecho son tratados de diferente manera si estamos ante países pertenecientes a la *Common Law* o al *Civil Law*. En los primeros, el juez, a pesar de la ausencia de norma legal, encontrará la regla aplicable. En cambio en los del *Civil Law* deberá atenerse a la jerarquía de las normas que establezca su ordenamiento jurídico.

El primer paso hacia ese reconocimiento ya se produjo con la aceptación del principio de no discriminación de los hijos por razón de su origen, que constituyó verdaderamente una revolución en el Derecho de Familia y coincidió con el final de la Segunda Guerra Mundial. Al aceptarse ese principio no puede ocultarse que la preferencia general concedida por la ley al matrimonio como institución-base de la sociedad resultaba de algún modo amenazada (3). Ha aumentado el número de nacimientos extramatrimoniales seguramente procedentes de uniones de hecho. Las distintas ponencias nacionales ofrecen abundantes datos sociológicos a este respecto, que resultan esclarecedores. Por su parte, la postura que mantienen al respecto la legislación y la jurisprudencia en los distintos ordenamientos es similar en lo esencial: respeto a las uniones libres de hecho (4) pero diferencia con el matrimonio, que goza de

(3) En este sentido, véase GARCÍA CANTERO, *Situation juridique des enfants nés hors mariage*, Ponencia General al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Teherán, 1974, en VV.AA., *Rapports generaux*, Bruxelles, 1977, págs. 327 y sigs.

(4) En el Derecho griego ni está autorizada ni prohibida, aunque a veces se considera que infringe las buenas costumbres. Es penalizada en materia de divorcio en orden a la concesión de pensión alimenticia, pues ésta cesa si el beneficiario vuelve a contraer matrimonio o si vive de modo permanente con otra persona en unión libre (como ocurre en España).

protección preferente. Los países escandinavos han sido los pioneros en la promulgación de leyes que han ido reconociendo, bajo diferentes denominaciones, a las uniones fuera del matrimonio. Después de ellos, Holanda. A continuación Francia con el PACS (*pacto civil de solidaridad*, especie de unión de hecho sometida a ciertos requisitos de celebración) abierto a toda clase de parejas, y quedando en vigor el *concubinage* y la unión de hecho sin formalidades.

Mención aparte merecen las uniones de hecho de carácter homosexual. La cohabitación duradera entre dos personas del mismo sexo se hallaba en discusión en el momento de la redacción de esta ponencia general que intentaba resumir el estado de la cuestión. En Suiza se ha sometido a consulta un anteproyecto de ley sobre el partenariado (*partenariat*, o *partenariat* denominado homosexual) registrado, lo que equivale a decir que se reservaría exclusivamente a las parejas del mismo sexo. Esta nueva figura ha imitado textualmente los preceptos del Derecho matrimonial. En Holanda, desde la Ley de 1997, dos personas, cualquiera que sea su sexo, pueden registrar su unión y obtener por esta vía efectos similares a los del matrimonio. Por otra parte en este país se ha modificado la legislación permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Ley alemana de 2001 reguló la *Lebenspartnerschaftsgesetz*; no se permite el matrimonio entre homosexuales, pero la regulación de ese partenariado inscrito sigue las líneas de la institución matrimonial, salvo en lo relativo a la posibilidad de adoptar. En realidad estamos ante una equivalencia alternativa al matrimonio entre homosexuales (5). Por lo demás, las restantes parejas que no se proponen el reconocimiento legal de su unión tienen libertad para cohabitar sin someterse a ningún régimen en virtud del reconocimiento constitucional de la libertad de opción reconocido por el artículo 2.1 de la Constitución de Bonn. Se han suprimido todos los artículos del Código Penal que castigaban estas relaciones. La regla general es que no cabe aplicar por analogía las reglas del matrimonio o de la Ley de 2001 a estas meras situaciones de hecho. En Nueva Zelanda, aunque la familia nuclear tradicional sigue siendo la forma predominante de la familia, sin embargo en la sociedad se percibe un cambio en los últimos diez años: hay menor desaprobación del divorcio, de la vida en común sin matrimonio y de las relaciones homosexuales. Este cambio de actitud se ha visto reflejado en la legislación vigente, ya que recientemente se han producido tres enmiendas a la Ley sobre el matrimonio de 1976 en el sentido de extender a las parejas no casadas el régimen económico del matrimonio automáticamente, bastando con que vivan juntas en una relación de hecho. Esta ley de 2001, incluso establece que existe una relación entre dos personas del mismo o diferente sexo, sin estar casadas recíprocamente cuando viven juntas como pareja; los Tribunales tan sólo exigen ciertos requisitos para constatar el hecho. Teniendo en cuenta lo último, cabe deducir que por una parte la legislación neozelandesa no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero por otra regula dicha relación de la misma manera que el matrimonio o la unión de hecho heterosexual. Esta aparente incongruencia es salvada, según el parecer de la ponente nacional, si se considera que el propósito de la *Matrimonial Property Act* de 2001 pueda ser el de hacer recaer sobre patrimonios particulares el mantenimiento de ciertas personas que de otro modo vivirían

(5) En palabras de COESTER, ponencia cit., pág. 9.

a expensas de la comunidad. Respecto a Estados Unidos, cabe decir que tanto las uniones de hecho como los matrimonios entre personas del mismo sexo son reconocidas por algunos de sus Estados (6). La ley federal, no.

