



HAL
open science

LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES: PAREJAS SIN GÉNERO Y FILIACIÓN UNISEXUADA

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES: PAREJAS SIN GÉNERO Y FILIACIÓN UNISEXUADA. Nuevos desafíos del derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, 2014, 978-987-30-0486-5. hal-01234248

HAL Id: hal-01234248

<https://hal.science/hal-01234248>

Submitted on 26 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES: PAREJAS SIN GÉNERO Y FILIACIÓN UNISEXUADA

Daniel Ángel BORRILLO¹
Université Paris Ouest (Francia)

1. Introducción

Considerar la vida de pareja como un capítulo de la vida privada es una evidencia desde que se generaliza el divorcio de mutuo acuerdo en los principales ordenamientos jurídicos occidentales. La voluntad común de las partes permite poner fin al matrimonio sin que sea necesario cualquier otro motivo. La desintitucionalización del matrimonio es fruto de la evolución social y se presenta como la afirmación de los principios de igualdad y autonomía individual. La apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y el reconocimiento de la homoparentalidad participan de este movimiento de individualización en cuyo seno la diferencia de sexos deja de ser, definitivamente, *conditio sine qua non* del *ius nubendi*. Si la familia no es una persona jurídica sino un espacio de socialización específico en el cual se establecen vínculos jurídicos, no existe razón alguna para continuar tratándola como una institución. Aunque las relaciones no sean entre sujetos iguales, lo dispositivo (en oposición a lo imperativo) se presenta como el régimen más apto para garantizar la libertad y la igualdad de los miembros de la familia. El proceso de contractualización de la vida familiar encuentra, sin embargo, importantes resistencias debido a ciertos malentendidos teóricos y a la adhesión a concepciones premodernas de la familia que intentaremos dilucidar en dicho capítulo.

La familia es una construcción social. Las diversas formas que ha ido adoptando a lo largo de la historia, hace que debamos utilizar el término en plural (familias) para, de este modo, expresar la ausencia de un modelo único. El incremento del número de parejas de hecho, el uso corriente del divorcio, la multiplicación de las parejas que optan por la unión civil, las familias recompuestas², monoparentales³ u homoparentales⁴, así

¹ Profesor de Derecho privado. Université Paris Ouest (Francia). Investigador asociado al Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS).

² DAMON, J., *Les familles recomposées*, «Que sais-je ?», PUF, Paris, 2012.

³ ALGAVA, É., «Les familles monoparentales en 1999», *Population* 4/2002, vol. 57, p. 733-758.

como los hijos nacidos fuera del matrimonio, han hecho de la familia una realidad compleja y diversa. En cambio, en singular, en tanto que ideal de organización de la vida privada, la familia se impone a menudo como algo obvio, pese a los dispares contornos que esta institución adquiere en la vida real. En las manifestaciones contra el “matrimonio para todos” en Francia podía leerse en las pancartas un concreto número de eslóganes que subrayaban el supuesto carácter natural de los vínculos familiares:

“Matrimonio = un hombre y una mujer”, “Todos nacidos de un hombre y una mujer”, “1 padre + 1 madre = es elemental”, “1 papá, 1 mamá, no mintamos a los hijos”, “No hay óvulos en los testículos”...

La naturalización no sólo es consustancial al pensamiento teológico y al sentido común, pues también se manifiesta en el discurso de los autores clásicos que han teorizado sobre el contrato. Así, Rousseau afirma que “la más antigua de todas las sociedades, y la única natural, es la familia”⁵. Locke ve en ésta la agrupación más próxima al estado natural. El orden patriarcal es presentado como algo evidente, que sirve incluso de modelo para la organización social: “Si se quiere, la familia sería, pues, el primer modelo de sociedad política: el jefe es la imagen del padre; el pueblo es la imagen de los hijos, y habiendo nacido todos iguales y libres, no enajenan su libertad sino por su utilidad”⁶.

La ruptura con el naturalismo en el ámbito político no ha encontrado entre los grandes teóricos del contrato un equivalente en materia familiar. Ni HOBBS, ni ROUSSEAU, ni LOCKE, ni TOCQUEVILLE, ni BENJAMIN CONSTANT, ni, más recientemente, RAWLS⁷, han tomado como objeto de su análisis las dinámicas familiares. Sin embargo, no les faltaba bagaje intelectual para desarrollar una aproximación crítica a las mismas. La cuestión fue considerada, sin duda, como menor, demasiado “doméstica” si se compara con las grandes teorías de la Política, con mayúsculas. En cambio, es en el seno del modelo de familia donde se articulan las formas más arcaicas del poder.

⁴ FRAÏSSÉC, Ch., «La famille homoparentale, une représentation sociale émergente», *Bulletin de psychologie*, nº 520, 4/2012, p. 337-350.

⁵ ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, 7, <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.doc>

⁶ *Ibid.*, 7-8.

⁷ En su artículo de 1987 “¿Debe abolirse la familia?” (traducido y publicado en la revista *Comprender*, nº 2, 2001), RAWLS, J., presenta la familia como algo inevitable o, cuando menos, como una manifestación necesaria.

Reenviando la familia al espacio natural, estos grandes teóricos se privaron de un terreno particularmente fecundo de observación y análisis. Tan sorprendente es dicha situación que resultaría legítimo preguntarnos si dicha naturalización de la familia constituye efectivamente el límite de su propio pensamiento.

Las consecuencias de esta “negligencia” (voluntaria o involuntaria) no tardaron en manifestarse: la familia se convertirá en el espacio que más tardíamente resultará politizado y el más difícil de democratizar. Sin embargo, el carácter evolutivo de la familia es un hecho que ha sido demostrado por todas las corrientes sociológicas desde el siglo XIX. ENGELS explicaba las dinámicas familiares a partir de las relaciones sociales de producción⁸. La familia extensa de origen rural deja de ser la norma hacia finales del siglo XIX, momento en el que se produjo el alumbramiento de la familia moderna de tipo nuclear⁹; después resultará indeterminada¹⁰. En menos de un siglo, todas las concepciones modélicas de la familia han saltado por los aires. En Occidente, las familias son nucleares, monoparentales, recompuestas, homoparentales, integradas por hijos biológicos, adoptivos o provenientes de técnicas de reproducción asistida. Las ciencias humanas muestran la evolución y las transformaciones de las familias, así como la forma en que el Estado acompaña o no a dichos cambios sociales¹¹.

No espere el lector encontrar aquí una historia de las familias. Tampoco se trata de un ensayo de sociología familiar ni, menos aún, de un estudio de políticas familiares. Nos dedicamos simplemente a explicar cómo las relaciones familiares se liberan (o no) de cualquier forma de naturalismo, originando así la ruptura con el orden tradicional. Dicha ruptura, cuando tiene lugar, posibilita la desintitucionalización de la familia. El individuo no se encuentra ya al servicio de la familia sino que es ésta quien está ahora al servicio de aquel¹².

La consideración de la vida en pareja como un capítulo de la vida privada es algo obvio en Francia desde la aprobación de la Ley de divorcio en el año 1975. La

⁸ ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Zurich, 1884.

⁹ PARSONS, T., “The American Family: Its Relations to Personality and the Social Structure”, en *Family Socialization and Interaction Process*, Parsons Y Bales. (Org.), Free Press, New York, 1955.

¹⁰ ROUSSEL, L., *La famille incertaine*, Odile Jacob, Paris, 1989.

¹¹ BURGUIÈRE, A., KLAPISCH-ZUBER, C. y MARTINE SEGALIN, F., *Histoire de la famille*, Armand Colin, Paris, 1994.

