



**HAL**  
open science

## Bioética y derecho de familia en Francia

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Bioética y derecho de familia en Francia: La retorica científica al servicio del conservadurismo juridico. Maria de Fatima Freire de Sa; Diogo Luna Moureira; Renata Barbosa de Almeida. Direito Privado. Revisitações, Arraes, 2013, 978-85-8238-017-8. hal-01242482

**HAL Id: hal-01242482**

**<https://hal.science/hal-01242482>**

Submitted on 12 Dec 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.

# BIOÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA EN FRANCIA: LA RETÓRICA CIENTÍFICA AL SERVICIO DEL CONSERVADURISMO JURÍDICO\*

Daniel Borrillo

Profesor de Derecho privado en la Universidad de Paris Ovest. Investigador asociado al CNRS (CERSA/Universidad de Paris II).

## 1 INTRODUCCIÓN

Si el derecho a no reproducirse fue concebido en Francia a partir del dispositivo jurídico de la libre disponibilidad de sí y del derecho subjetivo del individuo sobre su propio cuerpo, la faz positiva de dicha prerrogativa, el derecho a reproducirse, no se construyó como una libertad individual sino como un paliativo clínico a la infecundidad. El lema de las feministas "*un enfant quand je veux comme je veux*" (un niño cuando quiera y como quiera) o "*notre ventre nous appartient*" (nuestro vientre nos pertenece), pilar político de las leyes relativas a la contracepción y la interrupción voluntaria del embarazo, contrasta con la posición del Consejo de Estado, motor de la legislación en materia de bioética, según el cual la procreación asistida debe ser pensada como un remedio a la esterilidad de las parejas y utilizada únicamente con fines terapéuticos y no por conveniencia personal.

---

\* Este estudio es una versión actualizada y completada del artículo publicado en la Revista de Derecho de Familia (nº 55, Buenos Aires, 2012, pp. 177-194) bajo el título "La biofamilia en Francia ¿derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad?"

Dicha ruptura filosófico-jurídica<sup>1</sup> con la teoría de los derechos subjetivos ha producido una modificación sustancial en la construcción jurídica de los vínculos de familia. No es más el individuo quien determina las fronteras de su vida familiar sino la Administración a través de un dispositivo de la filiación de orden público. En caso de imposibilidad procreativa, no existe un derecho a tener un hijo. Se trata más bien de una facultad del niño (en potencia) a tener como padres una pareja heterosexual. La familia nuclear se convierte así en el modelo, por lo menos cuando los individuos no poseen, por razones clínicas (infertilidad, incapacidad reproductiva...) o por imposibilidad fenomenológica (mujeres solas, mujeres menopáusicas, personas detenidas o parejas homosexuales y transexuales), la capacidad de reproducirse. La biofamilia es el molde jurídico en el cual se vierte el nuevo paradigma familiar basado en la primacía de la filiación carnal, primacía que, paradójicamente, el orden jurídico impondrá inclusive contra la verdad biológica. De hecho, detrás del argumento médico de lucha contra la infertilidad se oculta una lógica menos altruista de uniformización y promoción de un tipo de familia en detrimento de la pluralidad y diversidad familiar.

## 2 BIOÉTICA Y FAMILIA

Si, por su diversidad y complejidad, resulta prácticamente imposible proponer una definición acabada de la familia, podemos al menos distinguir en ella dos dimensiones, una horizontal constituida por la pareja y otra vertical referida a la filiación. En ese sentido, el Derecho retoma la clasificación de la antropología social que distingue en la familia los lazos de consanguinidad (biológicos o por adopción) y aquellos de afinidad (matrimonio y alianza)<sup>2</sup>.

Las principales implicaciones bioéticas en materia de derecho de familia se constatan principalmente a nivel vertical, es decir respecto de los vínculos que unen una persona a su madre y/o su padre. Los avances científicos han permitido la construcción de lazos familiares de filiación a partir de nuevas técnicas reproductivas. Fue a partir del año 1994 que Francia empezó a regular legalmente las diferentes formas de procreación artificial. Las leyes de 1967 y 1975 relativas a la contracepción<sup>3</sup> y la interrupción voluntaria del embarazo<sup>4</sup> habían ya comen-

<sup>1</sup> Según Norber Elias, la tendencia a dejar en manos del individuo el control de su vida y de su cuerpo forma parte del proceso de "individuación" propio a las sociedades modernas (*La sociedad de los individuos*, Barcelona, Península, 1990). Sacar dicha prerrogativa de la esfera individual y llevarla al plano estatal implica una ruptura con dicha premisa básica de la modernidad.

<sup>2</sup> Lévi-Strauss, C., (1958), *Antropología estructural*, Buenos Aires, EUDEBA, 1968.

<sup>3</sup> Ley *Neuwirth* del 28 de diciembre de 1967. Dicha ley abrogó la ley del 31 de julio de 1920 que prohibía cualquier forma de contracepción.

<sup>4</sup> Ley *Veil* n° 74-1026 del 17 de enero de 1975.

zado a perfilar un sistema voluntarista de lo que podríamos considerar como un derecho a la no reproducción<sup>5</sup>.

Tradicionalmente se trataba de una cuestión masculina. De hecho la reproducción se organizaba jurídicamente en torno a la figura del *pater familias*, a través de la presunción de paternidad que determinaba la filiación legítima<sup>6</sup>. Además, el derecho a no procrear siempre ha existido para el varón pues la venta de preservativos nunca fue prohibida; en cambio, la publicidad y la venta de contraceptivos femeninos han sido severamente sancionadas hasta 1967. Gracias a la legalización del control de la natalidad, la decisión procreadora se ha trasladado, en el siglo pasado, del hombre a la mujer<sup>7</sup>. En una sentencia de 1980, el Consejo de Estado ha establecido que cuando la mujer es capaz, nadie puede oponerse a su voluntad ni siquiera su cónyuge, a quien está obligada a consultar<sup>8</sup>.

Además de la contracepción y la interrupción voluntaria del embarazo, las técnicas de esterilización forman también parte del derecho a la no reproducción. Según la Corte de casación, la esterilización puede constituir un medio legítimo de contracepción a condición que se realice con el consentimiento de la persona y que las otras técnicas hayan resultado inoperantes<sup>9</sup>.

Si el Derecho de la procreación en su dimensión negativa (contracepción, esterilización, aborto...) existe desde hace varios años, la dimensión positiva de dicho Derecho surge, al menos teóricamente, cuando la ciencia da al ser humano la posibilidad de crear la vida, gracias al desarrollo de las técnicas de reproducción artificial, la criogenización del esperma, los óvulos y los embriones humanos. Sin embargo, la elaboración del derecho a procrear no se ha construido sobre las mismas bases jurídicas que aquellas propias al derecho a no procrear. En el primer caso, no se trata de satisfacer el deseo de tener un hijo (derecho subjetivo) sino simplemente de proponer un paliativo a la infertilidad de la pareja (acto médico)<sup>10</sup>. Ello explica porqué una mujer sola tiene derecho a impedir la procreación (contracepción, aborto...) pero no tiene derecho a procrear, ya que las técnicas de asistencia médica son "un remedio contra la esterilidad de las

<sup>5</sup> Borrillo, D., « Le droit en matière de reproduction : une approche critique » in E. Dorlin et E. Fassin (Dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 25-34.

<sup>6</sup> Hasta 1970 la patria potestad era detentada exclusivamente por el padre. La ley nº 70-459 del 4 de junio de 1970 pone fin à dicho monopolio.

<sup>7</sup> Iacub, M., *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, collection « Histoire de la pensée », 2004.

