

FAMILIA Y DERECHOS HUMANOS

Por el académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

1. La trama temática que puede tejerse en la relación de los derechos humanos con la familia cobra actualmente tal amplitud y elasticidad, desde su núcleo hasta su periferia, que casi no quedaría fuera ningún área del mundo jurídico ni de las interdisciplinidades que lo ligan a otros campos y ciencias: bioética, sociología, ciencia política, ciencias de la salud, economía, etc.

Decir esto no es una excusa para adelantar que ni el tiempo ni nuestra personal capacidad nos permiten abordar semejante extensión del paisaje. Es, simplemente, dar razón de que, con bastante discrecionalidad subjetiva, hemos elegido algunas pocas cuestiones de nuestra preferencia.

2. La propuesta que sugerimos es la siguiente:

a) En cuanto a los grupos humanos a los que dedicaremos algunas reflexiones, escogemos los cuatro que aparecen mencionados en el inc. 23 del art. 75 de nuestra constitución: *niños, mujeres, ancianos y discapacitados*.

b) En cuanto al *itinerario temporal* a recorrer, arrancaremos desde el instante inicial de la vida (fecundación o concepción, con toda la polémica que suscitan estos vocablos y

otros afines); seguiremos con el trayecto vital de la persona ya nacida, y concluiremos con la muerte.

c) Los dos enfoques más intensos circularán por la órbita del *orden socioeconómico* y del *derecho procesal*.

d) Las normas que servirán de guía serán, recluyéndonos en el derecho argentino, las de la *constitución* en su texto de 1994 y las de *tratados internacionales* que, de acuerdo con el inc. 22 del art. 75, tienen la misma jerarquía de la constitución.

e) Los visores a emplear procurarán indagar algunos aspectos que para la familia y sus miembros pueden o deben resguardarse en la intimidad o privacidad familiar y personal, frente a otros en los que ya no parece alegable esa misma intimidad.

I

3. La alusión que a *menores, mujeres, ancianos y personas con discapacidad* trae el citado inc. 23 del art. 75 resulta importantísima, no bien se recuerda que los cuatro sectores aparecen en una norma genérica, elástica, abierta y comprensiva de *todos los derechos* de la persona humana que tienen fuente en la constitución y en los tratados, con el parámetro bien preciso -y a la vez amplio- de promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real* de oportunidades y de trato, y el goce pleno y efectivo de los ya mentados derechos. Y acá se inserta la directriz cuatripartita; textualmente se dice: “en particular respecto de...” (y hace la cita).

Cualquiera entiende que si para la efectividad de todos los derechos y para la igualdad real de oportunidades y de trato hay que legislar y promover medidas de acción positiva en favor de todos los seres humanos que se hallan bajo jurisdicción de nuestro estado, dentro de esa totalidad global de personas el constituyente ha señalado cuatro grupos “en particular” porque ha considerado que en ellos hay particularidades diferenciales (tal vez, hasta insinuando -entre otras cosas- que el resultado a perseguir presta fundamento para acudir a la discriminación inversa cada vez que resulte necesario en garantía del disfrute igualitario de los derechos).

Todo esto no entroncaría con nuestro tema si no visualizáramos la forma de instalación familiar de cada uno de los cuatro grupos: mujeres, menores, ancianos y discapacitados.

4. No se trata de suponer ni buscar minusvalías que pudieran camuflar, esconder o significar prejuicios o infravaloración respecto de esos cuatro sectores en relación con el resto de la sociedad. Se trata de asumir el dato de que por diversidad de causas -algunas hasta por arrastres valorativos desfavorables o errados de épocas pretéritas- los menores, las mujeres, los ancianos y los discapacitados reclaman que en cada una de sus peculiares situaciones familiares se tome muy en cuenta lo que, por su identidad y su diferencia personales, les es necesario en orden a sus derechos igualitarios en las oportunidades y en el trato, tanto dentro de su familia como en las proyecciones extrafamiliares.

Son cuatro grupos humanos muy propensos y sensibles a no ser debidamente priorizados y diferenciados en y por las políticas públicas y la legislación, así como en las relaciones “inter privados”.