¹² DÉCHAUX, J. H., *Sociologie de la famille*, La Découverte «Repères», Paris, 2009.

contractualización de los vínculos conyugales se manifiesta no sólo como el fruto de la evolución de las costumbres sino, también, como la afirmación de los valores de autonomía e igualdad¹³. Por el contrario, en opinión de un cierto número de expertos, los vínculos de parentesco deberían resistir a este proceso en nombre de los principios antropológicos y en virtud del interés superior del niño¹⁴. Todo acontece como si, en un universo en plena mutación, sólo la institucionalización de la filiación pudiese garantizar la estabilidad de los vínculos familiares y sociales. Como advierte un psicoanalista próximo a esta concepción: “En esta familia postmoderna llama poderosamente la atención una constatación: es la línea recta, la de la descendencia, la de la filiación, la que se ha convertido en el caballo de batalla en medio de los acontecimientos que rodean la vida de las personas...”¹⁵. En esa misma línea de pensamiento, THÉRY afirma que el principio de indisolubilidad del vínculo familiar se ha desplazado de la pareja a la filiación¹⁶. A la progresiva contractualización de la relación de pareja, esta corriente opone la necesaria institucionalización de los lazos que se mantienen con la descendencia.

Ahora bien, una teoría política de la organización familiar, fundada en la voluntad y en la autonomía individual, lejos de desentenderse del interés del menor e ignorar la responsabilidad de los adultos, permitiría preservar mejor, en un marco más democrático, los derechos y obligaciones de cada uno de los miembros de la familia.

La contractualización no implica tampoco la desigualdad, como intentaremos demostrarlo más adelante. En efecto, no debemos olvidar que desde finales de los años 70, las teorías que propugnan una nueva institucionalización de la familia se acompañan, a menudo, de la progresiva desafección del Estado en materia social. De modo que sólo las familias que disponen de mayor capacidad económica pueden suplir las carencias del Estado de bienestar, máxime cuando en la práctica se convierten en las últimas beneficiarias de aquél. Los trabajos de COMMAILLE y MARTIN¹⁷ han demostrado el carácter profundamente desigual de nuestras sociedades en las que todos

¹³ DE SINGLY, F., *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, Paris, 1993.

¹⁴ Una crítica al “Familiarismo” así como un análisis del lugar que ocupan los diferentes expertos en la naturalización de la familia puede verse en LENOIR, R., *Généalogie de la morale familiale*, Editions du Seuil, coll. “Liber”, Paris, 2003.

¹⁵ DELAISI DE PARSEVAL, G., *Famille à tout prix*, Seuil, Paris, 2008, 16.

¹⁶ THÉRY, I., *Le démantèlement: Justice et vie privée*, Odile Jacob, Paris, 1993.

¹⁷ COMMAILLE, J. y MARTIN, C., *Les enjeux politiques de la famille*, Bayard, Paris, 1998.

los individuos –siguiendo su adscripción familiar o su sexo- no disponen de los mismos recursos para incorporarse positivamente en aquélla. La familia institucional aparece así como el principal motor de la desigualdad social¹⁸.

Lejos de desentenderse de estos efectos económicos, una teoría política de la familia fundada en el contrato coloca la cuestión familiar en el seno mismo de la cuestión social. La asunción de responsabilidad por las personas se acompaña así de la asunción de responsabilidad por el propio Estado en tanto que garante de la igualdad de los individuos. Por el contrario, la corriente institucionalista (a pesar de sus apariencias) podría interpretarse como un movimiento dirigido a aminorar la responsabilidad del Estado mediante un retorno al modelo clásico de solidaridad intrafamiliar.

Este artículo propone algunos elementos de reflexión que permitan estudiar de una forma diferente nuestra relación con la pareja, la procreación, la filiación, la paternidad y la familia, situando las instituciones en su dimensión histórica, recordando para ello las principales reglas del Derecho civil en la materia. La civilización arranca al individuo de la naturaleza, permitiéndole asumir plenamente su condición humana, histórica y cultural.

La contractualización de los vínculos familiares permite dejar en manos de los principales interesados la organización de su propia comunidad de vida, sin necesidad de remitirse a un supuesto modelo natural. Las nuevas formas de intimidad -esos nuevos modos de relación tan queridos para Foucault-, pueden encontrar en el marco del contrato una concretización política. Así, la vida en pareja deja de limitarse a la relación heterosexual y la filiación se abre a la paternidad unisexuada. En lo sucesivo, lo que contará es el individuo y su capacidad de compromiso en la vida conyugal y en el proyecto parental.

2. De la institución al contrato

En las sociedades tradicionales, el matrimonio tenía como finalidad la unión de clanes y el intercambio de mujeres constituía un elemento esencial en esta forma antropológica

¹⁸ BOURDIEU, P., *La Distinction*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1979.

de comercio. El deseo de los miembros de la pareja en modo alguno se tomaba en consideración. Se trataba así, en principio, de asegurar la conservación del patrimonio y la continuidad del linaje. Estas funciones económicas y procreadoras articulan el modelo de matrimonio que, sin presuponer un afecto recíproco, se gobernaba a partir de una estricta distribución de papeles en virtud de la cual la mujer quedaba sometida a la autoridad incontestable del varón. Mientras que en Occidente la organización de la familia se alejará de esta concepción holística y se estructurará progresivamente en torno al matrimonio individual, otras civilizaciones continuaron concibiéndolo como un pacto de clanes. Así, en la mayoría de las sociedades tradicionales de tipo patriarcal el intercambio de las hermanas de un grupo de hombres con otro grupo de hombres organiza el comercio marital. Por el contrario, en las sociedades matriarcales el hombre goza de una función reproductiva y la paternidad, puramente simbólica, es asumida a menudo por el hermano de la madre¹⁹.

Los trabajos de EVANS-PRITCHARD²⁰ muestran que entre los Azandes, un pueblo de África central, los hombres se casaban con chicos, incluso cuando disponían de mujeres, y en los periodos de guerra partían con aquéllos al campo de batalla. La jerarquía se establecía aquí no en función del sexo sino de la edad.

En el origen del Derecho occidental, el matrimonio romano organizaba la sociedad de hombres libres bajo el poder del *pater familias*. Pese a encontrarse reguladas por el Derecho privado, las bodas se convierten en un asunto público. En efecto, la alianza organiza el modelo de unidad social y de tutela de los incapaces: mujeres, niños o esclavos. En Roma se desarrollaron diversas formas de relaciones de pareja. La unión legítima, el matrimonio *cum manu* (*confarreatio*, *coemptio* y *usus*) se ubicaba en la cumbre de la jerarquía conyugal. El *matrimonio sine manu*, el *more uxorio* (concubinato) y el *contubernium*, constituían formas satélites, más o menos alejadas de la estricta formalidad del matrimonio legítimo, y permitían la creación de vínculos de pareja entre personas desprovistas de la ciudadanía. Este orden conyugal continuó

¹⁹ HUA, H., *Une société sans père ni mari: les Nas de Chine*, PUF, coll. « Ethnologies », Paris, 1997; BACHOFEN, J. J. *Le droit maternel: recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Ed. Age d'Homme, Paris, 1996; CARRER, P., *Le matriarcat psychologique des bretons : essais d'ethnopsychiatrie*, Payot, Paris, 1994 ; MAGLI, I., *Matriarcat et pouvoir des femmes*, Ed. Des Femmes, Paris, 1983.

²⁰ EVANS-PRITCHARD, E. (1937), *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé*, Gallimard, Paris, 1972.

justificándose durante la Alta Edad Media ante la persistencia de la esclavitud. Fue necesario esperar a una condena papal en el año 1095 para poner fin al *contubernium* que, entre tanto, organizaba la vida familiar de los siervos de la gleba. No está de más recordar que hasta la Revolución francesa, sólo era reconocido el matrimonio religioso²¹. Los registros parroquiales hacían las veces de Registro Civil. La Ley de 20 de septiembre de 1792 instauró finalmente el matrimonio civil, celebrado en el Ayuntamiento, que se convertirá en el único válido ante la ley. En lo sucesivo, en Francia el acto civil de matrimonio deberá preceder a toda ceremonia religiosa so pena de sanción penal²².

3. La victoria de la concepción laica del matrimonio

La competencia exclusiva del poder del Estado en materia matrimonial no es, sin embargo, una innovación doctrinal del Constituyente o del Legislador revolucionario. Más bien es el fruto de una larga evolución que permite remontarse hasta la Escolástica tardía y la Segunda Escolástica. La competencia exclusiva del poder civil en materia matrimonial resulta así, según DUFOUR²³, de la convergencia entre la afirmación del principio de autonomía del poder legislativo propio de la sociedad civil frente a la sociedad eclesiástica, por un lado, y la espiritualización del poder de la iglesia frente a los poderes temporales, por otro. La Revolución francesa rematará este proceso haciendo del matrimonio un contrato *sui generis*, laico y exclusivo.