<sup>8</sup> Conseil D'Etat, 31 de octubre de 1980: JCP 1982, II, 19732 nota Dekeuwer-Defossez.

<sup>9</sup> Corte de Casación, Ch. Soc. 10 junio 1987 nº 85-12781.

<sup>10</sup> Borrillo, D., « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation » in: E. Dorlin et E. Fassin (Dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.

parejas y conviene entonces prohibir su utilización a fines no terapéuticos o de conveniencia personal<sup>11</sup>.

No dejar en manos de los individuos el Derecho de la filiación responde al temor del proceso de contractualización de los lazos familiares que se venía produciendo en Francia desde 1975 con la reforma del divorcio. Además, a partir de 1972 no es el matrimonio quién legitima la filiación pues los hijos nacidos fuera del él gozan de los mismos derechos<sup>12</sup>.

El divorcio y el reconocimiento de los hijos naturales han producido un sentimiento de inestabilidad en las relaciones de familia. Ante el desequilibrio de los vínculos horizontales (pareja), una nueva forma de conservadurismo familiar impondrá la estabilidad de las relaciones verticales (filiación)<sup>13</sup>. El precio a pagar para mantener un Derecho de familia liberal en el plano conyugal es promover una forma de intervencionismo jurídico en el plano filial, con más razón aun cuando se trata de apelar a la ciencia para satisfacer el "instinto" materno o paterno.

### 3 CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES HORIZONTALES E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES VERTICALES

El divorcio por común acuerdo hizo del matrimonio un acto jurídico más próximo al contrato que a la institución<sup>14</sup>. La contractualización de la familia ha tenido lugar respecto de las relaciones patrimoniales entre cónyuges (libertad de

<sup>11</sup> « Sciences de la vie: de l'éthique au droit », *Rapport du Conseil d'Etat* al Primer Ministro, 25/03/1988, p. 53.

<sup>12</sup> Ley n° 72-3 del 3 de enero de 1972.

<sup>13</sup> La socióloga Irène Théry se convertirá en la divulgadora de una nueva forma de conservadurismo basada en la función simbólica del Derecho (un forma "Light" de iusnaturalismo adaptado a una sociedad laica como la francesa). En su ensayo *Le Démariage. Justice et vie privée*, (2a ed. 1996) dice que "el divorcio que se quiera o no, ha puesto al orden del día la necesidad de refundar, de otra manera pero verdaderamente el orden simbólico de la familia y del parentesco" (p. 16). A la inestabilidad de la pareja conyugal opone la estabilidad de la pareja parental (p. 412) compuesta exclusivamente por un hombre y una mujer. La heterosexualidad, promovida al rango de orden simbólico, se convertirá así en la norma de la filiación para dicha socióloga quien, si no hubiese sido solicitada por el gobierno socialista en 1998 y propuesto un informe contra el matrimonio entre personas del mismo sexo y contra el acceso a las técnicas de reproducción asistida para las mujeres solas y las parejas homosexuales ("*Couple filiation et parenté aujourd'hui*"), habría posiblemente pasado desapercibida.

<sup>14</sup> Existen actualmente en Francia cuatro formas de divorcio: el divorcio por mutuo acuerdo, el divorcio por aceptación, el divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal y el divorcio por culpa. La separación de cuerpos existe en el derecho francés como una concesión de la Republica al dogma de la indisolubilidad del sacramento matrimonial, dicha separación permite la subsistencia de lazos personales sin la obligación de cohabitación.

elección del régimen patrimonial, libertad de contratación...)<sup>15</sup> y también de las relaciones extra-patrimoniales, inclusive respecto a los hijos ya que desde la entrada en vigor de la ley 2002-304 del 4 de marzo de 2002 los padres tienen la libertad de inscribir a sus hijos con el apellido del padre, el de la madre o los dos y en el orden que deseen. El divorcio permite también organizar la ruptura de manera voluntaria y decidir sobre las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de la separación. La existencia de uniones no matrimoniales reconocidas por el Derecho como el concubinato o el Pacto civil de solidaridad pone de manifiesto la tendencia a dejar en manos de las partes la organización de la vida de pareja<sup>16</sup>. Sin embargo, a nivel del vínculo entre padres e hijos, el Derecho de familia francés continúa conservando su naturaleza imperativa. El artículo 1388 del código civil prevé que los cónyuges no pueden derogar por contrato a las reglas de la patria potestad. Los genitores no pueden “divorciarse” de sus hijos ni renunciar a las acciones relativas a la filiación<sup>17</sup>.

La bioética interviene precisamente en este núcleo duro de las relaciones familiares que son los vínculos filiales. Para evitar cualquier forma de contractuación o creación de un derecho subjetivo a tener un hijo, el Consejo de Estado, en un informe de 1988 que orientará decisivamente la futura legislación, determinó que la procreación artificial debe ser concebida únicamente como un remedio contra la esterilidad de la pareja<sup>18</sup>. Contrariamente a la legislación relativa al aspecto negativo de la reproducción (derecho a no procrear), la dimensión positiva de dicha facultad se presenta bajo la forma de un acto médico y no como un derecho de las personas a reproducirse con la ayuda de la medicina. Esta opción político-filosófica determinará la construcción del dispositivo bioético francés.

#### 4 LAS DIFERENTES FORMAS DE “AFILIARSE”

La filiación puede corresponderse con los vínculos de sangre y en tal caso se la denomina carnal o biológica. Puede fundarse exclusivamente en la voluntad, creando así un vínculo de parentesco entre un niño y una persona o una pareja totalmente extraños del punto de vista biológico. A esta última se la denomina filiación adoptiva. La adopción puede ser simple cuando se mantiene el vínculo con la familia biológica o plena cuando se rompe totalmente el vínculo entre

<sup>15</sup> La elección del régimen patrimonial del matrimonio es libre. El régimen legal en ausencia de elección de los esposos es el de los gananciales. Existe también la separación de patrimonios y la comunidad universal (indivisión).

<sup>16</sup> Borrillo, D., “Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 17, nº 1, 2005, pp. 89-97.

<sup>17</sup> Art. 323 del código civil francés.

<sup>18</sup> Conseil d’Etat, *Sciences de la vie: de l’éthique au droit*, Paris, La Documentation Française, 1988.

la familia de origen y el adoptado. En este último caso, el adoptado entra en la familia del adoptante con los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico. Además del individuo, sólo pueden adoptar en Francia las parejas unidas por el matrimonio. La adopción plena al romper con los vínculos biológicos, es jurídicamente irrevocable.

El reconocimiento legal del artículo 62 del código civil francés es otra forma voluntaria de establecer un vínculo de parentesco (antes o después del nacimiento) que puede realizarse en la partida de nacimiento o por documento notarial posterior. Este último modo es utilizado para establecer la filiación paterna en caso de nacimientos extra-matrimoniales<sup>19</sup>.

La filiación puede también resultar de la realidad social a partir del cual se manifiesta una relación en la cual las personas se comportaron como padres e hijos. La posesión de estado del artículo 311-1 del código civil es una forma de filiación legítima si se respetan las premisas de *nomen, tractatus y fama o reputatio*, es decir cuando el supuesto hijo utiliza el apellido del supuesto padre, cuando es tratado como tal y cuando las personas externas al círculo familiar reconocen en dicha relación un vínculo de parentesco. El artículo 317 del código civil francés establece que tanto los padres como el o los hijos pueden solicitar al juez un "acta de notoriedad" que permitirá probar la posesión de estado.