A) 5. La *mujer* -hija, esposa, madre, viuda, soltera, divorciada, empleada, ciudadana- es igual al varón en dignidad personal, pero asume, ejerce y cumple protagonismos y funciones que son propios de su condición femenina. Es allí donde exige que el modo, la ocasión y la eficacia en el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos se adecuen a esa misma condición de mujer.

Queremos intercalar un ejemplo en materia penal, para reivindicar en favor de la mujer prostituta el mismo status tutelar que la ley penal discierne a la mujer llamada “honesta” cuando incrimina los delitos sexuales de que una y otra resultan víctimas; la gravedad de la conducta del hombre y la magnitud de la sanción han de ser las mismas en uno y otro caso, porque tan lesionada queda la libertad sexual y la dignidad en la mujer honesta como en la que no es tenida por tal. De no ser así, hay una discriminación intolerable y dual: entre las mujeres, y en su relación con el hombre que es autor de delitos sexuales en perjuicio de ellas. El

mensaje que contiene el inc.23 del art.75 no toleraría ese resultado desigual.

6. No es desmesurado dar coparticipación en este mensaje a uno de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, cual es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En su amplia normativa hay que introducir el desdoblamiento de la instalación familiar de la mujer tanto dentro de su familia como en las relaciones que desde ella se irradian extrafamiliarmente, a fin de alcanzar en ambas situaciones que la mujer acceda en igualdad de oportunidades y de trato al goce de sus derechos -por ej., en las relaciones laborales, en los derechos políticos, en el acceso a los cargos públicos, en materia de nacionalidad, de seguridad social, de servicios de salud, etc.-.

B) 7. Vienen ahora los *menores*, o los niños, que cuentan a su favor con otro tratado de jerarquía constitucional, cual es la Convención sobre Derechos del Niño.

Tal vez en el caso del menor más que en el de la mujer, resulta fácil a muchos visualizar la necesidad de una tutela intensa y diferencial por razón de la edad misma y de las variables de indefensión que se dan en su transcurso. Al menor hay que situarlo conforme a una doble y básica circunstancia elemental: cuando todavía no tiene discernimiento, y cuando ya ha accedido a él, porque en una etapa y en otra son distintas las modalidades para el ejercicio de los derechos que tanto en su relación familiar como en la extrafamiliar tienen que serle garantizados. Por ejemplo: para tomar parte en todo procedimiento o actuación que le atañe ante organismos administrativos o tribunales judiciales; para ser escuchado; para defenderse; para expresar su punto de vista, etc. Ocioso sería hacer señalamientos de ámbitos en los que se filtran los derechos del niño: relaciones de filiación y de patria potestad; adopción; abandono; trabajo; acceso a la justicia; sanciones penales; régimen penitenciario; educación; salud; etc.

8. Como en el área de la comunidad se acumula una densa legislación clásicamente propia del derecho privado (o civil) -

codificado y disperso- hemos de inocular cuasi dogmáticamente una muy fuerte convicción personal, que planteamos así: por el rango constitucional e internacional de los derechos del niño, los operadores gubernamentales y muy especialmente los jueces han de dar aplicación directa y automática a las normas provenientes de los dos niveles superiores citados, ya sea cuando en el plano infraconstitucional haya leyes o no las haya, como en el caso de que haya leyes opuestas; en este último supuesto, no será sentencia “contra ley” la que emita un juez que deje de aplicar una ley cuando esa ley resulte incompatible con el sistema axiológico constitucional que prevalece en beneficio del menor.

Traemos a colación un muy buen fallo de tribunales provinciales argentinos que en las dos instancias discernió la adopción a los abuelos de un niño porque, conforme a las muy especiales peculiaridades en las circunstancias del caso, el interés superior del niño al que la Convención adopta como paradigma y guía había de tener aplicación prioritaria respecto de la ley de adopción entonces vigente¹.

9. Es casi redundante advertir, además, que la instalación del menor en una sociedad democrática prolonga requerimientos en materia de educación, de salud, de alimentación, de vivienda, de seguridad social, de cobertura al desamparo familiar, de protección contra la explotación laboral y sexual o de cualquier otra clase, y que allí también se juegan derechos humanos tanto en las relaciones de familia como en su expansión hacia las extrafamiliares.