Es llamativo el caso español, pues desde 1998 han proliferado normas autonómicas sobre uniones de hecho, y ello a pesar de la viva discusión mantenida por la doctrina a favor o en contra de su constitucionalidad, ya que en base al artículo 149.8 de la CE, en España sólo puede haber un régimen estatal sobre el matrimonio en lo relativo a las relaciones personales (7). Aun así, siendo las Comunidades Autónomas incompetentes para regular uniones de hecho con criterios de unificación con el matrimonio (las Comunidades Autónomas sólo son competentes para regular aspectos patrimoniales del matrimonio y atribución de beneficios de carácter social) las han regulado profusamente (8). Cabe resaltar la Ley catalana de 1998, que regula en capítulos separados la unión estable heterosexual y la unión homosexual, pero el contenido de ambas regulaciones es muy parecido. Dicha Ley ha quedado fuera del Código de Familia (9), lo que presumiría la intención de considerar las uniones de hecho como instituciones diferentes del matrimonio, sin embargo a pesar de ello las parejas de hecho se ven sometidas a un régimen legal que ellas no establecieron, quieran o no quieran (10). Por otra parte, la Ley navarra de 3 de julio de 2000, ha equiparado a todos los efectos la unión homosexual con la heterosexual y con el matrimonio, encontrándose en la actualidad recurrida ante el TC. Respecto a nuestro país, hay que señalar que en el momento actual se encuentra aprobado un proyecto de ley de reforma de los artículos del Código Civil relativos al matrimonio, dándose entrada a la posibilidad de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, siendo equiparado a todos los efectos al tradicional (posibilidad de adoptar), y ello haciendo el legislador caso omiso del sentir general (por no decir casi unánime) de la sociedad (11). Por otra parte, plantea el profesor GARCÍA CANTERO que si una legislación aceptara el matrimonio homosexual, entonces desaparecería

(6) Véase directamente LYNN D. WARDLE, «Desarrollo del Derecho de familia en los Estados Unidos de América a lo largo de 2001, sobre relaciones no convencionales», en *The International Survey of Family law*, 2003 Edition, págs. 427-451, o *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 36, pág. 604.

(7) Además de las leyes respectivas de las Comunidades Autónomas con invasión de las facultades constitucionales del Estado en materia de matrimonio previstas en el artículo 149.1.8 CE, véase la doctrina general sobre estos temas. GARCÍA CANTERO, «Spain: *De facto*, unions revisited», en *The International Survey of Family Law*, 2003 Edition, págs. 403-410.

(8) Sobre este tema y otros relacionados, véase M.^a EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, y la bibliografía allí citada.

(9) Sobre el Código de Familia catalán puede verse GARCÍA CANTERO, «The catalan Family Code of 1998 and other autonomus region laws on *de facto* unions», en *The International Survey of Family Law*, 2001 Edition, pág. 399 y sigs.

(10) En este sentido la ponencia presentada por el Profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Y más extensamente del mismo autor: «Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no casadas», en *Aequalitas*, núm. 2, octubre de 1999, aunque referido a la Ley aragonesa sus apreciaciones son de aplicación general. También por su especialidad remito a AURORA LÓPEZ AZCONA, «La ruptura de las parejas de hecho (Análisis comparado legislativo y jurisprudencial)», en *Cuadernos Aranzadi Civil*, núm. 12, Cizur Mayor, 2002.

(11) Con el demagógico principio de respeto a las minorías se está pasando por encima del deber de respeto a la mayoría, no sólo parlamentaria.

una de las razones jurídicas principales de la necesidad de inscribir el sexo de las personas en el Registro Civil, e incluso serían innecesarios los cambios de sexo (o de apariencia sexual), cuya motivación exclusiva suele cifrarse en posibilitar el acceso al matrimonio con persona del «otro» sexo. No hay todavía datos para responder a la pregunta de si disminuirían los casos de transexualismo cuando se permita el matrimonio de homosexuales. Teóricamente habría que dar una respuesta afirmativa si se piensa en la transformación de la que hablamos y la problemática quirúrgica y psicológica que entraña para el que se somete a intervenciones de ese tipo (12). Desde hace algunos años el régimen tradicional de atribución del sexo a una persona en base a sus caracteres sexuales partiendo del examen que se realizaba al recién nacido (esta circunstancia, así como el nombre y el de los padres, se hacía constar en el acta de nacimiento y le acompañaba durante toda su vida) ha variado, ya que se ha producido el fenómeno aludido del transexualismo, por lo que cabe hablar de posibilidad de cambio jurídico de sexo. Quizá a partir de ahora pueda darse una respuesta a la cuestión planteada teniendo en cuenta los inminentes cambios legislativos. El tiempo suele dar una respuesta a casi todo.

La reflexión realizada por el ponente general ante el panorama tan rico y variado que presentan las ponencias nacionales, le lleva a plantearse si debe cambiarse el sistema que desde siempre ha regido en nuestras sociedades, a saber, un hombre y una mujer que se unen para crear una familia y educar a los hijos (lo que ha recibido el nombre de matrimonio), o cabe dejarse llevar por la corriente (y las presiones incluso internacionales) y prescindir de esa institución en las legislaciones, creando en sustitución suya o a su lado, otro tipo de unión que incluya expresamente las relaciones homosexuales, o englobar en un mismo nombre todas las posibles relaciones que pueden darse en la realidad y que puede ser el de matrimonio. La solución unificadora no parece admisible a la luz de los derechos nacionales donde se observa la distinción sustancial de las figuras e incluso incompatibilidad. No parece que fuera bueno para la sociedad enmascarar bajo el nombre de matrimonio, situaciones bien diferentes. El ponente norteamericano pone el dedo en la llaga al enumerar toda una serie de cuestiones para las que todavía no se ha encontrado respuesta. Ante una serie de divorcios y uniones de hecho sucesivas, ¿no estaríamos ante una especie de poligamia encubierta? o ¿es posible simultanear matrimonio y cohabitación o unión de hecho? porque donde todo cabe también podría darse este supuesto, ¿estaríamos ante un supuesto de bigamia? Por otra parte, la admisión sin restricciones de la cohabitación puede llevarnos a la aceptación del incesto y de otras situaciones que normalmente repelen la razón del hombre normal. Y en todo caso, ¿no resultaría paradójico mantener todo el régimen de impedimentos matrimoniales? La cuestión radica en si en el momento actual otorgar un *status* legal se convierte en algo verdaderamente progresista u oponerse significa ser reaccionario. Mantener una u otra postura no soluciona los problemas planteados, y a decir de KRAUSE, el movimiento a favor de adaptar las leyes modernas al nuevo estilo

(12) Sobre el tema, ELÓSEGUI ITXASO M., «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos y estadounidense», en *Actualidad Civil*, 1994-1, págs. 173-199. Desde el punto de vista médico, *El fenómeno transexual*, ARREDONDO DÍAZ, J. M. y DE PEDRO CUESTA, P., en *Actualidad Civil*, 1989, págs. 633-641.

de vida de esta época legalizando la cohabitación, no hace sino resucitar el antiguo concubinato y desplazar el papel de la esposa legítima en favor de la «querida».