La filiación puede asimismo nacer de la simple presunción como la que nos viene del Derecho romano: "*Mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant*", según la cual el niño concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido de la madre, salvo prueba en contrario<sup>20</sup>. La obligación de fidelidad en el matrimonio permite efectivamente justificar dicho principio.

## 5 LOS HIJOS DE LA CIENCIA

Las nuevas técnicas de procreación han complejizado el panorama del Derecho de la filiación pues permiten disociar completamente no sólo la sexualidad de la procreación sino también la procreación de la sexualidad.

No trataremos aquí de la filiación carnal ni de la filiación adoptiva y menos aun de la posesión de estado o del reconocimiento. Nos focalizaremos exclusivamente en los vínculos jurídicos de filiación establecidos en función de las nuevas técnicas de reproducción asistida.

<sup>19</sup> Cabe sin embargo señalar que la maternidad "natural" puede únicamente establecerse por el hecho que el nombre de la mujer figure en la partida de nacimiento del niño.

<sup>20</sup> La reforma del 3 de enero de 1972 relativa a la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio ha fragilizado la presunción de paternidad ya que con la acción de negación de la paternidad se permite no solamente excluir al marido de la madre sino inclusive se pueden crear vínculos de filiación productos del adulterio.

En primer lugar, cabe recordar que la asistencia médica a la procreación (AMP)<sup>21</sup> no constituye un derecho subjetivo sino que, como su nombre lo indica, es el resultado de un acto clínico<sup>22</sup>. En efecto, desde la adopción de la ley de bioética de 1994, este tipo de filiación se ha justificado por la imposibilidad de reproducirse, en la mayoría de los casos por infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja<sup>23</sup>. A tal punto se le ha querido otorgar una dimensión terapéutica que las normas que gobiernan este tipo de técnicas no se encuentran en el código civil sino en el código de la salud pública (*Assistance médicale à la procréation*). El artículo L2141-2 de dicho código establece que la AMP tiene por objeto remediar la infertilidad de la pareja o evitar la transmisión de enfermedades graves al niño o a uno de los miembros de la pareja. La naturaleza patológica de la esterilidad debe ser probada clínicamente.

La AMP comprende cualquier acto médico y/o biológico que permita la concepción *in vitro*, la conservación de gametos, la transferencia de embriones y la inseminación artificial. Esta última puede realizarse con el espermatozoides de la pareja (cónyuge, concubino o unido civilmente), en tal caso se la denomina "procreación endógena" o con el espermatozoides de un donador anónimo ("procreación exógena"). Puede asimismo realizarse una AMP con donación de óvulos. Si los donantes de gametos están casados o viven en pareja estable es necesaria la autorización por escrito del otro miembro de la pareja. Dichos donantes aportan únicamente una "asistencia biológica" y desaparecen inmediatamente después que se haya producido la inseminación. Luego el Derecho hace como si dicha donación no hubiese existido y aplica, como en el caso de la filiación carnal, la regla de la presunción: es madre quien da a luz y es padre el marido de la madre.

En la fecundación *in vitro*, el embrión es concebido en un laboratorio y luego implantado en el útero de la futura madre. Dicho procedimiento puede realizarse con gametos exclusivamente de la pareja o con gametos completamente externos a la pareja, según el cuadro clínico. En cualquier caso, las técnicas de reproducción asistida están reservadas a las parejas heterosexuales vivas y en edad

<sup>21</sup> Antes de la ley de bioética de 1994, se denominaba jurídicamente a la procreación artificial "PMA" (procreación médicamente asistida) pero dicha ley modificó la denominación y desde entonces se la llama AMP (asistencia médica a la procreación) para significar que la procreación en tanto que tal no varía sino que se trata simplemente de nuevas formas de asistirla. El Derecho se presenta así como interviniendo únicamente en las técnicas médicas y no en la procreación propiamente dicha.

<sup>22</sup> Inclusive antes de la ley de bioética de 1994, la procreación asistida se encontraba sometida a un régimen administrativo de autorización bajo el control del ministerio de salud (decreto del 5 de abril de 1988).

<sup>23</sup> La infertilidad y la esterilidad no están definidas en la ley y corresponde el diagnóstico al cuerpo médico. La infertilidad sobreviene cuando luego de un año de relaciones sexuales regulares no protegidas no se llega al embarazo. La esterilidad corresponde a un estado definitivo e irreversible.

de procrear<sup>24</sup>. La pareja puede estar casada, unida por un pacto civil de solidaridad (Pacs) o vivir en concubinato (art. 311-20 del código civil).

Quedan así excluidas del dispositivo, las parejas del mismo sexo<sup>25</sup>, las personas privadas de libertad<sup>26</sup>, las mujeres menopáusicas, los transexuales<sup>27</sup> y la inseminación *post mortem*. Resulta particularmente sorprendente la restricción efectuada por la legislación de 1994 (y mantenida por las sucesivas reformas de 2004 y 2011) ya que en Derecho francés, el individuo puede constituir por adopción o por filiación carnal una familia monoparental con los mismos derechos y obligaciones que una familia clásica. Además, como vimos anteriormente, la mujer tiene derecho a no procrear y dicha decisión la puede tomar sin consultar a su pareja. Entonces, si el Derecho otorga la facultad de no reproducirse impidiendo la vida ¿por qué no reacciona de la misma manera cuando se trata de dar la vida?

Contrariamente a la lógica que gobernó los dispositivos restrictivos respecto a la libertad no procreativa de la mujer, las leyes de bioética han razonado en función de una concepción anti-individualista y anti-subjetivista considerando que el interés del menor estaría mejor garantizado en el seno de una pareja tradicional.

La inseminación solo puede realizarse en establecimientos médicos autorizados. La dimensión clínica del acto justifica que todos los gastos corran a cargo de la comunidad a través de los mecanismos de reembolso habituales de la seguridad social<sup>28</sup>.

Cuando la inseminación no se puede realizar con el material genético de los miembros de la pareja, la ley permite recurrir a la donación de gametos. El anonimato, la gratuidad y la voluntad son los principios en los que se basan la donación de gametos y embriones. Originalmente sólo podían donar las personas que estuviesen en pareja y que tuviesen ya por lo menos un hijo. La reforma de 2011, autoriza la donación individual de hombres con menos de 45 años y mujeres que no hayan alcanzado los 37 inclusive sin hijos. Si estuviese en pareja, el donante

<sup>24</sup> Artículo L2141-2 del código de la salud pública.

<sup>25</sup> Borrillo, D., « La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut des beaux-parents ou le « PaCS de la filiation », *Droit et Société* n° 72/2009, pp. 361-371.

<sup>26</sup> En una sentencia del 4 de diciembre de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró contrario al artículo 8 de la Convención (respeto de la vida privada), el rechazo de las autoridades penitenciarias del Reino Unido de permitir el uso de técnicas de procreación artificial a una pareja en la que ambos se encontraban detenidos: TEDH, *Dickson c. Reino Unido* n° 44362/04.

<sup>27</sup> No se puede solicitar la congelación de sus propios gametos (esperma u óvulos) antes de la operación de conversión sexual para luego acceder a una procreación artificial con los mismos.