C) 10. Si ahora pasamos a los otros dos sectores sociales de los *ancianos* y los *discapacitados*, huelga casi añadir comentarios, porque a nadie escapa que son muchísimas las necesidades y circunstancias que demandan atención y medidas especiales de toda índole para que la igualdad en el goce de los derechos les quede asegurada y abastecida.

¹ Nos referimos a la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe (sala III) del 21-XII-95, en el caso “T., J., A. y otra”, publicado en “La Ley” del 14-XI-97, p.4, con nota nuestra.

11. Puede ahora ser útil hacer el nexo con el *íter temporal* que transcurre desde el inicio de la vida humana hasta su término, y trabar la relación con los cuatro grupos humanos que nos vienen ocupando.

A) 12. El *comienzo de la vida* compromete a las ciencias duras y a las ciencias blandas: ciencias de la salud, bioética, derecho, nuevas tecnologías vinculadas con la procreación y la genética, etc. Para reducir la reflexión que nos interesa desde el tema de los derechos humanos y la familia, diremos solamente:

a) desde su comienzo primerizo, la vida humana es un *valor jurídico* que debe ser constitucionalmente protegido, lo que en modo alguno equivale a decir que necesariamente esa protección haya de provenir del derecho penal mediante incriminación y sanción del aborto, porque la penalización no viene impuesta por la constitución al no hallarse tipificado en ella el aborto como un delito constitucional;

b) cuando nuestro art.75 inc.23 asigna al congreso dictar un *régimen de seguridad nacional* especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo de la madre hasta finalizar el período de enseñanza elemental, y en protección de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia, en manera alguna está transfiriendo al congreso la adopción de medidas de carácter penal, porque es evidente que el régimen de seguridad social se endereza a otros ámbitos y a otros objetivos;

c) sin duda, es trascendente que medidas de acción positiva se encadenen hacia dicho sistema especial e integral de seguridad social en favor de la madre y del niño, desde el inicio de la vida de éste y durante su desarrollo, hasta todo el tiempo posterior al nacimiento durante el cual la menesterosidad, el desamparo, la necesidad, la salud, la crianza, la educación y tantos aspectos más así lo requieran para tutelar al núcleo familiar y a los derechos de sus integrantes.

13. En esta etapa examinada hace presencia notoria el sector de la *mujer* y del *menor* entre los cuatro agrupamientos

del inc.23, y si se toma como clave la seguridad social es patente que las prestaciones satisfactorias superan en mucho al reducto estrictamente materno-infantil o familiar, porque se desparrraman hacia otros extremos como el laboral, el de la salud, etc. La nitidez de la cuestión nos exime de mayor comentario.

A') 14. Habíamos anticipado que uno de los carriles a recorrer sería el de las situaciones que han de resguardarse en la *intimidad* o privacidad, para diferenciarlas de las que no encuadran -al menos fácilmente- en el espacio de la reserva personal y/o familiar.

Un caso testigo en el inicio de la vida, que exhibe muchísima actualidad, lo proporcionan todos los métodos que se vienen usando bajo denominaciones y técnicas científicas diversas: "asistida", "artificial", "in vitro", "extracoital", etc. Hay sistemas jurídicos donde estos métodos se hallan reglamentados, y otros donde no existen normas reguladoras. En un cono de sombras y de dudas planteamos un interrogante: ¿es o no razonable considerar que la decisión de acudir a un método de los calificados como "no naturales" pertenece a la zona de intimidad conjunta y compartida del varón y la mujer, de forma que también en relación (extrafamiliar) con el profesional de la salud puedan adoptar sin impedimento alguno el que sea de su preferencia y elección? ¿Hay base en la constitución para integrar esta relación tripartita en la intimidad de la pareja, del binomio familiar, y de la relación profesional con el científico que presta asesoramiento y atención?