DURAND de MAILLANE, ponente de la Asamblea Nacional francesa el 17 de mayo de 1791, afirma que “el matrimonio puede subsistir e, incluso, debe subsistir como contrato civil y a todos los efectos civiles, independientemente de la bendición eclesiástica que lo convierte en un sacramento. Así, el contrato de matrimonio y el rito eclesiástico que hace de éste un sacramento son dos asuntos que nunca deberían confundirse a fin de que ambos poderes conserven los derechos que les son propios a

²¹ Cabe sin embargo señalar que el matrimonio no religioso fue posible para los protestantes franceses a partir de 1787 gracias al *Edicto de Tolerancia* firmado por Luis XVI.

²² El artículo 433-21 del Código Penal francés establece que quién officie de manera habitual una ceremonia religiosa de matrimonio sin constatar que el matrimonio civil ha sido previamente realizado en las condiciones establecidas por la ley será sancionado con seis meses de cárcel y 7500 euros de multa.

²³ DUFOUR, A., *Mariage et société moderne, les idéologies du droit matrimonial moderne*, Editions Universitaires, Fribourg, 1997.

cada uno de ellos”²⁴. En una intervención de la Asamblea Legislativa de septiembre de 1792, SÉDILLEZ, refiriéndose al divorcio, señala: “El matrimonio es un contrato civil. Su naturaleza es la de los contratos que se resuelven de la misma forma en que han sido celebrados. Creado a partir de la voluntad de dos personas, resulta natural que el matrimonio pueda disolverse mediante la voluntad en contra”²⁵. Aunque desde 1685 el Rey toleraba el matrimonio entre protestantes celebrado ante un ministro de su culto, constituían uniones precarias, desprovistas de efectos jurídicos. La primera versión secularizada del matrimonio fue fruto del Edicto de 1787, que otorgó a los protestantes la posibilidad de beneficiarse del *ius connubii*. Lleva razón BOLOGNE cuando afirma que “ese edicto de tolerancia instituye, en efecto, una alternativa civil al matrimonio religioso: si el sacerdote rechaza casar a una pareja, el juez podrá hacerlo en su lugar. La celebración del matrimonio siempre deberá realizarse ante el sacerdote, testigo privilegiado del compromiso, pero si éste no levanta acta, el Oficial público podrá inscribir el matrimonio”²⁶. Desde el Concordato de 1801, concluido entre Pio VII y Bonaparte, los contratantes son libres de conferir a su unión la forma religiosa, si bien el Estado francés no reconocería otro acto que el celebrado ante el funcionario competente del Registro Civil. Más tarde, esta vez dando continuidad a lo establecido en el Derecho canónico, el Código de Napoleón institucionalizará la inferioridad de la mujer casada. Declarando su incapacidad, la someterá al poder absoluto del *pater familias*. “La mujer ha sido entregada al hombre para que le haga hijos. Resulta, pues, de su propiedad, del mismo modo que un árbol frutal pertenece a su jardinero”, proclama el Emperador. No es hasta 1938 cuando la mujer sale de la tutela del marido, y solamente a partir de 1970 el padre deja de ser el detentador exclusivo de la patria potestad.

A partir de la secularización del matrimonio y, sobre todo, de la consolidación de la igualdad de la mujer, se producen importantes cambios en el seno del Derecho de familia. Como hemos advertido anteriormente, la introducción del divorcio de mutuo acuerdo deja la suerte de la unión en manos de los esposos. Por añadidura, la institución matrimonial pierde el monopolio de la filiación legítima en la medida en que, tras la reforma de 1972, los hijos nacidos fuera del matrimonio son beneficiarios, en plano de igualdad, de los mismos derechos que los nacidos dentro del matrimonio. Esta

²⁴ DURANT de MAILLANE, *Archives Parlementaires*, t. XXVI, (1791), Paris, 1887, pp.166-167.

²⁵ SÉDILLEZ, *Archives Parlementaires*, t. XLIX, (1792), Paris, 1896, p. 610.

²⁶ BOLOGNE, J. C., *Histoire du mariage en Occident*, Hachette, Paris, 2005.

transformación jurídica tiene asimismo sus consecuencias en el orden reproductivo, concretamente tras la liberación del acceso a los medios anticonceptivos en 1967 y, desde 1975, de la interrupción voluntaria del embarazo. La autoridad patriarcal resulta destronada para dejar paso a la negociación y al contrato. La familia se ha convertido así en un espacio en el que la libertad individual de elegir ha desplazado a los imperativos morales y sociales; un espacio donde, además, los hijos son tratados en pie de igualdad.

4. Del matrimonio entre homosexuales

La reivindicación del matrimonio entre personas del mismo sexo ha vuelto a poner sobre la mesa el debate acerca de las fronteras de la familia. En realidad, todos los “marginados” de la historia han transformado al matrimonio confiriéndole unos contornos más flexibles. En efecto, pensemos en el pueblo romano, que reivindicaba la *confarreatio*, forma de unión reservada inicialmente en exclusiva a los patricios; o imaginemos también a los siervos de la gleba que, en 1095, tras numerosos conflictos, obtuvieron el permiso papal para acceder al sacramento del matrimonio.

Más tarde, en el marco de la lucha contra los protestantes, Luis XIV proclamó el Edicto de 1680 que prohibía a los católicos casarse con miembros de la “religión pretendidamente reformada”, derogado por Luis XVI un siglo después. Esclavos, protestantes, judíos, pero también comediantes, viudas y musulmanes fueron excluidos del matrimonio antes de su secularización.

Aunque las mujeres libres siempre han tenido acceso al matrimonio, es dentro de dicha institución donde se han encontrado más dependientes de los hombres. El Código de Napoleón de 1804 consagra la incapacidad de la mujer casada, y tendrán que esperar a una ley de 1907 para poder disponer de su propio salario. Posteriormente, algunas reformas jurídicas han permitido a las francesas adquirir la igualdad en el seno de la pareja. Si, como hemos advertido, la Ley de 1938 proclamó la capacidad de la mujer casada, el verdadero cambio sólo tendrá lugar el 13 de junio de 1965, tras la reforma del régimen económico matrimonial, al quedar abolida definitivamente la tutela marital. Un año antes, la Ley de 14 de diciembre de 1964 había ya concedido a la mujer la capacidad para ser tutora sin previa autorización de su marido. Desde entonces, la esposa podrá actuar libremente, abrir una cuenta bancaria a su nombre y recurrir ante

los tribunales para conseguir la adopción de medidas urgentes dirigidas a impedir actuaciones que puedan poner en peligro los intereses familiares. La reforma de 1970 sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad constituye, igualmente, una prueba del proceso de equiparación de derechos en el seno de la familia. Mediante la Ley de 11 de julio de 1975 se hizo desaparecer la domiciliación legal de la mujer casada en la casa de su marido. Así, en adelante, el artículo 215 establecerá que “*el lugar de residencia de la familia será el que ambos elijan de común acuerdo*”. La Ordenanza de 4 de julio de 1975 opera la última gran reforma del Derecho de familia, con la intención de simplificar la filiación y perfeccionar la igualdad entre los hijos. Conforme a esta última, la determinación de la filiación quedará sometida a reglas prácticamente uniformes cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres, unificando, además, el régimen de impugnación de la filiación.