<sup>28</sup> La seguridad social es un mecanismo de asistencia que tiene por objetivo proteger a los ciudadanos de los imprevistos de la vida. Se divide en cuatro ramas: enfermedad (invalidez, maternidad, fallecimiento y enfermedad propiamente dicha), accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, vejez y viudez (jubilación) y familia (habitación, minusvalía...).

tiene que solicitar la autorización de su pareja por escrito. El consentimiento del donante y su pareja es libre y puede ser retirado en cualquier momento antes de la utilización de los gametos. Una pareja puede también donar de manera anónima y gratuita un embrión a otra pareja, dicha donación debe realizarse por escrito y está sometida a una autorización judicial<sup>29</sup>. Los principios de anonimato del donante y de gratuidad son de orden público<sup>30</sup>, el anonimato sólo puede ser derogado por razones de necesidad terapéutica<sup>31</sup>. Los procesos de extracción e implantación de gametos deben realizarse en organismos sanitarios tanto públicos como privados sin ánimo de lucro<sup>32</sup>. Ningún vínculo de filiación puede establecerse entre el donante y el niño producto de la inseminación (art. 311-19 código civil). La filiación materna en cualquier caso de inseminación exógena no sufre alteración alguna ya que se mantiene el principio *mater semper certa est*, la madre es la mujer que da a luz independientemente de que sea ella quien aportó los ovocitos. Respecto de la filiación paterna, la inseminación con espermatozoides de un tercero, podría haber acabado con la presunción de paternidad pues el genitor (donante) no corresponde al padre de intención designado por la ley<sup>33</sup>. La prueba genética permitiría la interposición de una acción de impugnación de paternidad al marido que ha aceptado la inseminación de su esposa. Pero como dicha acción es imposible, de hecho nos encontramos ante una nueva forma de presunción de paternidad: el padre legal es el marido de la madre cuando éste consintió a una inseminación con donante. De tal modo que sólo podrá atacar dicha presunción si demuestra que no ha consentido a la inseminación con donante o que se trata de una relación extramatrimonial de la mujer. Pero una vez que consintió la inseminación de su pareja no puede negar su paternidad, a más de comprometer su responsabilidad por daños y perjuicios respecto de la madre y del hijo<sup>34</sup>. El principio del anonimato del donante hace que la inscripción en las partidas de nacimiento se efectúe de tal modo que cualquier huella de dicha donación desaparezca y se inscriba a la pareja de la madre (concubino o esposo) como si fuera él el padre biológico. La imitación de las leyes naturales propuesta por el Legislador francés hace también que se prohíba la inseminación artificial o la transferencia de embrión cuando haya fallecido uno de los miembros de la pareja, se haya presentado una demanda de divorcio o constatado el cese de la vida común<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Art. L2141-6 del Código de Salud Pública.

<sup>30</sup> Art. 16-6 del Código Civil.

<sup>31</sup> Art. L1211-15 del Código de Salud Pública.

<sup>32</sup> Art. L1244-1 a L1244-9 del Código de la Salud Pública.

<sup>33</sup> Si la inseminación es efectuada con espermatozoides del marido o del concubino, las reglas de establecimiento de la filiación son las mismas que si la inseminación se hubiera realizado de forma natural.

<sup>34</sup> Art. 311-20 del código civil.

<sup>35</sup> Art. L2141-2-2 del código de la salud pública.

## 6 LA VEDADA MATERNIDAD DE SUBSTITUCIÓN

La maternidad subrogada, maternidad de substitución o alquiler de vientre constituye una forma de reproducción en la que una mujer acepta quedar embarazada con el objetivo de engendrar y entregar al niño a otra persona. Existen diferentes formas de maternidad subrogada. La más habitual y antigua es aquella en que la mujer se hace inseminar con el semen del padre y entrega su hijo biológico a la pareja constituida por el padre biológico y su esposa<sup>36</sup>. También puede darse el caso que el hijo sea engendrado con el óvulo de otra mujer, previamente fertilizado e implantado por transferencia embrionaria, en cuyo caso la madre que gesta no tiene ningún vínculo biológico con la criatura. El embrión puede ser de la pareja que solicita el "servicio" de la madre de substitución o ser completamente ajeno, es decir provenir de otros donantes en cuyo caso el hijo no tiene vínculo biológico alguno con sus futuros padres ni con la mujer que lo ha gestado. Todas las formas de maternidad de substitución están prohibidas por el Derecho francés, inclusive cuando el embrión es concebido con los gametos de los miembros de la pareja (padres de intención). El parto continúa determinando la condición materna, inclusive si el óvulo fecundado no pertenece a la mujer que ha dado a luz<sup>37</sup>. El artículo 16-7 del código civil considera nulo cualquier contrato de procreación o gestación por cuenta ajena.

En un célebre fallo del año 1991, la Corte de casación francesa estatuyó que un contrato por el cual una mujer se compromete, inclusive de forma gratuita, a gestar un niño y abandonarlo al nacimiento viola los principios de orden público, indisponibilidad del cuerpo humano e indisponibilidad del estado civil. Asimismo, la adopción de un menor nacido de dicho contrato constituye, según la casación, una desnaturalización de la institución de la adopción y viola los artículos 6 (prohibición de derogar por convención privada a las leyes de orden público), 353 (adopción plena) y 1128 (solo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto del contrato) del código civil<sup>38</sup>. A pesar de dicha prohibición, muchas parejas acuden a los servicios de madres de alquiler en países extranjeros donde dicha práctica es legal<sup>39</sup> y luego intentan inscribir al niño como hijo de la pareja ante las autoridades consulares francesas quienes pueden negarse a inscribir al menor. Dicha negativa, cuando los niños nacen en un país que no reconoce el *ius solis*, hace del menor un apátrida sin nacionalidad. Inclusive los

<sup>36</sup> La primera madre de alquiler conocida en la historia fue Agar la sierva de Sarai, esposa de Abraham. Según el Génesis, "Dijo entonces Sarai a Abraham: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abraham al ruego de Sarai": Gn 16:2

<sup>37</sup> Art. 332 del Código civil.

<sup>38</sup> Assemblée plénière Cour de cassation 31/05/1991, RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

<sup>39</sup> Reino Unido, Dinamarca, Holanda, Grecia, Rusia, Finlandia, Rumania, India....

menores no pueden entrar en territorio francés ya que, aunque de padres franceses, las autoridades consulares no emiten el pasaporte pues se trata de bebés nacidos por alquiler de vientre.

La Corte de casación, en un fallo del 6 de abril 2011, estimó que el rechazo de inscribir un niño nacido de una madre de alquiler en el registro del estado civil (privándolo de un certificado de nacimiento francés) es conforme al orden público y no constituye una violación al interés superior del menor de la convención de Nueva York<sup>40</sup>. Contrariamente a la casación, el Consejo de Estado considera que la negativa de otorgarle al menor un documento oficial (*laissez-passer*) que le permita entrar en territorio francés es contrario al interés del menor. De hecho, en una decisión del 4 de mayo de 2011 relativa a dos niñas gemelas nacidas en la India de una madre de alquiler nativa de dicho país y un padre francés, el Consejo de Estado considera que el interés superior del niño prima sobre el orden público francés. Las autoridades consulares han debido entonces permitir que las menores viajen con el padre a Francia y que sea la justicia francesa quien dirima, en su propio fuero, el conflicto de filiación<sup>41</sup>. La divergencia entre el Consejo de Estado que toma una postura más práctica y la Corte de casación que realiza una interpretación restrictiva de la noción de interés del menor crea una incertidumbre jurídica que necesita ser resuelta por lo menos por vía administrativa como lo ha hecho España en una resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado en la que se indica que, aunque el Reino prohíbe los contratos de maternidad de sustitución, se ordena, en virtud del principio del interés superior del menor, la inscripción en los registros consulares indicando como padres legales los dos hombres que habían contratado una madre de alquiler en California<sup>42</sup>. Según las autoridades españolas, la denegación de dicha inscripción es contraria al interés del menor pues se lo privaría de identidad civil y de nacionalidad<sup>43</sup>. Ante el temor que dicha situación implique un reconocimiento indirecto del alquiler de vientres<sup>44</sup>, una nueva instrucción del DGRN fue

<sup>40</sup> Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130, D. 2011. 1522.