Como principio, nos gusta decir que sí, y resguardar de ese modo decisiones tan personalísimas como ésta que se refiere a la procreación. Pero a reserva de un parámetro de control que el estado debe imponer y vigilar: que el método escogido no riña con la dignidad de la persona que a él se somete, que no pugne con el deber de proteger la vida humana desde el primer instante de su inicio y desarrollo, y que no vulnere con manipulaciones genéticas los principios liminares de la bioética aceptados actualmente en la comunidad científico-profesional.

15. En continuidad con el problema de la privacidad, nos sobresaltan otras preguntas de difícil y dudosa respuesta:

a) el varón que quiere donar anónimamente su semen, o la mujer su óvulo ¿pueden invocar a su favor que esa donación anónima pertenece a su intimidad o privacidad, aun cuando así impedirán que quien pueda nacer o nazca como resultado se encuentre totalmente impedido de saber quién o quiénes han sido sus padres biológicos?;

b) el derecho a la identidad, que presupone saber de quién se es hijo y poder emplazar legalmente el estado civil biológicamente verdadero, ¿no queda frustrado ab-initio si el secreto de la donación se ampara en la intimidad de quien la hizo?;

c) ¿cuál sería el valor o interés a priorizar en esa aparente colisión entre el derecho a la intimidad del donante y el derecho a la identidad del nacido como resultado de la donación anónima?;

d) presuponiendo que se aceptaran las donaciones anónimas en homenaje a la intimidad -priorizada como valor o como bien jurídico de mayor jerarquía en la aludida colisión con el derecho a la identidad- seguramente habría que adjudicar la afiliación del nacido como hijo (legal) de la o las personas que fueron receptoras de donaciones anónimas; todo para que la opción en favor de estas últimas no frustré el derecho del nacido a un status filiatorio legalmente emplazado.

16. Prosiguiendo con el tema, traemos a colación un fallo reciente que volvió a poner en contacto la intimidad con los derechos emergentes de una filiación no reconocida. Se trata del juicio promovido por el presidente de la república contra una revista, a raíz de una publicación acerca de un hijo extramatrimonial del primero. El tribunal, por mayoría -con una disidencia- equivocó a nuestro criterio el enfoque porque valoró ese informe publicitario como violatorio de la intimidad del presidente².

Personalmente, juzgamos imposible sostener que una noticia sobre la filiación extramatrimonial de un hijo del presidente haya de quedar reservada a su privacidad, y la razón es simple: si hay derechos de ese hijo vinculados a su identidad filiatoria, la conducta paterna ya evade el ámbito de la intimidad,

² Nos referimos a la sentencia de la Cámara Civil de la capital federal (sala H), del 11-III-98, en el caso "Menem c/Editorial Perfil".

porque no es una conducta “autorreferente”; al contrario, es una conducta que refracta consecuencias a un tercero, nada menos que en su derecho a la identidad, y sabemos que por el art.19 de la constitución las acciones que se reservan a la privacidad no han de ofender derechos ajenos.

B) 17). Si tantas especulaciones se nos han abalanzado al encarar la concepción, el embarazo, la vida intrauterina, el nacimiento, la filiación, etc., las que sobrevienen *a partir del parto* no son menos importantes. Sin abandonar los señalamientos de los cuatro grupos del inc.23, un horizonte más abarcativo nos lleva a aseverar que el abanico de valores, principios y derechos albergados en el sistema axiológico de la constitución obliga a impulsar medidas y políticas que hagan accesibles a toda persona la calidad de vida, la posibilidad de desarrollo, el disfrute de los derechos, en todos los ciclos de su vida individual, dentro de su familia y en la prolongación desde ella a relaciones extrafamiliares. No es en vano hacer una sola cita: la que obliga a tomar en consideración todo lo recién dicho para aplicarlo en materia tributaria.

C) 18. Y ahora aparece la *muerte*. Se amontona acá una serie de cuestiones vinculadas otra vez con la intimidad.

El enfermo, cuando dispone de discernimiento, y sus familiares cuando se halla inconsciente, titularizan derechos de alta alcurnia que la bioética actual remarca intensamente: el derecho al consentimiento informado; el derecho a no someterse a terapias extraordinarias y a tratamientos artificiales o sofisticados; el derecho a rechazar cirugías o transfusiones cuando y porque la conducta autorreferente no daña a terceros y merece permanecer inmune en la privacidad.