Este breve recordatorio de la historia jurídica francesa permite mostrarnos de qué manera diferentes grupos sociales han podido acceder, progresivamente, primero al sacramento y, posteriormente, una vez secularizado éste, al contrato matrimonial. Es en esta historia en la que se inscribe la reivindicación por la igualdad de las parejas del mismo sexo. Dicha reivindicación no es otra cosa que la radicalización de la modernidad de la familia, concretamente mediante la afirmación de la libertad de todos los individuos de organizar su vida familiar con la persona de su elección. La aprobación del Pacto Civil de Solidaridad (PaCS) en 1999 constituye una nueva etapa en la contractualización de las relaciones íntimas y en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo²⁷. Pero no se trata, en realidad, más que de un punto de partida. En efecto, catorce años más tarde, gracias al debate abierto por el matrimonio de Bègles el 7 de noviembre de 2012, el Parlamento francés adopta la Ley “de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo”. Dicha Ley del 18 de mayo de 2013 modifica esencialmente el Código Civil en materia de matrimonio, nombre y apellidos y adopción; pero igualmente el Código de la Seguridad Social, el de Trabajo y otras muchas leyes. Se trata, ante todo, de armonizar el conjunto de normas jurídicas que

²⁷ BORRILLO, D. y LASCOUMES, P., *Amoures égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, col. «Sur le vif», Paris, 2002.

permitirán a las parejas del mismo sexo el ejercicio del derecho al matrimonio y la filiación adoptiva²⁸.

En materia de filiación, la reivindicación gay radicaliza igualmente la disociación entre reproducción y filiación, ya que, en adelante, la diferencia de sexos dejará de ser una exigencia para la realización del proyecto de paternidad. La cuestión del acceso a las técnicas de reproducción asistida (*assistance médicale à la procréation*, AMP) por las parejas de mujeres no ha sido permitida en la nueva ley. Ante la presión de grupos integristas, el Gobierno ha renunciado definitivamente a regular esta materia.

5. La verdad biológica en la filiación

Mientras que la reproducción es un hecho biológico, la filiación se manifiesta como un acto jurídico y, por consiguiente, cultural. La delimitación de las fronteras familiares y nacionales ha constituido en todo momento un dilema político capital. Así, los individuos pueden ser asignados a una sociedad por derecho de sangre (*ius sanguinis*) o por derecho de suelo (*ius soli*), según se opte por la herencia biológica o por el lugar de nacimiento como mecanismos de pertenencia nacional.

Desde la Revolución, el “imaginario” francés de pertenencia a la República ha sido alimentado por la idea de “comunidad teleológica”, según la cual es el hecho de compartir unos determinados valores lo que define a la comunidad y no la tradición o la asignación de una identidad²⁹.

Ni la raza, ni la lengua, ni los intereses, ni la religión constituyen elementos suficientes para definir la nación que, según RENAN, es ante todo una comunidad de individuos libres que han elegido vivir juntos compartiendo unos determinados valores pasados y futuros³⁰. Sin embargo, la cuestión de la identidad nacional no ha dejado nunca de alimentar el debate político y de configurar el arraigo “étnico” como consustancial a la

²⁸ BORRILLO, D. A. y FLORES RODRÍGUEZ, J., “La reforma del Derecho de familia en Francia: A propósito del Proyecto de Ley nº 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo”, *Actualidad Civil*, Nº 4, t. I, Abril 2013.

²⁹ FASSIN, E. «Naturalisation. Filiation, famille et nationalité» en *Reproduire le genre*, FASSIN, E. et DORLIN, E., (dir.), Bibliothèque publique d'information du Centre Pompidou, Paris, 2010.

³⁰ RENAN, E., «Qu'est-ce qu'une nation?», Conferencia en la Sorbonne, 11 de marzo de 1882.

pertenencia nacional. Como la familia, la naturalización de la nación constituye el *leitmotif* del pensamiento conservador.

La adscripción a una familia puede derivarse, igualmente, de vínculos biológicos o de la voluntad individual. Desde luego que el Derecho pondera uno y otro contenido pero, según la concepción filosófica adoptada -naturaleza o convención- la expresión de la familia no tendrá los mismos contornos.

Si el engendramiento pertenece a lo biológico, la filiación constituye un acontecimiento eminentemente convencional. En realidad, la filiación puede tener en cuenta el hecho natural pero, como dispositivo de asignación del parentesco, responde a sus propias reglas, desvinculadas de la naturaleza.

En Occidente, la moral de los bárbaros (ordalías) y el Derecho canónico (*copula carnalis*) tienen en común la verdad del cuerpo como fundamento del vínculo jurídico, contrariamente a la civilización romana para la cual la voluntad constituía la piedra angular de su sistema jurídico³¹. El Derecho moderno torna su mirada hacia las reglas del Derecho romano, otorgando a la voluntad una plaza central en la determinación de los vínculos de filiación y concediendo a la *fictio legis*, en tanto que promoción de la justicia, un lugar destacado. En lo sucesivo, no serán tanto las raíces naturales de la institución las que cuenten, sino los instrumentos jurídicos capaces de obtener resultados concretos (por ejemplo, la paz de la familia o la solidaridad entre las sucesivas generaciones).

La filiación confiere a cada persona un estado civil determinado al que se asocian importantes efectos jurídicos tanto en el plano patrimonial (obligaciones alimenticias, derechos sucesorios...) como extrapatrimonial (atribución del nombre y apellidos, patria potestad...). La filiación únicamente existe cuando se determina en las condiciones y conforme a los modos previstos en la ley. Dicho de otra manera, la filiación es determinada por la norma jurídica y no por la ley de la naturaleza. A tal efecto, el Derecho tendrá en cuenta varios hechos fundamentales: la biología (la filiación de

³¹ BAUD, J. P, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Le Seuil, Paris, 1993.

sangre), la voluntad (adopción), la presunción (la supuesta paternidad del marido en relación con la madre) y la convivencia (posesión de estado).

La era moderna, tras el advenimiento de las técnicas de procreación artificial³², permite la disociación entre sexualidad y reproducción. El progreso científico, con la donación de espermatozoides, la congelación de ovocitos, la fecundación *in vitro* y la identificación genética de los padres ha provocado un “pánico moral”³³, amplificado por los medios de comunicación y explotado por las corrientes conservadoras. Para apaciguar a la opinión pública, en lugar de asumir los principios jurídicos del Derecho civil de familia, el aparato político ha preferido resguardarse bajo la sombra tranquilizadora de los expertos (psicoanalistas, especialistas en genética, antropólogos, teólogos...), a fin de que sean éstos los que concedan los permisos o dispongan las prohibiciones en materia de filiación³⁴. La biología empieza así a convertirse en el fundamento real o simbólico del sistema de paternidad, en contra de la modernidad que tiempo antes había instaurado la voluntad en el núcleo de dicho sistema³⁵.

El lugar preponderante de la verdad biológica en la determinación del vínculo de filiación fue confirmado por los magistrados en una conocida sentencia de la Corte de casación de 28 de marzo de 2000. La distinción tradicional entre reproducción (hecho biológico) y filiación (hecho cultural), fundamento del Derecho civil moderno, resulta cuestionada. No ya a partir de los clásicos argumentos procedentes del Derecho canónico, sino apelando a una doble retórica que, por un lado, hará de la diferencia de sexos la *conditio sine qua non* de la filiación y, por otro, situará el análisis de sangre y la prueba de ADN en el centro del dispositivo jurídico de la paternidad.

Las leyes de bioética, anticipándose a la reivindicación de futuros padres gays y madres lesbianas tuvo cuidado en reservar a la pareja heterosexual el acceso a las técnicas de reproducción asistida. El miedo a la filiación unisexuada, fruto del reconocimiento del

³² En Francia el acceso a las nuevas técnicas (fecundación *in vitro*, inseminación artificial...), conocidas bajo el término general de *assistance médicale à la procréation* (AMP) queda reservado a las parejas heterosexuales infértiles. La gestación por sustitución (*gestation pour autrui*) es una práctica prohibida a todas las parejas.

³³ OGIEN, R., *La panique morale*, Grasset, Paris, 2004.

³⁴ FASSIN, E., «La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique», en *Au-delà du PaCS*, BORRILLO, D., y FASSIN, E. (dir.), PUF, Paris, 1999.