<sup>41</sup> Conseil d'Etat, 4 de mayo de 2011, n° 348778.

<sup>42</sup> DGRN, 18 de febrero de 2009 (ref. 6.2.2.1. - 2575/2008).

<sup>43</sup> Ver: Ana Quiñones Escámez, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009": [http://www.indret.com/pdf/657\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf).

<sup>44</sup> Como subraya Mónica Guzmán, la nueva resolución "implica un giro en cuanto al método seguido con respecto a la doctrina anterior sobre este asunto, al exigir una resolución judicial como elemento necesario para el acceso al Registro de la inscripción registral extranjera. Introduce además mejoras técnicas: establece como objetivo prioritario la protección jurídica del interés superior del menor sin obviar otros intereses presentes como la protección de las mujeres; por el ámbito material resulta de aplicación en todos los supuestos (tanto si los comitentes son heterosexuales como parejas del mismo sexo); y se delimitan con precisión los supuestos y condiciones de acceso al Registro, asegurando por distintos procedimientos la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero": *Revista on line del*

adoptada el 7 de octubre de 2010 en la que se establece que la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, “la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido” y “en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”<sup>45</sup>.

En un informe relativo a la revisión de la ley de bioética, el Consejo de Estado francés propuso, en nombre de la seguridad de los vínculos familiares, que se haga posible el reconocimiento de la filiación respecto del padre biológico y una delegación de la patria potestad de dicho padre respecto de su pareja de sexo opuesto<sup>46</sup> pero dicha propuesta no fue adoptada en la versión final de la ley de 2011.

## 7 LA IMPLANTACIÓN EMBRIONARIA POST-MORTEM

Puede suceder que una pareja haya comenzado el proceso de procreación asistida y que exista un óvulo fecundado en espera de ser implementado en el útero de la madre<sup>47</sup>. Si durante dicho intervalo, es decir antes de la implantación, el cónyuge (o concubino)<sup>48</sup> muere, con él desaparece también el proyecto de filiación y la mujer podrá únicamente donar el embrión a otra pareja, darlo a la cien-

*Colegio Notarial de Madrid* [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion\\_ver=3](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=3).

<sup>45</sup> Instrucción nº 15317 del 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, 07/10/2010.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, « Etudes du Conseil d'Etat », La Documentation française, 2009.

<sup>47</sup> “La congelación embrionaria se realiza desde que se iniciaron los primeros tratamientos de fertilización in Vitro, sin embargo los resultados eran muy pobres con tasas de supervivencia embrionaria y embarazo muy bajas. Esto era debido fundamentalmente a la formación de cristales en el interior del embrión que con frecuencia dañaban su estructura dando como resultado pronóstico muy pobre. En los últimos años la “criobiología” ha avanzado considerablemente y utilizamos nuevas técnicas para preservar los embriones, estas técnicas se conocen con el nombre de “vitrificación” y consisten en preparar los embriones con altas concentraciones de sustancias protectoras que hacen que el medio líquido se transforme en vítreo impidiendo la formación de cristales intracelulares. Con la vitrificación se obtienen tasas de supervivencia tras la descongelación superiores al 90% y los embriones conservan casi intactas sus posibilidades de implantación”. Ver página del Instituto Bernabeu de medicina reproductiva

<sup>48</sup> Que puede a su vez ser o no el genitor.

cia<sup>49</sup> o decidir destruirlo<sup>50</sup>. Aunque la cámara de diputados ha intentado legalizar la implantación embrionaria (entre los seis y los dieciocho meses posteriores al fallecimiento del hombre a condición que haya dado su consentimiento por escrito), finalmente, bajo la fuerte presión del gobierno conservador, la enmienda desapareció en la versión final de la ley de 2011. La implantación embrionaria después de la muerte se diferencia de la inseminación post-mortem pues la concepción del embrión es anterior al fallecimiento del hombre, se trata únicamente de la “transferencia” in útero del embrión ya concebido. Dicha prohibición resulta sorprendente ya que, como hemos visto, la mujer puede decidir entregar el embrión congelado para que sea utilizado con fines científicos e inclusive decidir su destrucción.

El gobierno, para mantener la prohibición, se limitó a reproducir el viejo argumento de la injusticia que conllevaría hacer nacer un niño huérfano de padre<sup>51</sup>, como si fuese preferible no nacer que nacer huérfano....

## 8 EL IMPOSIBLE DERECHO SUBJETIVO A LA REPRODUCCIÓN

Extrañamente, los avances científicos en materia de reproducción no trajeron aparejado un adelanto jurídico en materia de derechos familiares. En lugar de emanciparse de la biología, la ley de bioética francesa intenta imitarla para justificar el acceso a las nuevas técnicas médicas de reproducción<sup>52</sup>.

Si el dispositivo bioético se justifica por razones clínicas en realidad se trata sólo de una cuestión retórica ya que la noción de esterilidad o infertilidad de la pareja es completamente ajena a las ciencias médicas<sup>53</sup>. De hecho clínicamente sólo existen personas infértiles y no parejas estériles. La esterilidad de la pareja es una creación del Derecho, una ficción jurídica que permite reservar el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas heterosexuales. Paradójicamen-

<sup>49</sup> Art. L224-1 Code de la Recherche.

<sup>50</sup> Art. L2141-4-3 Code de la Santé Publique.

<sup>51</sup> El Consejo de Estado, en el informe citado anteriormente, se ha manifestado contra la inseminación postuma en estos términos: « on peut douter qu’il soit sain d’offrir à des parents le pouvoir de programmer la naissance, à titre posthume, d’un orphelin de père. Le désir de se perpétuer est un sentiment infiniment respectable, mais il l’est surtout de la part de celui qui peut espérer assumer ses responsabilités. L’est-il encore de la part de celui qui sait à coup sûr ne pouvoir y faire face » (se puede dudar que sea sano ofrecer a los padres el poder de programar el nacimiento, de manera postuma, de un huérfano de padre. El deseo de perpetuarse es un sentimiento infinitamente respetable, pero lo es sobre todo de quien pueda esperar asumir sus responsabilidades. Lo es también de la parte de quien sepa con seguridad que podrá asumir dicha responsabilidad).

<sup>52</sup> Borrillo, D., « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l’idéologie naturaliste de la filiation » in: E. Dorlin et E. Fassin (Dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.

<sup>53</sup> En la gran mayoría de los casos es suficiente con cambiar de pareja para dejar de ser infértil.

te, las parejas homosexuales son en realidad las únicas verdaderamente estériles ya que inclusive cambiando de *partenaires* continuarán sin poder reproducirse, pero la ficción jurídica no se les aplica.

La técnica médica y la razón clínica aparecen como instrumentos al servicio de una forma específica de familia: la constituida por un hombre y una mujer en edad de procrear. La técnica trata así de imitar a la naturaleza aunque para ello sea necesario ocultar y tergiversar la realidad biológica. Comenzando por el acto sexual aunque inexistente en la procreación asistida, el dispositivo jurídico funciona como si dicho acto hubiese realmente existido. Si se trata de una donación de esperma o de óvulos, el o la donante permanecerán anónimos (salvo si por razones médicas es necesario develarlos) y en ningún otro caso se podrá acceder a dicha información. Evidentemente ningún vínculo de filiación se establecerá entre los donantes y los hijos fruto de la inseminación; cualquier acción de reconocimiento de paternidad o filiación e inclusive de responsabilidad queda proscripta. El dispositivo jurídico de la asistencia médica a la procreación hace desaparecer la traza de los genitores y convierte a los usuarios del sistema en verdaderos padres, independientemente del aporte genético efectuado.