La procreación médicamente asistida (PMA) es otro de los temas planteados en el cuestionario. Después de la gran revolución jurídica producida en el Derecho de filiación a mediados del siglo xx, como consecuencia de los grandes avances de la medicina que han permitido establecer el vínculo de filiación biológica entre padres e hijos, casi sin lugar a dudas, y de la misma manera que se introdujo paralelamente el principio de igualdad de todas las filiaciones (13), el acontecimiento que supuso el primer nacimiento de un ser humano a consecuencia de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida (14), dio lugar a que en diversos países, tanto legisladores como jueces, se hayan preguntado diversas cuestiones jurídicas que se plantean a partir de su aplicación. Entre los países aquí representados, han sido Sudáfrica (*Children's Status Act* de 1987) y España (Ley de 1988) (15), los pioneros en promulgar una ley especial sobre la materia. Han seguido Reino Unido (*Human Fertilisations and Embriology Act* de 1990), Austria y Suiza (leyes de 1998). Otros países han optado por soluciones indirectas como reformar el Derecho de Filiación (Québec) (16), el apoyo en la Constitución (Grecia y Venezuela) o la vía jurisprudencial. En Japón no existe una ley especial sobre ella, a pesar de ser una técnica aplicada ya desde hace cincuenta años, y haber nacido más de 10.000 niños (sólo existe un Informe del año 2000 de la Comisión establecida por el Ministerio de la Salud y del Bienestar). Consideran restrictivamente la PMA, Alemania y Canadá, pues a pesar de los efectos benéficos para las parejas estériles, no pueden ocultarse algunos peligros muy importantes como son la eugenesia, el comercio de los gametos, de los embriones y aun de los seres humanos (mediante el alquiler del útero), cuestiones todas ellas de permanente actualidad (17), y que en muchos casos superan la ficción. En todo caso se constata que el acto procreador ha dejado de ser una práctica en la intimidad y entre dos, para pasar a ser un experimento de laboratorio en el que intervienen bastantes personas y que si tiene éxito produce un ser humano, pero en donde se ha roto, despedazado, dice la ponencia canadiense, la filiación. Las cuestiones que se plantean son todas de

(13) Temas que ya se estudiaron en el Congreso de Derecho Comparado de Upsala de 1966 y de Teherán de 1974.

(14) Se trataba de la niña Louise Brown en Londres, 1978.

(15) La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido modificada en algunos aspectos por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. La ley española que fue precedida por los trabajos de una Comisión de juristas, médicos y moralistas, ha regulado diversos aspectos de la aplicación de estas nuevas técnicas de procreación humana recibiendo muchas críticas por parte de los juristas. Véase a propósito, PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, y de la misma autora, «Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida», en *Aequalitas*, núm. 14, enero-junio de 2004, págs. 23-31.

(16) El legislador de Québec ha modificado el artículo 586 del antiguo Código Civil, y en 1994, con la adopción de un nuevo Código, se ha añadido una nueva sección titulada *De la procréation médicalement assistée*.

(17) Basta hojear cualquier diario para constatar esta realidad. En algunos casos, la literatura y el cine han sido completamente superados.

gran interés, pero no hay respuesta satisfactoria en todos los casos. En la medida de lo posible se intenta reconducir este tipo de nacimientos a los supuestos de filiación natural, negándose la triparentalidad y buscándose la biparentalidad.

La ponencia general resalta cómo en todos los casos, la PMA se ve sometida a estrictos requisitos, pero la casuística es tan amplia que siempre hay algún supuesto no previsto, por lo que en algunos casos los Tribunales todavía no se han pronunciado. La problemática gira en torno al establecimiento de la paternidad que muchas veces es discutida cuando no fuente de conflictos. Los problemas se habrían en parte solucionado, o al menos reducido, si se hubiera optado por el modelo japonés que sólo admite acceder a estas prácticas a personas casadas, si el marido ha dado su consentimiento, siendo así, el hijo nacido es considerado como legítimo; o el modelo austriaco o suizo, que opta por preferir la inseminación homóloga y prohíbe la donación de óvulos y la transferencia de gametos. Además sólo las parejas heterosexuales, casadas o cohabitantes son admitidas a la procreación asistida, una vez que los métodos naturales han fracasado. Está prohibida la inseminación *post-mortem* y la maternidad por subrogación. Una mujer sola no puede optar por estas técnicas.

Cabe señalar que en esta materia no hay soluciones unánimes. El ponente general constata la necesidad de regulación legal como principio general, a la vez que se opta por una prudente espera a la evolución de la Biología para comprobar sus progresos, así como su abaratamiento. Por otra parte, la ley española figura, en mi opinión, entre las más amplias, existiendo un amplio debate sobre ella en la doctrina (18).