³⁵ BORRILLO, D., «La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut des beaux-parents ou le PaCS de la filiation», *Droit et Société*, n° 72, Paris, 2009.

derecho a la filiación plena a las parejas del mismo sexo, ha tenido como resultado una radical puesta en entredicho de la noción jurídica de filiación concebida, en lo sucesivo, como un acontecimiento natural, o al menos, naturalizable³⁶. El temor a la institucionalización de la homoparentalidad y la fe en la prueba biológica (sanguínea o genética) debilitan los demás supuestos de filiación que reposan sobre la voluntad y la vivencia. Los grandes principios en torno a los cuales se articula el Derecho civil, tales como la autonomía, el respeto a la vida privada, la igualdad o la libre disposición de sí mismo se hallan así debilitados en provecho de nuevas fórmulas (extrañas al Derecho) basadas en el orden simbólico, la estructuración psíquica de los niños o la diferencia de sexos.

Ahora bien, esta tensión entre verdad objetiva y afectiva ¿no corre el riesgo de poner también en tela de juicio otras formas de filiación como la adopción plena, las técnicas de reproducción asistida mediante donante o, simplemente, las familias monoparentales? La naturalización del orden simbólico ¿no es un nuevo dogma capaz de influir en el debate democrático? ¿No oculta la exigencia de la diferencia de sexos una forma inconfesable de homofobia? ¿No favorece la preeminencia de lo biológico una nueva jerarquía de las filiaciones? ¿Puede la biología dar cuenta de la complejidad de la filiación? Frente al apremio de las nuevas formas de paternidad ¿no corremos el riesgo de buscar refugiarnos detrás de certezas biológicas? ¿Podría llegarse a admitir que la persona construya su identidad principalmente sobre la base de su patrimonio genético? ¿Puede la diferencia de sexo o la verdad biológica configurar un estatus simbólico superior al de la voluntad y las presunciones? Estos son los interrogantes que se plantean en el actual debate sobre el matrimonio y la filiación homoparental, y a los que la nueva ley ha dado una respuesta parcial ya que solo permite la adopción para las parejas del mismo sexo casadas.

La preeminencia de la voluntad y la introducción de la verdad biológica únicamente en el marco de un contencioso parecían asumidas hasta el día en que los homosexuales se han puesto a reivindicar los derechos reproductivos. Cuando las parejas del mismo sexo desearon convertirse en padres de pleno derecho (accediendo a las diferentes formas de

³⁶ FASSIN, E., «La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction », en *Journal des anthropologues, numéro spécial Médecine et biologie: chimères et production du social*, n° 88-89, 2002, pp. 103-122.

filiación), un conjunto de nuevas normas (como la Ley de bioética, la Ordenanza de 2005, la jurisprudencia de la Corte de casación...) vinieron a introducir, progresivamente, la exigencia de la heterosexualidad para la instauración del vínculo de filiación³⁷. El vivo debate que ha originado la Ley sobre la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y, sobre todo, la enmienda propuesta por los parlamentarios socialistas en relación con el acceso a las técnicas de reproducción asistida para parejas de mujeres, testimonian la dificultad que supone pensar los vínculos familiares al margen del sentido común heterosexual, hasta el punto de que aquellos parlamentarios se vieron forzados a abandonar dicha enmienda.

En el estado actual del Derecho, el problema no se plantea para los homosexuales que han concebido un hijo por medios naturales (o por inseminación artificial, pese a ser ilegal en Francia). En este supuesto, la persona disfruta de la paternidad y de la autoridad sobre el niño (o es padre o es madre y, por tanto, goza del derecho a ejercer la patria potestad). En lo que concierne a la pareja de un padre o una madre homosexual, incluso los conservadores están de acuerdo en la necesidad de encontrar una solución jurídica adecuada (*estatuto de padre social*, por ejemplo), y la Justicia admite hoy la delegación del ejercicio de la patria potestad en la pareja de una madre lesbiana. No obstante, si bien algunas funciones parentales han sido reconocidas a los homosexuales, el estatus de padre de pleno derecho solo es posible con la nueva ley mediante la adopción. El acceso a las técnicas de reproducción asistida, la presunción de paternidad, y la maternidad de sustitución continúan siendo denegados a las parejas del mismo sexo. Ahora bien, como acabamos de mostrar, el modelo civilista puede funcionar perfectamente en las parejas del mismo sexo. En efecto, dicho modelo sitúa la voluntad en el núcleo de la filiación, y permite ocultar la identidad de los progenitores (parto sin revelar la identidad de la madre³⁸, donante anónimo, adopción plena, etc.). En definitiva, el modelo civilista acepta el reconocimiento voluntario expresado, *a priori*, en la presunción de paternidad que pesa sobre el marido de la madre. El modelo civilista autoriza la creación de un vínculo de filiación legal simplemente frente a quien se ha

³⁷ En un informe de 1988 solicitado por el Primer ministro, Guy BRAIBANT hace referencia a la “afirmación del valor de las estructuras naturales de la paternidad”. En 1994, la Ley de bioética definió jurídicamente por primera vez la pareja como la unión de un hombre y una mujer. En 1995, el Consejo de Estado habla también, por vez primera, de ausencia de referente paternal en el caso de una adopción por una persona soltera, incluso cuando tal referencia no aparece contemplada en la ley.

³⁸ Este sistema permite dar a luz a la mujer ocultando su identidad y entregando al niño a los servicios sociales.

comportado como padre (posesión de estado). Para este modelo, en el fondo, la voluntad no tiene sexo. ¿Por qué pretender, pues, sexualizarla para algunos vínculos de filiación?

La dificultad de admitir una maternidad exclusivamente femenina o una paternidad exclusivamente masculina -acorde, no obstante, con el espíritu del Derecho civil³⁹-, ha llevado a poner en duda ese modelo en beneficio de una visión naturalista de la filiación: la prueba biológica se impone en los procesos de impugnación de la paternidad, la investigación de los orígenes es objeto de reivindicación social, la diferencia de sexo se transforma en un valor. En resumen, la verdad biológica se pone de manifiesto como el argumento último, no sólo para oponerse a la filiación homoparental y, por tanto, para crear una suerte de jerarquía entre las filiaciones (que, en lo sucesivo, deberán estar basadas en la paternidad natural), sino también para señalar a las familias monoparentales como las responsables del desorden individual y social.

Para algunos autores, la ley francesa ha ido demasiado lejos en la “negación” de la verdad biológica. Así FINE propone el reconocimiento de la pluralparentalidad, que “no solamente está asociada al lugar cada vez más importante que ocupan las familias recompuestas en nuestra sociedad. Ha sido inducida por la creciente consideración de la cuestión identitaria que se ha expresado en forma de reivindicación del derecho del niño a conocer sus orígenes, de los hijos adoptados o de los que han nacido mediante técnicas de reproducción asistida”⁴⁰. La autora lamenta que “contrariamente a Inglaterra o Alemania, Francia se encuentra al margen del modelo de la *open adoption*”, es decir, sin ruptura con la filiación biológica. Este punto de vista implica poner en entredicho la Ley de 1966, que autoriza la adopción monoparental, y constituye además una crítica al parto sin revelar la identidad de la madre (*accouchement sous X*) y al anonimato en caso de donación de espermatozoides así como a la desaparición del origen biológico en el acta de nacimiento en caso de adopción plena. El acceso a los orígenes, para dicha ideología, no aparece tanto como un derecho subjetivo del individuo a conocer sus genitores sino como el derecho de la humanidad a la “no falsificación de la filiación” (THÉRY).

³⁹ La adopción plena exclusivamente por un individuo se encuentra autorizada en Francia desde 1966.

⁴⁰ FINE, A., «Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales», *Spirale*, n° 21, 2002-1.

Para limitar los efectos de la homoparentalidad, la nueva ideología biologizante no duda en cuestionar el sistema del Derecho civil. En efecto, es a condición de preservar en alguna medida la supremacía procreadora de la heterosexualidad como la homosexualidad podría, consiguientemente, reclamar su inscripción en el orden de parentesco. La cuestión de lo biológico retoma así un vigor renovado, asegurando, por un lado, el lugar de la heterosexualidad en el seno mismo de la homoparentalidad (o pluriparentalidad, si retomamos la expresión de FINE), y, por otro, basando la norma no ya en la voluntad sino en la inmanencia de los orígenes (llamado en lo sucesivo “orden generacional”, “orden simbólico” o “historia narrativa”)⁴¹. El acceso al origen biológico permite otorgar un estatuto simbólico a los genitores y salvaguardar la diferencia de sexos en el montaje de la filiación.