En lugar de asumir el carácter artificial del acto, el legislador francés ha querido limitar el acceso a la técnica únicamente a los personajes que puedan parecer protagonistas de un acto sexual reproductivo. En lugar de organizar jurídicamente la reproducción asistida como un derecho subjetivo, el legislador ha preferido tratarla como un paliativo a la esterilidad; una suerte de “corrección jurídica” de una “injusticia biológica”. Así, la referencia al acto sexual reproductivo permite vestir la modernidad revolucionaria de las técnicas reproductivas con los hábitos tranquilizadores de la naturaleza. Las leyes de bioética y sus sucesivas reformas han sido presentadas como un control del progreso científico que debe estar al servicio de las leyes naturales de la reproducción y no en manos de la voluntad (caprichosa) de los individuos<sup>54</sup>.

De hecho, el Legislador optó por imitar la naturaleza en lugar de tener en cuenta la solidez y seriedad del proyecto parental, independientemente del tipo de pareja (heterosexual/homosexual/transsexual/mujer menopáusica) e inclusive en ausencia de una vida de pareja (solteros, viudas...). Así, las solteras, las mujeres menopáusicas, las personas detenidas<sup>55</sup> o las parejas del mismo sexo habrían podido acceder de manera igualitaria a este tipo de técnicas.

También el principio que establece que la maternidad se define por el parto, ha impedido legalizar la maternidad de sustitución. Sorprendentemente, el Legislador ha justificado dicha protección en nombre de la dignidad de la mujer.

<sup>54</sup> Por un análisis crítico del debate parlamentario francés ver: Borrillo, D., *Bioéthique*, Paris, Dalloz, coll. « A savoir », 2011.

<sup>55</sup> Ver TEDH, *Dickson C. Reino Unido*, 04/12/2007.

Pero ¿quién sabe más que la propia mujer aquello que es digno o indigno para ella? ¿No fue acaso el derecho a la libre disposición del propio cuerpo, lo que llevó a las feministas a reivindicar el derecho a la contracepción y la interrupción voluntaria del embarazo?

La revisión de las leyes de bioética en 2011 confirma la opción conservadora del gobierno y de la mayoría parlamentaria francesa<sup>56</sup>. Ni siquiera de forma altruista se permite la maternidad de sustitución e inclusive en caso de procreación endógena, el implante de embriones después de la muerte del padre continua vedado. Se prefiere así incinerar el embrión en lugar de implantárselo a la viuda.

El paradigma biológico que sirve de soporte al sistema normativo del Derecho de familia proveniente de las leyes de bioética ha permitido justificar la primacía de un modelo familiar excluyente ya que deja fuera de los beneficios de la ley a las parejas del mismo sexo, las mujeres solteras, los transexuales y todos aquellos que no se conforman con la norma de la familia nuclear.

Colocando la naturaleza en el centro del dispositivo y no la voluntad individual, la biofamilia se aparta de la tradición civilista<sup>57</sup>. Sólo la vuelta a un paradigma contractualista (basado en la voluntad) de las familias (en plural) permitirá recuperar un dispositivo democrático (pluralista) en materia de filiación asistida clínicamente.

## 9 UNA EXTRAÑA BIOLOGIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES

El Derecho nunca necesitó la verdad biológica para fabricar lazos de filiación. Mientras que la reproducción es un hecho de la naturaleza, la filiación es un acto cultural: se puede obviamente pertenecer a una familia por vínculos biológicos pero la institucionalización de dichos vínculos constituye una convención y no la simple inscripción de un hecho natural. El Derecho no necesita la naturaleza para producir vínculos jurídicos, inclusive familiares. La adopción es el ejemplo paradigmático pero también lo son la presunción de paternidad o la posesión de estado. El desarrollo de la ciencia, ha permitido, como hemos visto anteriormente, considerar como padre no al genitor (donante de esperma)

<sup>56</sup> Borrillo, D., « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique. Politique, culture et société*, n° 14 mai-août 2011 (n° 14), p. 55-83.

<sup>57</sup> Entiendo por tradición civilista aquella que, retomando el modelo romanista, funda sus principios no en el orden natural (inmutable) sino en la convención y los derechos subjetivos. La concepción moderna del Derecho anunciada por Grotius y estructurada por el pensamiento iluminista, el principio fundador es el de la libre subjetividad contra cualquier forma de determinismo natural. Ver: Pellegrini, B., « La portée structurante des droits fondamentaux », *VST - Vie sociale et traitements* 2/2005 (n° 86), p. 137-156.

sino a la pareja de la mujer que se hizo madre gracias a dicha donación. La contracepción permitió la sexualidad sin procreación y las técnicas de procreación artificial han hecho posible la reproducción sin sexo. Reflexionar acerca de la maternidad lesbiana, por ejemplo, permite también disociar dos elementos que la doxa continúa asociando: maternidad y homosexualidad<sup>58</sup>.

La reproducción puede ser fruto de un acto espontáneo, de una violación o de una relación consentida y planificada. La ley francesa no sólo autoriza a la mujer a interrumpir el embarazo sino que le permite incluso, en última instancia, abandonar legalmente al recién nacido. Afín de evitar el infanticidio, los malos tratos y el abandono del bebé, una ley del 2 de septiembre de 1941 permitió, instituyendo una vieja tradición<sup>59</sup>, que una mujer solicite el anonimato al entrar en la maternidad en la que se la inscribía entonces como "Madame X", de allí la denominación *accouchement sous X*. En ese sentido, el artículo 326 del código civil francés establece que: "En el momento del parto, la madre puede solicitar que el secreto de su identidad sea preservado"<sup>60</sup>.

Al abandonar a su hijo, la madre biológica le permite un nuevo nacimiento producto de la futura adopción. Al no poder (o no querer) asumir la transmisión del vínculo familiar, la mujer ofrece a su progenitura una nueva relación más fuerte y más estable<sup>61</sup>. Sin embargo dicho abandono de la progenitura sólo es posible para la madre. Al contrario, un coito fecundo hace del hombre un padre, independientemente de su voluntad<sup>62</sup>. Además, el menor tiene la posibilidad de ejercer una acción (de alimentos durante toda su infancia y hasta diez años después de la mayoría de edad) contra el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con su madre durante el período legal de la concepción<sup>63</sup>. Dicha disimetría entre el hombre y la mujer se opone al principio de igualdad y no corresponde a la concepción civilista del Derecho que no puede basarse exclusivamente en un

<sup>58</sup> Descoutures, V., *Les mères lesbiennes*, Paris, Presses universitaires de France, Le Monde, 2010.

<sup>59</sup> Alternativa al crimen de aborto, el antiguo Derecho francés permitía el abandono del bebé en los conventos por medio de una puertecita corrediza y una campana que indicaba el depósito del recién nacido. La Revolución francesa seculariza dicha práctica permitiendo a la mujer abandonar su progenitura la cual es asumida por la comunidad (decreto de la Convención de 1793). Una ley del 27 de junio de 1904 pone fin a dicho sistema e introduce la oficina abierta (*bureau ouvert*), servicio social que permitía a la madre dejar al bebé en cualquier momento del día y de la noche sin obligación de indicar su identidad.