Más difícil, sin duda, se suscita el problema de la eutanasia activa, o de la cooperación al suicidio, porque allí el alegato favorable a la decisión personal y a la intimidad se debilita mucho, ya que si bien el estado no puede obligar a nadie a que cuide su vida, debe cuidar que la vida de cada quien no sea dañada por otro. El estado, en suma, no ha de claudicar en la protección de la vida como valor constitucional de máxima

jerarquía, y si no me puede exigir que yo me cuide “mi” vida, tiene el deber de cuidar que no me sea dañada por terceros.

III

19. Hemos ahora de desplazar la mirada a los dos enfoques que ya habíamos propuesto: el *orden socioeconómico*, y el *derecho procesal*. Los elegimos porque en ellos creemos que falta adelantar mucho en pro del nexo entre derechos humanos y familia.

Empecemos por el orden socioeconómico. Se nos haría excesivamente extenso recorrer las normas que, con la reforma constitucional de 1994, convergen a diseñar valores, principios y derechos del orden socioeconómico. Personalmente, lo divisamos nítidamente: es el del *constitucionalismo social* en un *estado social y democrático de derecho*; no el de un liberalismo -o neoliberalismo- capitalista salvaje y sin solidaridad social, ni el de la mano invisible en el mercado con un estado mínimo y desertor en retaguardia.

Las marginalidades y las exclusiones que, dentro de las relaciones de familia y en su proyección a las extrafamiliares origina un estado que no promueve y hace efectivos los derechos sociales, económicos y culturales, son incompatibles con la mínima imagen ideal que podemos forjarnos desde el humanismo personalista al culminar el milenio.

¿Cómo tendremos coraje de seguir pregonando la no discriminación de la mujer; la igualdad con el varón; los derechos del niño, del anciano, del discapacitado, etc., si no nos preocupamos de que todo ser humano se inserte en un orden socioeconómico que, engranado en subordinación a la constitución y al derecho internacional de los derechos humanos, provea funcionalmente los condicionamientos favorables para que le sean accesibles, disponibles y disfrutables todos los derechos civiles, sociales y políticos de fuente interna y de fuente internacional?

20. Toda la actividad financiera, toda la hacienda pública, todos los recursos o ingresos, y los egresos y gastos deben encarrilar al orden socioeconómico por el riel de la constitución,

para alcanzar una finalidad que muy bien viene destacando Horacio Guillermo Corti: *para dar efectividad a los derechos e instituciones de la constitución*³. Y si acá queremos insertar un tema aparentemente procesal, o procesal-constitucional, digamos con audacia que habremos de llegar -tarde o temprano- a colocar bajo posible *control judicial de constitucionalidad* al incumplimiento en que incurre el *presupuesto* de recursos y gastos cuando discrecionalmente deja de lado todos los parámetros prioritarios y bien precisos que ahora le fijan los incisos 8º y 2º del art.75, más la abundante y densa carga de los que -por ejemplo- acumula el inc.19 cuando da continuidad a la histórica cláusula del progreso, incólume en el actual inc.18.

Se nos hace intolerable, por ende, que la efectividad de derechos dependa inexorablemente de que su reconocimiento cuente con una previsión presupuestaria, de forma que si ésta falta o se demora, el derecho se frustra. La conexidad de derechos humanos y familia se resiste a admitir la dependencia inconstitucional que crea el alegato funesto de la “insuficiencia de recursos en el presupuesto”. Y ello porque este alegato es capaz de echar por tierra aquella finalidad de la actividad financiera pública ya recordada: para hacer efectivos los derechos e instituciones de la constitución; no para marginarlos o violarlos.