6. Hacia un nuevo paradigma familiar

Como lo habíamos señalado anteriormente, mientras que Rousseau construye una teoría política de la vida en común sobre la base de la voluntad (individual y, sobre todo, colectiva), deja a la familia fuera del contrato social: “la familia es el primer modelo de las sociedades políticas, la más antigua y la más natural: el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los niños”⁴². Es así como la metáfora de la familia permite justificar el orden patriarcal como un hecho natural. La democratización de la vida privada necesitaba de una previa reformulación de los vínculos familiares, que permitiera escapar de la multiseular influencia de la naturalización. Éste fue el largo trabajo del Derecho civil desde su secularización. La contestación del orden familiar “natural” no es, en definitiva, más que la radicalización de la modernidad según la cual la voluntad, y no la diferencia de sexos, constituye la base de la institución matrimonial y de la paternidad. La filiación dissociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico basado no ya en la verdad biológica sino en un proyecto de paternidad responsable. Poco importa pues la organización de la familia (monoparental, homoparental, nuclear, recompuesta, tradicional...) si las premisas del contrato, así como sus efectos, resultan respetados (igualdad en la unión matrimonial y en la filiación). El Estado debería pues tratar en condiciones de igualdad al conjunto de

⁴¹ BORRILO, D., *Bioéthique*, Dalloz, Paris, 2011.

⁴² ROUSSEAU, J. J., *ob. cit.*, 7.

familias, como a cualquier otra forma de intimidad. Para llevar a cabo esta tarea resulta preciso dar cumplida sepultura a un Derecho de familia único fundado en el dogma paterno⁴³, y repensar las reglas que gobiernan la familia a partir de la negociación y la contractualización. La convivencia del matrimonio, del PaCS y del concubinato como opciones de todas las parejas responde a dicha exigencia, como, también, el reconocimiento del derecho a la adopción, el acceso a las técnicas de reproducción asistida y la maternidad de sustitución más allá de los casos de esterilidad. Basada en la voluntad, la adopción es una institución más adecuada que la biología para asegurar la estabilidad de los vínculos familiares. Contrariamente a la filiación carnal, la filiación electiva (adopción) encuentra su fundamento en la libertad no solo de acoger a los hijos de otros sino, igualmente, de abandonar a sus propios hijos biológicos, lo que hoy sólo es posible para las mujeres (en el parto anónimo o *accouchement sous X*), pero que, mañana, debería poder extenderse a los hombres a través de una declaración formal de reconocimiento de paternidad, en cuyo defecto, el vínculo jurídico de filiación no debería existir. La generalización de la filiación adoptiva (comprendida en ella incluso la de sus propios hijos) permitiría así colocar la voluntad en el centro del dispositivo parental. En lo sucesivo, éste reposaría exclusivamente en la voluntad del o de los progenitores que entregan al niño y la de los adoptantes que lo acogen. A lo que se añade que la adopción es una institución concebida a partir del derecho del niño a tener una familia, contrariamente a la filiación biológica que se manifiesta más bien como un recurso del derecho al niño⁴⁴.

Asumir una teoría contractualista de los afectos -tanto horizontalmente, a nivel de matrimonio, como verticalmente, con objeto de extender los supuestos de adopción al nivel de la filiación-, no implica en modo alguno desinteresarse de los vulnerables (los menores, las personas mayores, los animales, etc.). Bien al contrario la técnica particularmente contrastada del equilibrio de las prestaciones y de la protección de los más débiles (contratos de adhesión, contrato de consumo, cláusulas leoninas, teoría de la lesión...), permite garantizar más eficazmente los grandes principios internacionales y constitucionales de igualdad del conjunto de miembros de esta comunidad afectiva y patrimonial. Igualmente, la adopción como modelo universal de la filiación, y no la

⁴³ TORT, M., *La fin du dogme paternel*, Flammarion, Paris, 2005.

⁴⁴ BORRILLO, D., «Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue Critique*, « *Le genre : une question de droit ?* », n° 2, 2011, pp. 263-274.

capacidad reproductiva, hace posible basar la paternidad en la responsabilidad y en un proyecto meditado, lo que permite así evitar los desafortunados casos de maternidad o paternidad no deseados.

7. Del estatus a la función: parentesco y parentalidad

Los términos parentesco y parentalidad (*parenté* y *parentalité*) no tienen existencia jurídica en Francia. Reenvían a la etnología y a la sociología de la familia. Son, sobre todo, los trabajos de DURKHEIM, MAUSS, LÉVI-STRAUSS, MALINOWSKI, MEAD o BENEDICT los que nos han familiarizado con estas nociones. El parentesco (*parenté*) designa las reglas de descendencia que se aplican a cada individuo y, más generalmente, el vínculo que une al niño con uno o con ambos adultos (padre y madre). La parentalidad (*parentalité*) hace referencia a la educación de los hijos, así como a los derechos y obligaciones que resultan de su ejercicio (actuaciones pedagógicas, domésticas, educativas, de cuidado, derecho de alojamiento, de visita, etc.). Se buscarán, pues, en vano estos vocablos en los códigos y en las leyes. El término parentesco (*parenté*) es conocido en Derecho como “filiación”, mientras que el equivalente jurídico de la parentalidad es el de la *patria potestas*, llamada más tarde autoridad parental o responsabilidad parental (en Derecho español, patria potestad). La filiación remite a un estatus mientras que la autoridad parental hace referencia a una función. La filiación alude a algo estático, designa un lugar, una posición determinada en un linaje o descendencia. La patria potestad alude, más bien, a algo dinámico; de hecho, se habla del ejercicio de la autoridad parental. Así, se puede privar de la patria potestad (por maltrato, consumo de droga o alcohol, falta de cuidado, poner al niño en situación de riesgo, etc.) precisamente porque se trata del ejercicio, pero no se puede desposeer de una filiación establecida jurídicamente. Los peores padres (criminales o pedófilos) no dejan nunca de ser jurídicamente padres. Su posición, su estatus, no cambia, incluso cuando pierden la función parental (patria potestad). El parentesco y la parentalidad responden a reglas distintas: el Código Civil francés trata de la filiación en el título VII y regula la autoridad parental en el título IX.

La filiación es un vínculo jurídico que crea una relación de ascendencia familiar entre dos personas, designándolos como hijo, por un lado, y, como padre y madre, por otro (filiación propiamente dicha, o parentesco antropológicamente hablando), para

convertirlos en acreedores y deudores de obligaciones mutuas o reciprocas (consecuencia de la filiación, o, en términos antropológicos, parentalidad). La filiación confiere a cada persona un estado civil determinado al que se vinculan importantes efectos jurídicos tanto en el plano patrimonial (obligación alimenticia, derechos sucesorios...), como en el plano extrapatrimonial (atribución del o de los apellidos, autoridad sobre los menores...). En Derecho, la parentalidad es consecuencia, en principio, del parentesco pero, como luego veremos, ambas pueden coexistir perfectamente disociados.

La filiación existe únicamente cuando se origina en las condiciones y conforme a los modos previstos en la ley. Dicho de otra manera, la filiación se determina por la norma jurídica y no por la naturaleza. En principio, la cuestión de la filiación aparece en el Código Civil francés como un elemento que permite definir la pertenencia a la nación (arts. 16 a 31), para, a continuación, regular la pertenencia a la familia (a partir del art. 310 CC). Así, el niño nacido en Francia se presume francés (en principio), la mujer que da a luz se presume su madre, y su cónyuge, si aquélla se encuentra casada, se presume ser el padre a condición de que el niño haya nacido dentro de los ciento setenta y nueve primeros días del matrimonio. Ahora bien, como toda presunción, ésta puede ser destruida. La cuestión de la filiación es, pues, un asunto de apariencias, de indicios, de evidencias, pero no de la verdad. A este respecto, establece el artículo 310-1 del Código Civil francés lo siguiente: *“La filiación quedará legalmente establecida, en las condiciones previstas en el capítulo II del presente título, por efecto de la ley, por reconocimiento voluntario o por posesión de estado acreditado mediante acta de notoriedad. También podrá ser determinada por sentencia judicial en las condiciones previstas en el capítulo III del presente título”*. Como advierte TERRÉ *“en cualquier edad, la relación de filiación crea entre un individuo y sus autores un vínculo biológico, afectivo, espiritual, que el Derecho asume, modela, copia, a veces deforma”*⁴⁵. Se trata, pues, de una cuestión eminentemente cultural y, por este hecho, susceptible de evolucionar en el tiempo. Así, la filiación agnaticia del Derecho romano supuso un modelo de paternidad exclusivamente masculina que no tenía necesariamente un origen fisiológico y que reposaba esencialmente sobre la voluntad del *pater familias*.

