



HAL
open science

Nuevos paradigmas del derecho francés de filiacion: una mirada critica

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. Nuevos paradigmas del derecho francés de filiacion: una mirada critica. Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, 2022, RDF, 2022 (103). hal-03631090

HAL Id: hal-03631090

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03631090>

Submitted on 5 Apr 2022

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.

Nuevos paradigmas del derecho francés de filiación: una mirada crítica

Daniel Borrillo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El paradigma igualitario.— III. El paradigma de la *mater familias*.— IV. Las TRHA y el paradigma de la filiación carnal.— V. Las TRHA y el nuevo paradigma del origen biológico.— VI. El paradigma de la maternidad subrogada.— VII. El paradigma de la filiación transexual.— VIII. Reflexiones finales.

I. Introducción

A lo largo del siglo XIX, el modelo en el que se basaba el derecho francés de la filiación era el del matrimonio, institución a partir de la cual se establecía el parentesco legítimo. La presunción de paternidad permitía, de ese modo, vincular automáticamente al marido a todos los niños de su cónyuge. Contrariamente al paradigma "masculinista" del derecho romano, en el que el *pater familias* podía rechazar a su progeneritura, el derecho napoleónico obligaba al marido a asumir los hijos que su legítima esposa traía al mundo. Incluso la acción de investigación de la paternidad estaba prohibida (antiguo art. 340 del Cód. Civil), así como el establecimiento de un vínculo de filiación respecto de los hijos nacidos del adulterio y del incesto, que no podían beneficiarse de derecho alguno, ni siquiera de alimentos, como gozaban los llamados "bastardos" en el derecho del Antiguo Régimen. Napoleón consideraba que "la sociedad no tiene interés alguno en que sean reconocidos los hijos bastardos". Sin embargo, es necesario matizar la afirmación del emperador ya que, de facto, la presunción de paternidad permitía recubrir de un velo de legitimidad a muchos de tales hijos.

(*) Profesor de Derecho Privado en la Universidad de Paris-Nanterre. Investigador del CERSA/CNRS, Universidad de Paris II Panthéon-Assas. Abogado (UBA), doctor de la Universidad de Estrasburgo y posdoctorado en el CSIC Madrid.

El paradigma de la filiación del código Napoleón es de naturaleza puramente cultural, fundado únicamente en el matrimonio y desvinculado de toda referencia biológica (1). Solo la filiación legítima, proveniente del matrimonio, otorgaba la calidad plena de hijo o hija y producía efectos jurídicos tanto extrapatrimoniales cuanto patrimoniales. Carbonnier señala que "la presunción de paternidad constituye una obligación del marido, resultante del compromiso que implícitamente contrajo con el matrimonio" (2). El esposo acepta así de antemano como suyos los hijos que su mujer traiga al mundo.

En dicho modelo, los hijos nacidos fuera del matrimonio gozaban de facultades restringidas, exclusivamente si alguno de los progenitores se dignaba a reconocerlos o si la filiación era establecida por el juez. El matrimonio posterior permitía legitimar automáticamente a los hijos ilegítimos otorgándole, de tal modo, idénticos derechos que a los hijos legítimos.

Además de simbólica (3), la filiación era jerárquica. Napoleón entendió así poner fin a la

(1) IACUB, M., "L'empire du ventre: pour une autre histoire de la maternité", Fayard, Paris, 2004.

(2) CARBONNIER, J., "Droit civil, Volume 1: Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple", PUF, Paris, 1990, n° 473.

(3) En el sentido en que se encuentra estructurada en función de un sistema institucional como el matrimonio y no en una verdad natural como la biología.

visión contractualista e igualitaria de la Revolución francesa (4) restaurando, a nivel del de derecho privado, la figura de la autoridad (5).

Con la ley del 16 de noviembre de 1912, que permite la investigación judicial de la paternidad biológica, se produce la primer gran fisura del paradigma institucionalista del parentesco y comienza un lento y progresivo proceso de biologización del derecho francés de la filiación que culminará con la ley del 2 de agosto de 2021 que otorga la facultad de acceder a la información acerca de los orígenes biológicos de los niños nacidos gracias a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

La dimensión jerárquica de la filiación desaparece con la ley del 3 de enero de 1972 que pone fin a la diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos. De ahí en adelante, todos los hijos biológicos inclusive los incestuosos y adulterinos pueden establecer un vínculo de filiación con por lo menos un progenitor y gozar de los mismos derechos que los hijos nacidos en el seno del matrimonio. El último vestigio de discriminación fue abolido por el Tribunal europeo derechos humanos (TEDH) en el caso "Mazurek vs. Francia" del 01/02/2000 que condena a Francia por restringir los derechos sucesorios de los hijos adulterinos (6).

II. El paradigma igualitario

El derecho napoleónico, fundado en la preeminencia del matrimonio y la presunción de paternidad, había construido un sistema jerárquico de la filiación colocando en la cúspide al hijo legítimo, por debajo se encontraban los hijos legitimados y adoptados y más abajo los ilegítimos los cuales se hallaban asimismo jerarquizados: primero los hijos naturales simples

(4) CARBONNIER, J., "Le statut de l'enfant en droit civil pendant la révolution", M. - F. LEVY éd., "L'enfant, la famille et la Révolution française", Plon, Paris, 1989, ps. 295/306.