21. Se nos podrá decir porque afrontamos en todo este discurso la divisoria cuatripartita de mujeres, niños, ancianos y discapacitados, si en rigor no da la sensación de que por sí misma haga referencia al tema de la familia y los derechos humanos. Y creemos que no es así, por una razón sencilla: hasta ahora, y cualquiera sea el método en la transmisión de la vida humana, no sabemos que se haya roto el cordón umbilical que hace nacer a unos seres humanos de otros seres humanos. Por ende, tanto si el nacido queda emplazado en un núcleo familiar como si por diversidad de causas carece de él (por ej., por abandono inmediato), la cuestión de sus derechos siempre conserva alguna dependencia, en toda edad y circunstancia, con la situación familiar y con la instalación que en ella se logra o no se logra: si la mujer, el niño, el anciano o el discapacitado participan de un

³ Ver su *Derecho financiero*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1997.

grupo familiar, la atención que el estado ha de prestar a sus derechos no será idéntica ni de iguales modalidades a la que prioritariamente debe dispensar a quien carece de familia o no es atendida por ella.

Quiere decir que tanto dentro de las relaciones parentales como en las que desde la ubicación familiar se desplazan hacia terceros ajenos a la familia, los derechos de la persona humana siempre cobran un perfil y una fisonomía que, sin cerrarse herméticamente en el núcleo doméstico, irradian ambivalentemente numerosas consecuencias desde él y más allá de él, hacia el estado y hacia terceros.

22. Para la efectividad de los derechos así abarcados intra y extrafamiliarmente es indispensable que el orden socioeconómico provea condicionamientos aptos a todas las personas según el sector al que cada persona pertenece, según las necesidades que en él requiere satisfacer, según su status familiar, y según el ámbito en que tales derechos han de ser reconocidos, ejercidos y tutelados. Esto se advierte con suficiente nitidez una vez que nos hacemos cargo de algunos pocos ejemplos: lo que el orden socioeconómico le ha de proveer al obrero que es padre de familia en materia laboral, fiscal, de seguridad social, de políticas de vivienda y de educación, etc., difiere de lo que ha de depararle a la madre soltera y al niño que viven en una zona rural donde es dificultoso y deficitario el posible acceso a los servicios de salud, al trabajo, y a la educación elemental. Diferencias como éstas demandan planes y políticas sociales también diferentes, pero coordinadas siempre con el común finalismo de igualación en el resultado de oportunidades y de trato.

23. Cuando se pone atención en el fragmento normativo que de modo disperso en la constitución está dedicado al orden socioeconómico y se lo vincula con los *derechos sociales*, cobra relieve inusitado mucho de lo que venimos afirmando. En verdad, es en el área de las políticas y los planes socioeconómicos, y conforme a la funcionalidad o disfuncionalidad del sistema económico, donde y como se pueden hacer efectivos, o acaso bloquearse y frustrarse, los derechos sociales, que en tantos de

sus contenidos se hallan intensamente comprometidos con la situación familiar de sus titulares.

Veamos algunas de las reciprocidades, como anverso y reverso de la misma moneda: los derechos con mayor dependencia respecto del orden socioeconómico son, sin duda, los derechos sociales; pensémoslos en cabeza de un sujeto activo que comparte una unión conyugal de la que hay hijos menores; según cómo sea el despliegue de la relación laboral de ese sujeto con su empleador, según cómo sea la forma en que el derecho tributario encare su situación familiar; según qué beneficios o prestaciones le resulten accesibles o disponibles en materia de vivienda, de salud, de educación, de riesgos de trabajo, etc., podremos afirmar que desde el orden socioeconómico hay aportes favorablemente positivos o, al contrario, que no los hay, o que los que hay son negativos y perjudiciales. Esto mirando una cara de la moneda, que es la del varón al que suponemos titular de los derechos. Ahora demos vuelta la moneda.

En su reverso encontramos los derechos de la esposa, de los hijos, de los familiares a cargo, que son también titulares de derechos, pero para cuyo goce y ejercicio dependen muchas veces y en numerosas situaciones de cómo se les proyectan los derechos del marido y del padre. Si el salario es exiguo, si viven hacinados en una tapera, si no tienen cobertura médica de un servicio de salud, si no reciben asignación familiar, etc., cualquiera imagina qué les ocurre a los derechos de la mujer y de los hijos menores de ese trabajador, al que el orden socioeconómico no les arrima los mínimos indispensables para cubrir las necesidades elementales de él y su núcleo familiar.