No hay duda de que las leyes sobre PMA y las nuevas leyes sobre matrimonio y parejas de hecho, inciden de lleno en el tema de la Filiación. En cuanto al vínculo de maternidad, en Holanda, no parece haber discusión, subsiste el antiguo aforismo romano *mater semper certa est*, y ello con independencia de cuál sea la forma de su procreación (natural o PMA). Plantea más duda el vínculo de paternidad, pues aunque se mantienen las presunciones clásicas, no son aplicables a las parejas de hecho ni a las homosexuales, y en el caso de PMA estas presunciones no son impugnables. En el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio, el vínculo de paternidad puede establecerse mediante el reconocimiento voluntario e incluso forzoso (lo cual antes era impensable), estando sometido el reconocimiento voluntario a unos requisitos estrictos, y a veces muy debatidos ante los Tribunales. En Alemania los vínculos de paternidad y maternidad se basan en el vínculo biológico, de modo que el hijo *tiene derecho a su padre y no un derecho a cualquier padre*. En cuanto a la maternidad, en la PMA, por primera vez, se ha introducido el principio de que la madre es la mujer que ha dado a luz al hijo. En los Estados Unidos se señala una evolución de la jurisprudencia hacia lo que puede calificarse como *filiación de elección*. En este sentido las leyes de algunos estados prefieren otorgar el derecho de guarda y de visita a personas que no tienen vínculos jurídicos con el menor, con preferencia a los padres biológicos. Los *Principles of Law of Family Dissolution* (2000) del *American Law*

(18) En la actualidad prosiguen las discusiones doctrinales sobre la Ley, GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, vol. 2.º, 10.ª edic., Madrid, 1995, págs. 215-239. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en su ponencia citada.

Institute han elaborado una nueva categoría de *facto parent*, o bien de *parent by stoppel*. La cuestión sobre si la PMA altera el concepto de procreación, no aparece profundizada en las ponencias recibidas. Para el ponente español el principio de la verdad biológica que se consideró en Europa hace algunos años como un gran logro del progreso jurídico aparece contradicho en diversas leyes sobre la PMA. Se acepta al menos que el hijo así procreado, llegada su mayoría de edad o en el momento de contraer matrimonio, pueda conocer la identidad del donante (padre biológico o genético), pero a pesar de ello no se le reconoce la posibilidad de reclamar su filiación. La mayoría de las ponencias defienden la igualdad de filiaciones, si bien la austríaca reconoce que el estatuto legal del hijo nacido mediante PMA es diferente del que lo ha sido naturalmente. La alemana advierte que si bien los efectos son legalmente iguales, en la práctica el hijo puede encontrar dificultades, por lo que cabría el derecho de la persona a conocer sus orígenes genéticos como manifestación general del derecho a la personalidad. En caso de inseminación heteróloga, si se ha destruido o no se aplica la paternidad del marido de la madre, el menor podrá ejercer su acción contra el donante, y si no es posible identificarlo, el hijo podrá reclamar daños y perjuicios al médico que ha incumplido con su deber de conservar la documentación requerida.

En Holanda, el derecho de la persona a conocer sus orígenes genéticos tiene dos aspectos: el derecho a conocer el padre que ha procreado naturalmente y el derecho a conocer la identidad del donante que ha intervenido en la PMA. En el primer caso, el TS alemán ha establecido que el derecho a la personalidad incluye el derecho a conocer la identidad de los progenitores, amparándose en el artículo 7.º de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, si bien se especifica que no tiene carácter absoluto y que sólo en determinadas situaciones podrá prevalecer sobre el derecho a la intimidad de la madre. En cuanto a la PMA, la ley regula el anonimato del donante. Sin embargo hay otra ley sobre el depósito de los protocolos sobre la donación de gametos que prevé la posibilidad de que el mayor de dieciséis años tenga acceso a tales datos. La tendencia generalizada en todas las ponencias presentadas es a favor de reconocer un derecho a conocer sus orígenes, si bien dentro de la medida de lo posible, y en todo caso no supone imperativamente el derecho de transformar el vínculo biológico en jurídico, sino que, en palabras del ponente general, permite al hijo encontrar su identidad para ayudarle a construir su equilibrio personal. Es más bien una búsqueda espiritual la que impulsa al hijo a querer saber sobre su padre biológico (19). Es difícil mantener un equilibrio entre derecho a la procreación (derecho al hijo) y derecho del hijo a un hogar, siendo los argumentos en ambos sentidos temas pertenecientes a la Filosofía del Derecho, por lo que, seguramente debido a ello, han sido muy poco tratados y sólo por algunas ponencias.

El cuestionario alude a la adopción por tratarse de una institución familiar emblemática. Sin embargo, la adopción no parece ser hoy un tema que apasione mucho a la opinión pública, ni es una de las preocupaciones de los partidos políticos. Lo que sí está claro es que el Estado es el encargado de regular adecuadamente esta institución familiar, creada totalmente por el Derecho, cuyo buen funcionamiento repercutirá en la vida de muchos menores. En la actualidad, en general, se observa una fuerte intervención pública

(19) Tal y como reflejaba un programa de televisión emitido por la BBC inglesa hace algunos años.

en la constitución de la adopción. Las reformas llevadas a cabo en casi todos los países han ido acomodándose a las Actas de las Conferencias de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Respecto a los aspectos civiles, la problemática puede sintetizarse, según el ponente general, entre adopción única o plural, ruptura o conservación de los vínculos con la familia de origen, eficacia de la adopción sólo respecto de los adoptantes o también en relación con la familia de éstos, equiparación o no a todos los efectos con la familia biológica, y revocabilidad o irrevocabilidad de la adopción. En general la adopción solicitada por una persona sola sigue pareciendo excepcional, así como la de parejas homosexuales, o por personas de edad avanzada, liberando así a la adopción de la regla romana *adoptio naturam imitatur* que inspiraba tradicionalmente esta institución en sus orígenes. En caso de divorcio de los padres se plantean algunos problemas cuando uno de los progenitores vuelve a casarse y su nuevo cónyuge quiere adoptar al hijo legítimo del otro; también cuando los adoptantes solicitan y obtienen el divorcio después de la adopción, en tal caso, el adoptado viene a sufrir un segundo abandono.

Tanto los países del *Droit Civil* como los del *Common Law* o aquellos sujetos a sistemas mixtos, el Derecho de Filiación, las relaciones entre padres e hijos, y el régimen de la adopción, reconocen la regla *the best interest of child* como principio general. Unas veces se ha recogido en la Constitución (como es el caso español), otras veces a través de la recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuya ratificación se ha generalizado. Se le acepta como una regla que sirve para resolver cualquier litigio a favor del menor, si bien se sostiene en la mayoría de las ponencias nacionales, que no debe entrar en conflicto con la autoridad paterna. El ponente general sin embargo, advierte que el interés preferente del menor no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, un *standard* de conducta cuya apreciación concreta corresponde al juez. Si se le pone en relación con la autoridad paterna, ¿la respuesta debería ser conceder la supremacía al derecho del menor? En la vida real hay supuestos en los que la solución de este conflicto no es nada fácil. Sería deseable que el principio *the best interest of child* continué desarrollándose en todos los países y sistemas, pero también sería deseable una revalorización del concepto de autoridad paterna dirigida siempre al servicio del hijo. Encontrar el equilibrio en esta materia no es cosa fácil.