<sup>60</sup> Solo si hubo un reconocimiento prenatal por parte del padre, éste último podrá solicitar la inscripción del niño abandonado como hijo suyo: Corte de casación (1er ch. civ. 7 abril 2006).

<sup>61</sup> El tribunal europeo de Derechos humanos consideró éste tipo de abandono legal conforme a la Convención europea de Derechos humanos (*Odièvre c. France*, Grande Chambre 13 de febrero de 2003).

<sup>62</sup> La acción de reconocimiento de paternidad puede ejercerse contra el padre y si este hubiese muerto o desaparecido contra sus herederos (art. 328 del código civil).

<sup>63</sup> Art. 342 del código civil.

hecho biológico o en una representación biologizante de la filiación. Desbiologizar el vínculo filial significa justamente asumir la dimensión convencional de dicho instituto. Se trata en definitiva de asegurarse que su legitimidad no descansa exclusivamente en el hecho reproductivo sino en la voluntad.

El pensamiento ortodoxo, plasmado en la norma bioética, tiende a calcar la filiación de la reproducción. Así, la procreación artificial se funda en una mentira que permite hacer creer que la causa de la filiación es el acto sexual de los padres cuando en realidad se trata de un procedimiento completamente artificial, en el cual inclusive puede entrar en juego un tercero (dador de espermatozoides o de óvulos) quien desaparecerá en beneficio del otro cónyuge. Del mismo modo, la generalización de la prueba sanguínea y los test genéticos<sup>64</sup> utilizados sistemáticamente en los juicios contenciosos de filiación, refuerzan el modelo biológico<sup>65</sup>.

En lugar de copiar a la naturaleza, una concepción laica del Derecho procede de manera inversa. No es la biología que sirve de referencia sino la convención, la cual, en Derecho de familia, corresponde a las figuras jurídicas del reconocimiento y la adopción. Efectivamente, de origen exclusivamente voluntario, dichas formas de filiación permiten la constitución de vínculos familiares programados, basados en la reflexión y el cálculo, cosa que no sucede con la espontaneidad del coito reproductivo.

La desbiologización de la filiación no solamente permite resolver el problema de la homoparentalidad al integrar plenamente un niño en el seno de una pareja homosexual<sup>66</sup>, sino que también permitirá poner fin a la discriminación respecto a los hombres que no desean asumir la paternidad. En el caso de los países en donde no existe el aborto, el abandono legal del recién nacido puede contribuir particularmente a zanjar el problema de la maternidad no deseada y poner en el circuito de la adopción a niños de temprana edad fácilmente adoptables. En Francia, casi cuarenta años después de la sanción de la ley autorizando el aborto, el "*accouchement sous X*" continua permitiendo a la mujer dar a luz de manera anónima y entregar al niño en adopción sin revelar su identidad<sup>67</sup>. El Derecho hace como si el hecho (parto) nunca hubiese existido<sup>68</sup>. El abandono de un hijo es un tabú en nuestras sociedades, sin embargo podríamos considerarlo

<sup>64</sup> Dicha prueba no puede bajo ningún concepto ser descartada por el juez, como se venía haciendo en nombre de la paz de las familias (Cour de Cassation, 1er Ch. Civ. 28 de marzo 2000 n° 98-12.806).

<sup>65</sup> Borrillo, D., « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation » in: DORLIN, E. y FASSIN, E. (Org.), *Reproduire le genre*, Paris, Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010, pp. 121-136.

<sup>66</sup> Olivier Vecho et Benoît Schneider « Homoparentalité et développement de l'enfant : bilan de trente ans de publications », *La psychiatrie de l'enfant* 1/2005 (Vol. 48), p. 271-328.

<sup>67</sup> Aproximadamente 600 bebés entran en el circuito de adopción francés a través de este sistema.

<sup>68</sup> Existe sin embargo en Francia una agencia pública el CNAOP (Consejo nacional de acceso a los orígenes personales) que permite el acceso a la información de las personas adoptadas y

como un acto de amor, justamente cuando es imposible (por razones, materiales o afectivas) darle al menor las condiciones afectivas, materiales y morales necesarias para su desarrollo<sup>69</sup>.

La desbiologización de la filiación implica asimismo legalizar la maternidad subrogada tanto parcial (con su propio óvulo) como completa (con óvulo ajeno o por transferencia de embrión). Además de fundarse en el principio de la libre disponibilidad del propio cuerpo, el vulgarmente llamado “alquiler de vientre” permite resquebrajar el paradigma de la maternidad asociada al vínculo biológico que se establece durante el período de la gestación. No será entonces el parto (*Mater semper certa est*) el criterio para designar a la madre, como en el antiguo régimen de la filiación, sino el proyecto familiar y lo que la voluntad de los padres de intención hayan establecido en el contrato familiar<sup>70</sup>.

## 10 VOLVER AL CONTRATO PARA PENSAR LA FAMILIA

La democratización de la vida privada implica una reformulación de los vínculos familiares que permita sacarlos del proceso de naturalización, propio del familiarismo<sup>71</sup>. Ideología que, en el pasado, al ubicar al padre en la cúspide de la jerarquía familiar, legitimaba la visión holística fundada en el matrimonio indisoluble y la división sexual de los roles: la mujer se ocupa del espacio doméstico, el hombre gobierna y se compromete a sustentar el hogar<sup>72</sup>. El proceso de desinstitucionalización de la concepción tradicionalista de la familia comienza con el advenimiento del Derecho civil laico de principios del siglo XIX. A partir de la ruptura con el Derecho canónico, el Derecho civil ha intentado fundar la organización de la vida familiar no en la institución sino en el contrato. El divorcio constituye la prueba de dicho proceso (pues en cualquier momento las partes pueden dejar sin efecto el negocio matrimonial) así como todas las reformas que promocionan la igualdad de la mujer y de los hijos dentro y fuera del matrimonio. La coexistencia del matrimonio con otras formas de conyugalidad como la unión civil, las parejas de hecho, las parejas cohabitantes, responde a dicha exigencia igualitaria así como el acceso a la adopción para las parejas del mismo sexo. Las familias sin nombre,

puede ponerlas en contacto con sus progenitores si éstos están de acuerdo pero en ningún caso dicho tramite implica la creación de un vínculo de filiación.

<sup>69</sup> La socióloga Nadine Lefaucheur muestra que la mayoría de las mujeres que abandonan sus hijos son jóvenes y lo hacen frente a la presión familiar, a la imposibilidad de mantenerlo o por razones de moral religiosa como es el caso de muchas mujeres musulmanas: ver N. Lefaucheur “Accouchement sous X et mères de l’ombre”, in Didier Le Gall & Yamina Bettahar (Dir.), *La Pluriparentalité*, Paris, PUF, 2001, p. 139-175.

<sup>70</sup> Casado, M. (Org.). “Nuevos Materiales de Bioética y Derecho”, *Doctrina Jurídica Contemporánea* Vol. 25, Fontamara, México, 2007.

<sup>71</sup> Lenoir, R., *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Editions du Seuil, coll. «Liber», 2003.

<sup>72</sup> Commaille, J. y Martin, C., *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.

retomando la expresión de Pierre Bourdieu<sup>73</sup>, comienzan a ser reconocidas por el Derecho, primero a nivel de la alianza y luego de manera tímida a nivel de la filiación. Pero justamente es aquí donde la resistencia es mayor pues el modelo natural es permanentemente actualizado por la ley.