24. Niéguesenos, entonces, que en el tema de derechos humanos y familia se complica un entramado paisajístico con múltiples bisagras: según como es la situación de los derechos de una persona, así es la refracción que esa situación traslada a los derechos de sus familiares a cargo; según como es la inserción de una persona en ámbitos extraños a la familia (por ej., laboral, fiscal, cultural, religioso, etc.,) así es la proyección que desde ellos se inocular en las relaciones familiares. Por eso, hacia adentro de la familia y hacia fuera de ella, en las relaciones entre parientes y en las que conectadas a la situación familiar interactúan con

terceros, parece sumamente conveniente que los derechos vinculados a la familia no se circunscriban a los que clásicamente hemos estado acostumbrados a analizar desde el derecho civil en torno del matrimonio, la unión de hecho, la filiación, el parentesco, el derecho alimentario y sucesorio, la patria potestad, etc.

25. De ahí que ahora, para elastizar tales horizontes, recapitemos dos ideas que ya habíamos adelantado en nuestra intervención de 1996 en el Congreso Mundial de Panamá: a) la recepción que en el derecho público con doble fuente le vienen dando al derecho de familia el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ya no deja espacio para que los códigos de derecho privado y las legislaciones dispersas sean pensados o aplicados como si en su campo fueran el techo y el árbitro final del ordenamiento jurídico, porque ahora tienen parámetros y normas superiores y vinculantes; b) por otro lado, hablar de derechos de la familia está muy lejos de significar, para nosotros, que la familia haya de imaginarse o erigirse como un sujeto de derecho o una entidad ontológicamente dotada de personalidad propia y distinta de la totalidad de quienes forman parte de ella; a la inversa, estamos persuadidos de que familia es la suma y la pluralidad de sus miembros, y no una persona jurídica; por eso, hablar de derechos “de la familia” es una comodidad lingüística que alude a *derechos de la persona humana individual* en sus relaciones intrafamiliares y en las que, desde ellas, traba extrafamiliarmente con terceros. El sujeto de derecho -activo y pasivo- al que tenemos que contemplar es siempre la persona humana, la persona física. Es a ella a quien debemos proteger, dignificar y exaltar cuando la incardinamos socialmente desde su situación familiar.

Dígasenos, acaso, si esta visión que sugerimos no es la que mejor refuerza y estimula al valor *solidaridad*, nada menos que desde una comunidad tan íntima y entrañable cual es la que, en su pluralidad de variantes y perfiles histórico-sociológicos, llamamos familia.

26. La otra esfera que queríamos analizar, además de la socioeconómica, es la propia del *derecho procesal*, por su

estrecho ligamento con los derechos humanos. Hemos de limitarla a dos aspectos viscerales: la *legitimación procesal*, y la situación de la *víctima del delito* en el proceso penal.

La legitimación procesal, principalmente activa, nos da una clave de primer orden en lo que atañe a los derechos humanos en la familia. Pensemos solamente en una cosa que casi postulamos como axioma: cada persona, por su derecho a la identidad, ha de tener posibilidad de emplazar su filiación legal y su estado civil de familia en coincidencia con su filiación biológica; o sea que legalmente ha de ser tenido como hijo de quienes son su padre y su madre biológicos, y no de quienes las leyes estipulan que es hijo sobre la base de ficciones o presunciones (todo con especial excepción del caso de adopción).

La legitimación que postulamos como indispensable ha de capacitar a quien alega ser padre para que pueda judicialmente demandar y acreditar lo conducente para emplazar la filiación de su hijo, para que pueda asimismo demandar y probar quién es su padre. No ha de interceptar a esta legitimación ninguna excusa protectoria de la paz familiar, el honor matrimonial, la dignidad de la esposa, etc., porque lo prioritario es que en homenaje a la verdad material, real u objetiva, el derecho procesal suministre los cauces a fin de que todo ser humano se halle en condiciones de hacer coincidir en identidad completa su filiación legal con su filiación biológica. Para ello, todo subterfugio ha de ceder en su hipocresía.