Otro de los puntos del cuestionario introducido por el autor se refiere a las personas de la Tercera Edad; la finalidad es averiguar qué lugar les corresponde en la sociedad, ya que cada vez es mayor el número de personas que componen este grupo, y examinar si continúan desempeñando todavía un papel en el Derecho de Familia, pues como se sabe, de hecho los abuelos se están ocupando de sus nietos cuando ambos progenitores trabajan, sufriendo, por su parte, determinados problemas jurídicos (20). Hay incertidumbre en

(20) Véase, a propósito, el trabajo del ponente general, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Civitas, Madrid, 2004; con anterioridad, SALANOVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (1)», en *ADC*, t. XLIX, fasc. II, abril-junio de 1996, y de COLAS ESCANDÓN, A. M.², «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)», en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, Navarra, 2005, con abundante bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

cuanto a la terminología a utilizar: Tercera edad (¿cuarta?), personas *en retraite*, dicen los franceses, *elderly* los ingleses. En todo caso se trata de personas que han cesado en el trabajo por cuenta ajena, normalmente a causa de su edad, por imperativo legal, pero que se encuentran en perfectas condiciones físicas y mentales (21). Resalta el ponente general que las respuestas sobre este tema han sido muy desiguales, pues tan sólo siete ponencias se han referido al tema y además sin profundizar demasiado. Algunos países contienen en su Constitución una declaración de principios donde se prevé que el Estado garantizará a estas personas el pleno ejercicio de sus derechos, como es el caso de Venezuela o España, donde la ayuda parece referirse a la prestación de un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio, pero donde en realidad no se puede afirmar la materialización de estos servicios sociales a que se alude, y tan sólo se puede constatar la proliferación de los viajes combinados a precios muy bajos (22). En muy pocas Comunidades Autónomas se ha establecido una asistencia social necesaria en muchos casos, y verdaderamente efectiva, a modo de «la buena vecina» inglesa (23), mucho menos a nivel estatal. Los mecanismos jurídicos para ayudar a estas personas son instituciones como la tutela y la curatela, presentes en algunos países. Algunas ponencias como la austríaca, que no lleva título, considera que aunque ni el legislador ni la doctrina se hayan ocupado del tema hasta este momento, debería el legislador al menos asegurar que las personas que han contribuido a crear y mantener una familia sean respetadas por sus descendientes y por la sociedad, pues no estamos sólo ante un problema de Derecho Civil sino de Derecho social. Tan sólo en Japón se subraya: *the third age person has the right to lead dignified family life*, e igualmente en Sudáfrica, en donde las personas mayores son objeto de especial protección contra la violencia doméstica, tal y como revelan las ponencias de esos países (24). En el Derecho escocés se ha creado en octubre de 2000, *The Royal Commission on Long Term Care for the Elderly*, con competencia para todo el Reino Unido. La jurisprudencia de ese país no otorga automáticamente a los abuelos la guarda de sus nietos, si bien en caso

(21) En general, sobre este tema, puede consultarse, GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la senectud como estado civil de la persona», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pág. 288 y sigss. En concreto en la página 295, donde resulta llamativa la postura mantenida por el autor sobre el reconocimiento del estado civil del jubilado.

(22) No sé muy bien qué es lo que se consigue dando tantas facilidades para viajar y por qué desde las instancias públicas no se promueven iniciativas de otro tipo, como pueda ser ocuparse de un gran número de tareas, colaborar en proyectos de interés social del tipo de ONG que, aunque sin retribución, pueden llenar de satisfacción a quienes empleen así su tiempo ahora casi siempre libre, dado que muchas, casi todas, las personas que se integran en ese llamémosle «colectivo» están en las mejores condiciones (la experiencia) para transmitir saberes o destrezas a otras personas de cualquier edad (piénsese en la gran labor social y educativa que en muchos casos realizan cuidando de sus propios nietos; ¿no podrían hacer lo mismo prestando esa ayuda a personas necesitadas de esa atención y a las que el Estado no puede atender? Es sólo un ejemplo de los muchos que podrían ponerse).

(23) A ello ya me referí en otro sitio, «Las uniones de hecho o la aversión a determinadas normas jurídicas», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 10 al 16 de noviembre de 2003, pág. 1132.

(24) Las razones pueden verse en ZWEIGERT-KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, Oxford University Press, Méjico, 2002, pág. 317.