⁴⁵ TERRE, F. y FENOUILLET, D., *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, Paris, 1996.

Recordemos que el Derecho canónico prohibía la adopción y el Antiguo Derecho Francés determinaba el parentesco por el parto, quedando la paternidad reservada al varón, uniéndose así la procreación carnal y espiritual en la figura del esposo. Por el contrario, el hijo concebido fuera del matrimonio (el bastardo) no disfrutaba más que de un progenitor.

El código de Napoleón reserva sus favores al hijo legítimo, es decir, al que ha nacido en el seno de la pareja casada. Desde 1972, las sucesivas reformas han puesto fin a la distinción entre hijo legítimo e hijo natural. Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, la filiación tiene en cuenta no sólo la realidad biológica y la voluntad, sino también el tiempo (posesión de estado). Concretamente, en relación con este último supuesto, el artículo 311-1 del Código Civil establece lo siguiente:

“La posesión de estado tiene lugar mediante la reunión suficiente de hechos que revelen el vínculo de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la cual se le dice pertenecer. De estos hechos, los principales son:

1º Que esa persona haya sido tratada como sus propios padres por la o las personas de la familia a la que se considera pertenecer.

2º Que con esa misma cualidad, aquéllas hayan contribuido a su educación, a su manutención y acomodación.

3º Que esa persona sea reconocida como hijo suyo por la sociedad y la familia.

4º Que esa persona sea reconocida como tal por la autoridad pública.

5º Que esa persona siempre haya llevado el apellido de los que se le dice haber nacido”.

Como advierte CORNU, “El derecho de filiación no es solamente un derecho de la verdad (biológica), es un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de la familia, de los afectos, de los sentimientos morales, del orden establecido, del tiempo que pasa...”⁴⁶.

⁴⁶ CORNU, G., *Droit civil: la famille*, 9ª, ed., Montchrestien, Paris, 2006.

Cuando el Derecho asimila filiación y procreación lo hace con mucha prudencia. En efecto, el acceso a la certeza biológica se encuentra estrictamente encuadrado y delimitado. A este respecto, señala el artículo 16-11 del Código Civil lo siguiente:

“[...] En el ámbito civil, la identificación mediante huella genética no podrá ser investigada sino en ejecución o en cumplimiento de una resolución judicial como consecuencia de una acción dirigida bien a la determinación o impugnación del vínculo de filiación, bien a la obtención o supresión del derecho a percibir alimentos. El consentimiento del interesado deberá haber sido recabado previa y expresamente [...]”.

La prueba científica de análisis de sangre es conforme a Derecho (desde la sentencia de 28 de marzo de 2000 de la Corte de casación), pero no puede ser aportada al proceso más que si existen presunciones o indicios graves.

Para la determinación de la filiación no es necesaria la diferencia de sexos ni la verdad biológica. En efecto, la adopción plena puede ser individual o por una pareja casada (por uno o dos progenitores). En cuanto a la adopción simple ésta permite crear un vínculo de filiación entre cuatro personas (los padres originarios y los padres adoptivos). A ello se añade que una persona sola puede adoptar, y la progenitora puede renunciar en el parto que tiene lugar sin revelar la identidad de la madre (*accouchement sous X*), de igual manera que el donante anónimo de esperma nunca se convertirá en el padre del niño en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida (AMP).

8. El parentesco de las parejas del mismo sexo

Mientras que hasta los años 90 el conjunto de especialistas de Derecho de familia estaba de acuerdo en la dimensión eminentemente social de la filiación (modelo civilista), desde que emerge en la escena pública la reivindicación homoparental comienza a ver la luz una redefinición de tipo naturalista.

Los posicionamientos liberales de varios juristas a lo largo de los años 80, en relación a las condiciones de acceso a las técnicas de reproducción asistida, testimonian -si tenemos en cuenta los tradicionales caracteres del derecho de filiación-, que la lógica de

la imposición de un modelo parental fundado en la diferencias de sexos, no resultaba una evidencia. O dicho de otra forma, a la hora de crear un vínculo de filiación el modelo civilista permitía la autonomía del Derecho frente a la naturaleza. En su calidad de Ministro de Justicia, Robert BADINTER preconizaba en 1985 un gran margen de libertad en esta materia, justificando, frente al Derecho, la libertad de la mujer sola de recurrir al uso de técnicas de reproducción asistida, y denunciando, ante su ausencia, una discriminación en razón de su situación matrimonial, así como un atentado a su vida privada. También se pronunció contra la prohibición del recurso a las madres de sustitución. Su razonamiento se basaba en el respeto a los derechos fundamentales y, concretamente, en el “esencial de dar la vida, de colmar más intensamente su destino humano y asegurar su descendencia”. En su opinión, se trataba de “un derecho que el ser humano debe ver reconocido y garantizado por la ley para, de este modo, esperar poder alcanzar el desarrollo de su personalidad, que, en democracia, es el fin de toda organización social”⁴⁷. Efectivamente, si una mujer puede abortar legalmente no se entiende por qué razón no puede gestar en su vientre un niño para otra mujer o concretizar a través de la técnica reproductiva un proyecto de maternidad.

Igualmente, un jurista conservador como François TERRÉ señalaba que “la prohibición del acceso a las técnicas de reproducción asistida por los demandantes de hijos, que no obedece a una razón terapéutica, resultaría poco satisfactoria y constituiría una intromisión en la vida privada contraria a la libertad de procreación, aunque fuera motivada por preferencias personales”⁴⁸.

En cuanto al argumento de la necesidad de imponer una filiación bisexuada (materna o paterna) continuaba siendo una exclusiva de los juristas católicos, apegados a la visión naturalista del Código canónico.

¿Qué es lo que ha ocurrido para que tal giro haya tenido lugar?

En primer lugar, la puesta en marcha del Comité de Ética de Ciencias de la Vida y de la Salud ha permitido la entrada en el debate sobre la futura Ley de bioética de representantes de las religiones así como de psicoanalistas. La dimensión práctica del

⁴⁷ BADINTER, R., «Discours devant le Conseil de l'Europe», *Le Débat*, n° 36, Paris, 1985, 4-14.

⁴⁸ TERRÉ, F., *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, Paris, 1987.

Derecho se ha visto así “contaminada” por una aproximación ideológica alimentada por el sentido común, que asocia la filiación con la biología.