No es condigno con cuanto en materia de derechos humanos se refiere a la familia, que la ley obstaculice la búsqueda y el descubrimiento de la verdad filiatoria, porque felizmente ha pasado ya el tiempo en que valoraciones injustas impidieron que determinadas categorías de hijos gozaran de derechos en sus relaciones de familia, o padecieran discriminaciones aberrantes.

27. Estas holguras que propugnamos en materia de legitimación incitan a dos reflexiones: a) la primera nos hace decir con seguridad personal que cuando el obstáculo para hacer coincidir la filiación legal con la biológica proviene solamente de un dispositivo legal impeditivo, hay que removerlo mediante declaración judicial de inconstitucionalidad, para así afianzar la prelación del derecho constitucional a la identidad personal; b) la

otra reflexión nos revierte a dudas anteriores, porque torna discutible si el derecho de toda persona a saber y conocer quiénes son sus padres reviste rango tan alto como para que se prohíban las donaciones anónimas de esperma y de óvulos que, por otra parte, y a su modo, son reivindicadas como conductas que han de ampararse en el derecho a la intimidad del donante.

Por fin, se vuelve arduo el problema de filiación de quien nace como consecuencia de óvulos fecundados que se han implantado en un vientre alquilado o sustituto. ¿Habrá acá algún aspecto a proteger como derecho a la intimidad de la mujer que dio su óvulo, o de la que sobrellevó el embarazo de un hijo ajeno?; o más bien, con descarte del supuesto derecho a la privacidad, habrá que limitarse a resolver, desde el parámetro del interés superior del niño en cada caso particular, a quién se adjudica la maternidad: si a quien donó su óvulo, o a quien dio su vientre para anidarlo.

28. La referencia final que también dentro del derecho procesal haremos ahora tomará en cuenta algunos criterios actuales en materia penal y criminológica. Se trata de comprender que en la tutela penal de bienes jurídicos y en la defensa social frente al delito, la *víctima personal del delito* debe ocupar un lugar central, a ser reconocido y amparado también procesalmente.

Una vez que admitimos la inserción de derechos personales en muchos bienes jurídicos penalmente tutelados (vida, salud, integridad, libertad, honor, propiedad, etc.) hemos de propiciar en reciprocidad que la víctima vea reconocida su legitimación procesal para intervenir activamente en el proceso penal con base en la subjetividad de su situación y de su interés, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos la promoción de la acción penal incumba al ministerio público.

El enlace con la familia aparece cuando, por ej., parientes de víctimas fallecidas o desaparecidas pretenden inquirir acerca de la verdad de los hechos o el destino de sus familiares. Muy en especial, si acaso el respectivo proceso penal ha quedado impedido de sustanciarse o proseguirse para sancionar al autor del delito, las actuaciones judiciales se han de poder tramitar para las investigaciones conexas, y es aquí donde la legitimación

procesal de la víctima y de sus familiares merece reconocimiento y curso, porque lo exige el derecho a la tutela judicial eficaz.

IV

29. Esperamos que el rápido nuestro efectuado impulse el sondeo de toda variedad de situaciones y casos capaces de presentar engarces novedosos entre derechos humanos y familia. La tendencia al desarrollo progresivo y maximizador de los derechos en todas sus categorías y generaciones ha de remover cuantas nociones esclerosadas hagan de obstáculo al progreso y al avance científico en el campo del derecho. Hay que mirar y ver a los derechos y a la familia con ojos abiertos a los cambios y transformaciones acontecidos en el siglo que termina, para encarrilarlos con aptitud de progreso hacia el próximo. Hasta el día de hoy, no parece haberse encontrado para el ser humano mejor habitáculo que la familia. Colocada nuestra lente jurídica sobre la familia, es menester que procuremos tejer un buen hilván con los derechos en cuantas situaciones resulte necesario y conveniente, siempre con la ambivalencia que tanto hemos empleado: en la intersubjetividad de las relaciones dentro de la familia, y en los desplazamientos fuera de ella hacia las relaciones con terceros.