de divorcio de los padres, tienen alguna posibilidad de acceder a ella. Igualmente se está estudiando la influencia que ejerce la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre esta materia. Por su parte, en Alemania las cuestiones que se plantean sobre estas personas giran en torno a solucionar los problemas derivados de la imposibilidad de cuidarse por sí mismos; decidir a quién corresponde prestar los cuidados físicos necesarios, y quiénes están legitimados para tomar decisiones en su nombre debido a que los ascendientes ya no conviven con sus hijos (25). Las soluciones previstas para cuidarlos físicamente resultan interesantes: 1) ayuda ambulatoria prestada a personas que viven en su casa (26); 2) residencias para ancianos, y 3) retorno de la persona mayor a casa para ser ayudada por la familia. Esta última vía desde 1994 es la preferida (27), y por ello se ha creado una nueva organización para prestar cuidados a las personas mayores, abonando un sueldo al familiar que se ocupa directamente de ello, y dicha actividad se considera como un trabajo que da derecho a recibir pensión (28). En este sentido, cabe señalar que en 1990 se promulgó una reforma del BGB en la que se sustituye la antigua tutela de los incapaces por una modalidad de asistencia. La ponencia suiza es la más extensa y detallada sobre esta cuestión, y se apoya sobre los mecanismos jurídicos de protección tradicionales: la tutela tal y como fue regulada en el Código Civil suizo de 1907. A modo de conclusiones se dice que salvo el derecho de alimentos frente a descendientes y ascendientes, el ordenamiento jurídico suizo no reserva un régimen especial a la familia de la persona mayor. Sin embargo, la familia sigue siendo uno de los mayores proveedores de ayuda a esas personas; su intervención permite con frecuencia mitigar las necesidades de la persona mayor e incluso retrasar o hacer superflua una medida cautelar. El ponente general, sobre este tema, señala los evidentes puntos de contacto que presentan las diversas reformas sobre tutela de incapaces introducidas últimamente en diferentes países (la citada ley alemana de 1990 y la japonesa y escocesa de 2000) (29) donde cabe destacar la posibilidad de establecer para los supuestos en que la persona mayor sufra algunos impedimentos, sin llegar a tener una incapacidad total, la figura de un asistente designado por el Tribunal que le ayudará en determinados actos jurídicos, pero ello salvo que la persona mayor hubiera otorgado anticipadamente un poder a favor de persona de confianza, la cual continuará ejerciéndolo (bajo la salvaguarda del Tribunal cuando se planteen problemas relacionados con las facultades mentales de la persona mayor). Aunque no se dice nada en relación con España, cabe señalar que la inserción del mayor en un núcleo familiar, generalmente integrado por los familiares más

(25) Las razones son variadas y éste no parece el lugar apropiado para exponerlas.

(26) Siguiendo, creo, el modelo inglés. Véase D. LESSING, *Diario de una buena vecina*, Edhasa, Barcelona, 1983.

(27) No se sabe muy bien si por la sociedad, los poderes públicos o las personas mayores.

(28) Cabe plantearse si esta vía no abre un amplio panorama de ideas; podrían solucionarse otros problemas como la falta de guarderías infantiles, implicando a miembros de la familia percibiendo un sueldo por ello, o el abono de una pensión a las amas de casa que se dedican al cuidado de sus hijos, tal y como ocurre en Francia ya desde la época de De Gaulle.

(29) Sobre estos aspectos, GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, Valencia, 2003, págs. 85-119.

directos, se ha planteado tradicionalmente como la solución natural al aislamiento o discapacidad de aquél, y no ha necesitado una específica atención por parte del Derecho, en la medida en que quedaba incardinado en ese ámbito de intimidad que caracteriza las relaciones personales establecidas en el seno familiar; por ello, las vías enumeradas a propósito del Derecho alemán para hacer frente a la problemática de asistencia a las personas mayores: 1) no existe, la 2) a veces no es posible o es rechazada expresamente, y la 3) se da por supuesto pero sin recibir un sueldo (30). Sin embargo hay una posibilidad alternativa prevista en algunas Comunidades Autónomas, es el denominado acogimiento familiar de mayores (31), que excluye precisamente las convivencias con parientes más próximos —obligados legalmente al pago de alimentos— para referirla a núcleos familiares de parientes más lejanos o de terceros (32).

El profesor GARCÍA CANTERO finaliza la ponencia general con unas conclusiones a modo de resumen que por su interés reproduzco básicamente a continuación:

Respecto a Japón, a pesar de la apertura al mundo jurídico occidental que supuso la promulgación de su Código Civil en 1898 (33), no resulta fructífero emplear el método que ofrece el Derecho Comparado, pues las diferencias con el Derecho de Familia occidental son bien visibles (34), y por lo tanto no resulta adecuado traer a colación en este lugar un planteamiento del estado de la cuestión, debido a las grandes diferencias sociológicas y culturales que se perciben. Sorprende al observador occidental la tenacidad con la que los japoneses conservan sus antiguas prácticas, pese a los cambios de las circunstancias de la vida.

En África del Sur ocurre de manera parecida, pero por otras razones, tales como la dificultad de reducir a la unidad el complejo mosaico de relaciones familiares que componen este país, y por la constatación de encontrarse el Derecho de Familia en fase de reforma. Es posible que en el futuro sirva de elemento unificador la Declaración de Derechos del Hombre de 1948, ya que ha sido asumida por la Constitución de dicho país.

En Escocia se reconoce la crisis del modelo de matrimonio como paradigma social de unión estable, por lo que se percibe una concepción algo distinta de instituciones básicas como la familia, parentesco, paternidad, filiación, etc., aunque sin optar como nuevo modelo la mera cohabitación ni ampliar el concepto de matrimonio al constituido por una pareja de homosexuales. Se percibe un refuerzo de los deberes de los padres en re-

(30) Es curioso observar cómo en nuestro país se da por sentado que todas las obligaciones dimanantes de las relaciones familiares son siempre gratuitas, no ocurre lo mismo en otros países, como se ve.

(31) Sobre este tema remito a ARCOS VIERA, M.^a L., «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJCA de Navarra*, núm. 36, julio-diciembre de 2003, págs. 51-63. Por otra parte, se observa el nacimiento de diversas ONG que están poniendo en marcha mecanismos de ayuda mutua entre jóvenes necesitados de una vivienda (estudiantes) y personas mayores que necesitan compañía. En concreto, una ONG llamada *Solidaridad*, tal y como menciona un diario de fecha de 4 de junio de 2005 en nuestra Comunidad Autónoma.

(32) En concreto Cataluña (Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores) y Navarra (Ley Foral de Navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores).

lación con los hijos, así como mayor protección de los menores frente a los abusos.

En Suiza, en 1999, se ha reforzado la protección constitucional de la familia y aunque no se define la misma, para los autores de la ponencia la noción de la familia es algo flexible: miembros unidos por parentesco de sangre, así como a los cónyuges, pero puede incluir también a todas las personas que constituyen un hogar común o que están unidas por un vínculo duradero de afecto.