Fundada en la voluntad, la adopción es un instituto más apto que la verdad biológica para asegurar la estabilidad de los vínculos familiares, tanto homosexuales como heterosexuales. Contrariamente a la filiación carnal, la filiación adoptiva encuentra su legitimidad en la libertad no sólo de acoger los hijos biológicos de los demás sino también en la libertad de abandonar su propia progenitura. Contrariamente al modelo fomentado por la ley de bioética, un Derecho de la filiación democrático debería partir de la generalización de la adopción (inclusive para los hijos biológicos)<sup>74</sup>. Dicha situación permitirá colocar la autonomía de la voluntad (y no la heteronomía de la naturaleza) en el centro del dispositivo familiar. Si se adoptase dicha concepción, el vínculo filial cesaría de depender de la simple capacidad reproductora de los individuos y reposaría exclusivamente en la voluntad de los progenitores que dan en adopción y de los adoptantes que acogen. Los verdaderos padres serían aquellos que desean serlo y no los que la naturaleza designa.

La filiación claramente dissociada de la reproducción permite justificar un sistema jurídico fundado no ya en la verdad biológica sino en el proyecto parental.

En lugar de aprovechar del avance científico para romper con la base biológica de la filiación y promover una concepción voluntarista, las leyes de bioética han justificado su intervención como un modo de paliar a un accidente de la naturaleza: la infertilidad y la esterilidad de la pareja.

## 11 CONCLUSIÓN

La contractualización de la familia aparece como el resultado lógico de la democratización de la vida privada y la victoria de una concepción nueva del individuo emancipado, definido en función de sí mismo, capaz de elegir el curso de su vida y juzgar las consecuencias de sus actos<sup>75</sup>. La legislación en materia de bioética se ha apartado de dicha tradición optando por una visión paternalista del Derecho que permite justificar el acceso a las técnicas reproductivas únicamente en función del paradigma biológico y solamente por razones terapéuticas. La

<sup>73</sup> Bourdieu, P., « Des familles sans nom ». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 113, juin 1996. La famille dans tous ses états. pp. 3-5.

<sup>74</sup> En dicho caso se trata en realidad de generalizar el reconocimiento por acto notarial como es ya el caso de la filiación paterna de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

<sup>75</sup> Giddens, A., *The transformation of intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*, Polity Press, Cambridge, 1992.

desconfianza de la técnica del derecho subjetivo<sup>76</sup> (considerado como demasiado individualista cuando se trata de regular la relación de la persona con su pro-genitura) y su correlativa sospecha del contrato (considerado como demasiado inestable para constituir y gobernar las relaciones familiares) han reforzado una visión biologizante de la filiación. Ello explica que no sea el individuo quien decide sino que la última palabra la tiene el experto (médico) que sabe mejor que el propio interesado lo que es bueno para él<sup>77</sup>. Cuando la fuerza procreadora merma o es inexistente y las personas acuden al sistema hospitalario para acceder a la filiación entran en un circuito de desposesión de su cuerpo y de su voluntad. Los avances científicos no son utilizados para otorgar mayor libertad sino para justificar nuevas formas de control familiar. A través de varias piruetas jurídicas, el Derecho utiliza a la ciencia para imitar la reproducción natural aunque para ello sea necesario oponerse a la evidencia biológica. Poco importa, lo que cuenta es preservar el modelo de la familia nuclear heterosexual. En nombre del interés superior del menor, la dignidad humana o el orden público de la filiación, el Estado decide quien debe y quien no debe reproducirse y en qué condiciones. Claro, cuando el individuo puede reproducirse naturalmente el problema no se plantea ya que todas las filiaciones incluso la adulterina o la incestuosa gozan de la misma legitimidad en el orden jurídico francés. Pero si “naturalmente” las familias pueden ser múltiples y variadas, monoparentales o pluriparentales, reconstruidas o recompuestas ¿porqué cuando se trata de “fabricar” una familia a partir de las técnicas de reproducción asistida sólo una forma familiar (la nuclear) es posible?

La respuesta no es jurídica sino política. Ante el vértigo producido por el avance científico y el temor de la contractualización de los vínculos familiares, el legislador francés decidió cubrirse del manto tranquilizador de la naturaleza, inclusive si para ello hubo que traicionar ciertos principios del Derecho laico.

Volver a la teoría del derecho subjetivo en materia de reproducción, abandonando por ende la justificación médica como *conditio sine qua non* de las técnicas reproductivas, significa asumir plenamente el modelo civilista y garantizar así el pluralismo familiar.

## REFERENCIAS

BORRILLO, D. Le droit en matière de reproduction: une approche critique. in E. Dorlin et E. Fassin (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 25-34.

<sup>76</sup> En un remarcable artículo, el historiador del Derecho Yann Thomas ha demostrado como se ha elaborado la ideología reaccionaria basada en la filosofía de Heidegger y la crítica del derecho subjetivo de Michel Villey: Y. Thomas, “Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit”, *Le Débat* nº 100, 1998/3.

<sup>77</sup> Borrillo, D., “La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique”, *Histoire@Politique. Politique, culture et société*, nº 14 mai-août 2011 (nº 14), p. 55-83.

- BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. in: E. Dorlin et E. Fassin (Dir.), *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.
- BORRILLO, D. Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 17, n° 1, 2005, pp. 89-97.
- BORRILLO, D. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut des beaux-parents ou le «PaCS de la filiation», *Droit et Société* n° 72/2009, pp. 361-371.
- BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. in: DORLIN, E. y FASSIN, E. (Org.), *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.
- BORRILLO, D. La République des experts dans la construction des lois: le cas de la bioéthique, *Histoire@Politique. Politique, culture et société*, n° 14 mai-août 2011 (n° 14), p. 55-83.
- BOURDIEU, P. Des familles sans nom. In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 113, juin 1996. La famille dans tous ses états. pp. 3-5.
- CASADO, M. (Org.). Nuevos Materiales de Bioética y Derecho. *Doctrina Jurídica Contemporánea* Vol. 25, Fontamara: México, 2007.
- COMMAILLE, J.; MARTIN, C., *Les enjeux politiques de la famille*. Paris: Bayard, 1998.
- CONSEIL D'ETAT. Sciences de la vie: de l'éthique au droit. *Rapport du Conseil d'Etat* al Primer Ministro. Paris: La Documentation Française, 25/03/1988.
- CONSEIL D'ETAT. *La révision des lois de bioéthique*, «Etudes du Conseil d'Etat», La Documentation française, 2009.
- DESCOUTURES, V. *Les mères lesbiennes*. Paris: Presses universitaires de France, Le Monde, 2010.
- ELIAS, Norber. *La sociedad de los individuos*. Barcelona: Península, 1990.
- GIDDENS, A. *The transformation of intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*. Polity Press: Cambridge, 1992.
- IACUB, M. L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité. Paris: Fayard, collection «Histoire de la pensée», 2004.

- LEFAUCHEUR, N. Accouchement sous X et mères de l'ombre, in Didier Le Gall & Yamina Bettahar (Dir.). *La Pluriparentalité*. Paris: PUF, 2001, p. 139-175.
- LENOIR, R. *Généalogie de la morale familiale*. Paris: Editions du Seuil, coll. «Liber», 2003.
- LÉVI-STRAUSS, C., (1958), *Antropología estructural*. Buenos Aires: EUDEBA, 1968.
- PELLEGRINI, B. La portée structurante des droits fondamentaux, VST - Vie sociale et traitements 2/2005 (n° 86), p. 137-156.
- THOMAS, Y. Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit. *Le Débat* n° 100, 1998/3.
- VECHO, Olivier; et SCHNEIDER, Benoît. Homoparentalité et développement de l'enfant: bilan de trente ans de publications. *La psychiatrie de l'enfant* 1/2005 (Vol. 48), p. 271-328.