En 1988 en un informe al Primer Ministro, Guy Braibant, hace referencia por vez primera a la necesaria “afirmación del valor de las estructuras naturales del parentesco”. En 1994, también por primera vez, la Ley de bioética definió jurídicamente la pareja como la unión de un hombre y una mujer. En 1995, el Consejo de Estado se refirió a la ausencia de referente paterno en el caso de la adopción por un soltero, pese a que tal referente no es exigido por la ley. Este proceso político-jurídico ha producido una “naturalización” de la pareja heterosexual como base de la filiación: una suerte de orden simbólico al que el Derecho debe someterse. La “heterosexualización” de la filiación existía (y aún permanece) en el sentido común (vinculado a una visión biológica), pero no existía en el sentido jurídico (vinculado a una concepción civilista). El discurso religioso y una cierta versión psicoanalítica han venido, en este punto, a confortar a la *doxa*. Así, el acceso a las técnicas de reproducción asistida no se encuentra pensado políticamente, ni construido jurídicamente, sobre la base de un derecho subjetivo o de una libertad individual (como la interrupción voluntaria del embarazo o el uso de anticonceptivos), o de un proyecto parental de la persona o de la pareja (como la adopción), sino como un acto médico que sirve para paliar la esterilidad o evitar una enfermedad grave. En cierta forma, la AMP constituye una dimisión de lo político a favor de la “razón clínica”. A éste imperativo médico se añade la promoción de un tipo de organización de la familia: la pareja heterosexual en edad de procrear. En Francia, la legislación sobre la AMP se encuentra legitimada por una concepción de la paternidad “natural”, basada en la idea, pretendidamente universal, de que el interés del futuro niño implica el derecho a tener una madre y un padre biológicos. Estos valores, descritos como naturales, están en el origen de la integración de la AMP entre los servicios que proporciona la Seguridad Social, justificando la regla según la cual solo la pareja estable compuesta por “un hombre y una mujer en edad de procrear” tendría derecho a acceder a esta técnica. Lo que hoy se encuentra en juego no es sólo dejar atrás esta concepción de la AMP y abrirla a las parejas de lesbianas en nombre del principio de igualdad, sino también, y sobre todo, pensar las técnicas procreativas independientemente de la justificación médica y del imperativo biparental y heteroparental.

El modelo civilista otorga un papel principal a la voluntad permitiendo el anonimato de los progenitores, situando, en el caso de la adopción, la paternidad social por encima de la verdad biológica.

Es en el núcleo de este modelo civilista en el que se inscribe la Ley de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y la adopción homoparental. Es en el centro de esta concepción contractualista de la familia donde el acceso a las técnicas de reproducción asistida por las mujeres solas o por las parejas de mujeres, como también la legislación relativa a la gestación por sustitución (GPA) destinada a las parejas de hombres, resultan igualmente posibles.

9. Los efectos de la contractualización

Una vez presentado el origen y las implicaciones teóricas de la contractualización de la familia, veamos ahora cuáles son las principales consecuencias prácticas tanto a nivel de la pareja cuanto de la filiación en los ámbitos patrimonial y extra-patrimonial.

Como habíamos subrayado al principio de éste capítulo, el divorcio aparece en los principales Derechos modernos como un contrato ya que las partes pueden decidir por mutuo acuerdo en poner fin al matrimonio. El principal efecto de la contractualización es el divorcio. Sin embargo, aún se requiere la presencia del juez para validar dicho contrato de ruptura. Si no existe conflicto alguno entre las partes, la firma del contrato de divorcio y un simple registro administrativo del mismo deberían ser suficientes para que produzca efectos entre las partes y respecto de terceros. Nada justifica la intervención del juez si no existe contencioso alguno o peligro de abuso de alguna de las partes o respecto de los menores. Desde hace tiempo, los diferentes ministros de justicia de derechas y de izquierdas indistintamente han intentado crear en Francia un divorcio administrativo pero el *lobbying* de los abogados hace dicha tarea imposible.

Más allá del divorcio, existen aún varios escollos que impiden una plena contractualización tanto a nivel horizontal cuanto a nivel vertical.

Respecto de la pareja, la principal barrera se encuentra en la concepción vigente (aunque a mi entender premoderna) del matrimonio como una unión no solo de dos

personas sino también de dos familias. Así, las relaciones de alianza (o de parentesco por afinidad como se las denomina en España) crean obligaciones patrimoniales (alimentos, asistencia...) y extrapatrimoniales con la familia política. El casamiento como alianza de familias no se corresponde con la realidad social ni con el sentimiento de los cónyuges que de ninguna manera entienden unirse con la familia del otro cónyuge.

Del mismo modo, son aún demasiados los imperativos de orden público que disminuyen la capacidad de las partes. El primero es la limitación del contrato matrimonial a dos personas. Tratándose de personas mayores y capaces no debería existir impedimento alguno para que contraigan matrimonio más de dos individuos libres y que consienten a ello. Si la poligamia puede considerarse como un contrato nulo ya que se funda en la inferioridad de la mujer y en la correlativa dominación de un varón sobre varias mujeres, nada impide que, en situación de igualdad, sean celebrados contratos matrimoniales entre varios varones y una mujer o varias personas independientemente del género y la orientación sexual de las mismas. Del mismo modo, la obligación de fidelidad en tanto que principio de orden público y por ende inderogable por las partes, resulta contraria a la libertad contractual. En efecto, la obligación de fidelidad aparece como la condición de la presunción de paternidad, presunción que a su vez resulta también contraria al principio de contractualización según el cual ningún elemento ajeno a la voluntad debería crear efectos jurídicos. Como lo hemos esbozado anteriormente, la contractualización de la filiación pasa por el reconocimiento de los menores (hijos biológicos o no) y no por la presunción de ser genitor. Más allá de dicha razón, la obligación de fidelidad aparece como un deber moral (reprobación del adulterio) que, en caso de incumplimiento conlleva serios prejuicios como el divorcio culposo en Francia o la desheredación y de la pérdida del derecho de alimentos en España. Del mismo modo, ningún régimen automático de tutela resulta compatible con la autonomía de la voluntad, por lo tanto otro de los efectos de la preeminencia de las reglas dispositivas respecto de las reglas imperativas es terminar con dicha tutela involuntaria de los cónyuges entre sí o de los padres respecto de los hijos.

Es sin duda alguna a nivel patrimonial donde se ha realizado la mayor parte del proceso de contractualización. Así los cónyuges pueden optar por diferentes formas de organizar su patrimonio y no debe ser la sociedad de gananciales sino el régimen de separación de

bienes que se presume (régimen legal supletorio) en caso de ausencia de convenio. La solidaridad por deudas relativas a los gastos familiares también se justifica en cuanto se circunscribe estrictamente a aquéllas. Es de nuevo a nivel vertical donde se presentan las mayores resistencias. En efecto, la reserva patrimonial que resulta de la legítima reduce sustancialmente la capacidad de los individuos a disponer de su patrimonio *mortis causa*. Se argumenta a menudo que la legítima permite proteger a los miembros de la familia pero en realidad dicho sistema perpetúa situaciones de desigualdad ya que son las familias con mayores recursos las que conservan en su seno el patrimonio. Otra opción más justa socialmente sería aquella que, en caso de ausencia de testamento, constituya como causahabiente a instituciones públicas de asistencia social, por ejemplo.

A nivel extrapatrimonial, un sistema de contractualización permite también disponer libremente de los apellidos tanto del número y del orden que los padres entiendan transmitir a los hijos, cuanto de la posibilidad de estos últimos de modificar dicho orden o de utilizar solo un apellido si así lo desean, una vez mayores.

Respecto de la filiación, la preeminencia de las reglas dispositivas hace emerger la figura de la adopción como modelo pues es en dicha forma de organización parental en la que la voluntad unilateral de los futuros padres permite crear el vínculo filial, inversamente al sistema biológico que crea vínculos familiares incluso contra la voluntad de los genitores, en particular de aquella del varón. Contrariamente a la mujer que en Francia puede abortar o abandonar al niño al nacimiento (*accouchement sous X*), basta con una relación sexual fecunda para hacer del hombre un padre con todas las implicaciones jurídicas del caso.

El abandono legal del hijo biológico para las mujeres y su posible extensión para los varones constituye una garantía para el menor. Al poder abandonarlo, los padres se sentirán más libres para reconocerlos y si no son ellos quienes lo hacen siempre podrán aquellos ser adoptados por personas que desean asumir plenamente un proyecto parental. Abandonar a la progenitura es considerado para la moral cristiana como un acto aberrante. Sin embargo podemos ver en ello lo contrario, es decir un gesto de amor hacia alguien al que se le da la posibilidad de ser acogido por una familia que podrá sustentarlo tanto material como moralmente mejor que el progenitor.

Del mismo modo el menor al llegar a la edad adulta debería poder abandonar legalmente a sus padres y eventualmente cambiar de apellidos si fuese adoptado por otra persona. Forzar a los individuos a mantener relaciones no deseadas y crear obligaciones entre ellos es el mejor modo de alimentar la violencia psicológica y social, situaciones contrarias a los objetivos de libertad, igualdad y solidaridad que debe fomentar todo orden jurídico.