Venezuela reconoce el pluralismo de la familia como se desprende del artículo 75 de la Constitución: el Estado debe proteger a las familias en su cualidad de asociación natural y de ambiente esencial para el desarrollo integral de la persona. Este pluralismo parece incluir a la familia indígena y puesto que hay una treintena de pueblos indígenas instalados y arraigados en el país cabe entender que estamos ante un sistema plural. También se aceptan otras formas de familia: de origen, de sustitución y reconstruida. Todas ellas tienen el elemento común creador de la misma: la voluntad de constituirse como un núcleo, independientemente de cualquier acto formal. La vida en común, el reconocimiento de la sociedad y el vínculo biológico (pero éste no excluye otros supuestos, como en el caso de la adopción o en la familia de sustitución).

En España los principios constitucionales establecen un tipo único de matrimonio, el heterosexual. La ley garantiza la igualdad de derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, así como la posibilidad de investigar la paternidad. Sin embargo la familia protegida constitucionalmente es más amplia que la basada en el matrimonio, tal y como se observa en sentencias recientes, lo que permite al autor emitir el juicio del confusiónismo existente, e incluso la contradicción entre la Constitución y las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador en el Derecho de Familia. Seguramente no se harán esperar estudios doctrinales sobre la reciente reforma del Código Civil en materia matrimonial que da cabida al realizado entre personas del mismo sexo (35).

En cuanto a Italia, a pesar de que su Constitución de 1947 protege a la familia como sociedad natural basada en el matrimonio, la ponencia trata de demostrar que ello no impide que, partiendo de una concepción global de la familia, se llegue a una pluralidad de nociones sobre la misma. De ahí que las formaciones sociales en que se desarrolle armónica y equilibradamente la persona, sean cuales sean, si se inspiran en el personalismo, solidaridad y democracia, pueden considerarse familia de hecho y gozar de la misma protección que la legítima.

La ponencia austríaca se muestra muy crítica con los recientes cambios legislativos ocurridos en los países vecinos. El matrimonio sigue siendo la unión estable entre el hombre y la mujer, hay dificultades para reconocer efectos a los concubinatos heterosexuales y parece improbable que las relacio-

(33) Véase DOMINGO y HAYASHI, *Código Civil japonés (Estudio preliminar, traducción y notas)*, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 19-48.

(34) Sobre el Derecho japonés, véase ZWIGERT-KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, cit., págs. 313-319.

(35) Y cabría plantearse de qué sirve una Constitución o de qué es garante. Urge releer o leer si no se ha hecho todavía, *¿Qué es una Constitución?*, de FERDINAND LASSALLE, edic. Siglo XX, Buenos Aires, 1975.

nes homosexuales se reconozcan como tales. Sin embargo, la noción de familia viene determinada por la Ley y los Tribunales, de modo que la voluntad privada no interviene en ese terreno. Paradójicamente no son requisitos para constituir una familia de hecho el convivir o los vínculos biológicos que las unen, y por el contrario sí se están teniendo en cuenta los lazos sociales o los sentimientos personales a la hora de proceder a su inscripción una pareja de hecho.

En Grecia la reforma de 1982 ha introducido el matrimonio civil facultativo. En 1983 se ha visto aplicado el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges y entre los hijos, se ha sustituido el divorcio-sanción por el divorcio-ruptura de la convivencia y se ha modificado el principio de autoridad parental por el de cuidado de los hijos. Últimamente se han reformado los Tribunales familiares, se han creado servicios sociales para ayudar a los Jueces de familia en la toma de decisiones sobre adopción. También se ha modificado el sistema de tutela de menores, se ha regulado lo relativo a las familias de acogida y la vigilancia judicial de los asuntos de otra persona. Resulta llamativo que por un lado se constata la privatización de las relaciones entre los cónyuges y por otra, que los derechos del menor siempre tienen una protección estatal. Por otra parte no se admite el matrimonio homosexual, el ponente alude a consideraciones tradicionales griegas que constituyen factores de la conciencia social del país. Esta postura puede parecer sorprendente si se tiene en cuenta la postura adoptada por parte de casi todos los ordenamientos donde cabría señalar la flexibilidad a la hora de considerar la necesidad de cambiar las legislaciones en torno al matrimonio en atención a determinados grupos sociales, que deben de ser respetados, pero que en mi opinión no deberían tener un poder que permita cambiar sustancialmente las instituciones. El ponente general sugiere que hay que examinar si estamos ante un esfuerzo del legislador para reconocer la realidad social, o más bien para echar sobre los hombros de los particulares el coste social de mantener en el momento actual a las personas que pertenecen a tales grupos. Estamos a un paso de modificar preceptos sin haber necesidad de tales cambios. Por ejemplo, parece que el concepto de familia se ha visto ensanchado, pero el matrimonio es lo que es, y no otra cosa. La postura del ponente griego resulta coherente con los principios de Derecho natural, lo que es de alabar en una época en la que predomina el relativismo en todos los órdenes, incluso en el jurídico.

En Australia la multiculturalidad es un fenómeno que hay que señalar a la hora de intentar datos sobre cualquier aspecto que se examine. Sin embargo no hay nada distinto de la familia, sea cual sea el modelo que se tome. El matrimonio sigue siendo la forma más frecuente para formalizar sus relaciones una pareja, aunque se percibe un aumento gradual en el número de las parejas de hecho.

En Nueva Zelanda prevalece la familia tradicional pero se observan algunos cambios debido a que se trata de una sociedad cada vez más tolerante. Ello viene reflejado en algunas leyes sobre las uniones de hecho y las relaciones homosexuales, y permite decir que nos encontramos ante un creciente movimiento a favor de considerar exigibles los derechos y deberes de la familia a supuestos distintos de los que hasta ahora se habían venido considerando.

La situación de Quebec, un islote del *Civil Law* en medio de un océano de *Common Law*, es siempre un referente para todos los comparatistas. Debido a la organización federal del país, algunas competencias legislativas se com-

parten; al ponente le resulta delicado tomar postura y se pregunta sobre si el Derecho debe responder a las nuevas realidades regulando o absteniéndose de hacerlo. Sin embargo habla de un modelo de familia plural atendiendo a las circunstancias sociales existentes desde hace tiempo, que incluyen diferentes formas de unión además del matrimonio (unión de hecho heterosexual y homosexual). Respecto a la filiación se ve ampliada con el concepto de parentalidad tripersonal o unilineal para el caso de la FIV (*Fecundación in Vitro*) o procreación asistida. El ponente general considera que para velar por la libertad y la pluralidad de las relaciones personales de tipo conyugal, la postura debiera ir encaminada a que el legislador intervenga al menos para garantizar y exigir una protección mínima ante esas situaciones.

El autor alemán no ofrece soluciones definitivas debido a que en el momento de la redacción de su ponencia se hallaba pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de relaciones homosexuales. Sin embargo reconoce que hasta los años setenta (siglo xx) el concepto de familia se encontraba basado en el matrimonio, y a partir de entonces fue ampliándose el concepto de familia a otras situaciones tales como al grupo formado por los padres divorciados con sus hijos, al progenitor no casado que ha reconocido a su hijo y a la pareja de hecho que convive con sus hijos comunes, a los padres adoptantes a los *steps-parents* que conviven con el hijo, así como a los *foster-parents*. Tras la Ley del 2000, también se incluye a la pareja homosexual. Coincide en señalar, al igual que la ponencia italiana, que se hace necesario repensar el concepto de familia para incluir en él todas las uniones de cohabitantes basadas en el amor recíproco y en la solidaridad. Siendo así, ya no dependería ni de un acto formal de constitución, ni de las relaciones biológicas entre sus miembros, ni del mero reconocimiento social. La familia tendería a ser algo flexible estando sometida a cambios rápidos. Tan rápidos que, en mi opinión, producen la impresión de haberla vaciado de contenido, siendo un no se sabe muy bien qué. Habrá entonces que cambiar el título de la ponencia general y titularla: *¿Qué no es familia en el siglo XXI?*, pues se corre el riesgo de haber dado tanta amplitud que no sabemos de qué hablamos. ¿Se admiten tres padres, uno, ninguno?...

Al ponente general le parece que el movimiento de colectivismo hacia el individualismo parece hacer correr el riesgo de hacer desaparecer la familia. Sin embargo considera que esa idea debe desecharse, pues el matrimonio basado en la familia nuclear podrá estar declinando, pero no la familia en cuanto tal. La reflexión final que hace el ponente general es la de que si el modelo que puede considerarse tradicional de matrimonio y familia de los países occidentales debe ser sustituido, todavía no existen otros modelos aceptados unánimemente, ni es posible que lo haya, pues siempre encontrará oposición con las tradiciones y costumbres de cada país. Existen pluralidad de familias, eso es un hecho, pero ello no es solo un fenómeno de nuestros días como demuestra la Sociología (ni siquiera los modelos que se proponen para una misma sociedad son aceptados por todos los componentes de la misma que beben de la misma cultura, religión, historia, etc.). La privatización absoluta que se observa en torno a la regulación de algunas cuestiones de derecho de familia, tal y como aquí se ha visto, no parece conveniente ni para la sociedad ni para la familia. Más bien es un retroceso en la evolución del Derecho. Dar vía libre a que cualquier fenómeno pueda constituir Derecho resulta preocupante. Que desaparezca la distinción de sexos como elemento configurador del matrimonio llevaría al legislador a admitir la poligamia, o el

incesto, o el bestialismo, tal y como en su momento el Consejo General del Poder Judicial sostuvo (36). Ante la crisis actual, el profesor GARCÍA CANTERO propone que cada país se interroge sobre los valores que ha de conservar o reformar en su concepción del matrimonio y de la familia, para que aquéllos se traduzcan en la legislación ordinaria. El Estado no puede ser neutral, una vez que ya existe un modelo a nivel constitucional. No parece posible, y cito textualmente, que en el siglo XXI un Estado pueda imponer a otro contra la voluntad de sus ciudadanos, un determinado modelo de convivencia sexual legalizada, y menos aún que lo disponga una autoridad supraestatal. Me atrevería a añadir: No debería ser posible tampoco que un Estado pudiera modificar el modelo de matrimonio constitucionalmente establecido en contra del sentir ciudadano a golpe de ley. Si se admitiera, nada estaría a salvo de ser modificado, produciéndose sorpresa y temor cuando no una gran dosis de inseguridad jurídica.

M.^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS
Profesora Ayudante
Doctor de Derecho Privado
Universidad de Zaragoza

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ, *El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005, 252 págs.

I. Este libro de la profesora CALLEJO RODRÍGUEZ aborda el estudio de los aspectos civiles que plantea la regulación del seguro de vida para caso de muerte, aspectos de gran actualidad teniendo en cuenta el auge alcanzado por estos contratos y el elevado importe de las indemnizaciones, muchas veces incluso superior a lo que se percibe por sucesión *mortis causa*.

Destaca la obra por una sistemática adecuada y un estilo muy cuidado que reflejan la capacidad investigadora de la autora. Desde un punto de vista de riguroso análisis expone problemas, ajusta las soluciones planteadas por la Ley del contrato de seguro, haciendo hincapié en las carencias legales y proponiendo soluciones prácticas de conformidad con el sistema jurídico como todo buen interpretador del Derecho.

II. La autora ha dividido su obra en cuatro capítulos.

Dedica el primero a exponer brevemente ciertas consideraciones generales sobre este contrato, sin obviar el análisis de ciertas materias que hasta ahora no habían sido suficientemente tratadas, como el alcance de la prohibición de contratar un seguro sobre un incapacitado o la conmorienencia del asegurado y uno o varios beneficiarios.

En el capítulo segundo se analiza la problemática que plantea la designación del beneficiario examinando, en primer lugar, las distintas formas en que puede realizarse: en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento. El medio más usual es la póliza y sobre ello se destaca la importancia que tiene en la práctica aseguradora, fundamentalmente cuando se trata de seguros colectivos o de grupo, la inserción en las

(36) Véase el diario *Heraldo de Aragón* en su edición del miércoles 19 de enero de 2005.