(5) DESRAYAUD, A., "Le père dans le Code civil, un magistrat domestique", *Napoleonica*, vol. 14, n.º. 2, 2012, ps. 3/24.

(6) La ley 2001-1135 del 3 de diciembre de 2001 pone fin a la discriminación denunciada por Estrasburgo y permitiendo una estricta igualdad sucesoria de los hijos adulterinos.

(fruto de padres no casados), luego aquellos que resultan de una unión imposible (adulterio) y por último los de una alianza reprensible (incesto).

La reforma de la adopción de 1966 fue el primer paso hacia una concepción igualitaria de la filiación al disociar conyugalidad y parentesco permitiendo así la adopción plena por parte de una persona soltera. Tal reforma abrió el camino a la antes mencionada ley de 1972.

Hoy día, poco importa que los hijos sean fruto de una relación carnal, de una adopción, de un reconocimiento, de una declaración judicial o de la posesión de estado, todos gozan del mismo estatuto y se benefician de los mismos derechos que los antiguamente llamados hijos legítimos. Como la institución del matrimonio deja de ser el elemento fundante de la filiación, su legitimidad ha de buscarse en otro lugar: la naturaleza. En efecto, salvo para la filiación adoptiva donde evidentemente la fuente del vínculo no puede ser otra cosa que la voluntad o para la posesión de estado donde el fundamento es puramente fáctico, en los otros modos de filiación, la biología comienza a vislumbrarse como el elemento principal de los lazos filiales.

La mencionada reforma de 1972 es, en ese sentido, paradigmática: de ahí en adelante, la presunción de paternidad puede ser contestada (7) inclusive por un tercero y la partida de nacimiento se convierte en un título irrefutable de filiación materna natural. El adagio romano *mater semper certa est* se encuentra así confirmado y reafirmado por la reforma de 1972: el parto designa la maternidad jurídica. Más tarde, la reforma del 4 de julio de 2005 ratifica la concepción biológica de la filiación materna al indicar que esta se establece por la designación de la parturienta en la partida de nacimiento y al considerar que para contestar la maternidad es necesario probar que la mujer no ha dado a luz (8). Recordemos que, en el Código Civil de

(7) HUET-WEILLER, D., "Requiem pour une présomption moribonde (la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'art. 322, al. 2, c. civ.)", D., 1985, chr., p. 123.

(8) GOUTTENOIRE, A., "Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005", *Dr. famille* 2006, étude 6, ps. 20/22.

1804, la maternidad, en tanto que evidencia biológica, era aceptada únicamente en el marco del matrimonio.

El precio que pagar por la igualdad ha sido el de alejar la filiación del paradigma cultural (institución matrimonial) y acercarla a la verdad biológica que, desde 1972, se convirtió en un elemento esencial no solo en los casos de impugnación de la filiación sino incluso fuera de cualquier contencioso. Según la Corte de casación, en una sentencia de la sala civil del 28 de marzo del 2000, la prueba biológica (genética o de sangre) se impone al juez si la parte la solicita. Hasta entonces, el juez podía ordenar o rechazar tal prueba, según el contexto del caso y en función del margen de apreciación que le otorgaban los principios de "apreciación soberana" y de "paz de la familia". Tales principios permitían al juez evitar la dislocación de la familia, la "paz" era en ese sentido preferible a la "verdad biológica". En 2004, los jueces de la casación van aún más lejos al estimar que no son ya necesarios los indicios o las presunciones para someter a la parte demandada a la prueba biológica. Solo la posesión de estado, la prescripción y la filiación por TRHA permiten (por ahora) obstaculizar la prueba biológica. Tal situación encuentra una derogación radical en materia de establecimiento de la filiación materna natural. En efecto, la preeminencia de lo biológico cesa cuando se trata de impedir *ab initio* un vínculo de filiación materno: la voluntad de la mujer es suficiente para evitar establecerlo.

III. El paradigma de la *mater familias*

En el derecho romano, el *pater familias* tenía un derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*) y de abandono (*ius exponendi*) (9) sobre sus hijos, independientemente de la voluntad de la mujer. Dichos poderes han ido diluyéndose a medida que la moral cristiana se consolidaba en Occidente (10).

(9) Su origen está en la costumbre romana de colocar al recién nacido en el umbral de la puerta de la casa del *pater familias*. Si éste lo recogía, el niño tenía familia, pero si tomaba la decisión de no aceptarlo, quedaba expuesto en el foro, y su capacidad jurídica dependía de la persona que lo recogiera.

(10) JORS, P., y KUNKEL, W., "Derecho privado romano", Olejnik, Buenos Aires, 2018.

A lo largo del siglo XX, derechos similares a los del *pater familias* se han ido trasladando gradualmente hacia la mujer. En efecto, a partir de los años 1970, con la legalización de la contracepción y más tarde la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), la mujer ha podido liberarse de la "fatalidad biológica" y, consecuentemente, de la maternidad impuesta. Si tales derechos constituyen un avance indudable, estos no han encontrado un equivalente respecto de paternidad. En el estado actual del derecho positivo francés, existe una disimetría entre la voluntad femenina y la voluntad masculina respecto del establecimiento de un vínculo de filiación biológica. Evelynne Sullerot, figura histórica del feminismo y fundadora del *planning familial* francés, se pregunta efectivamente si no hemos pasado del régimen napoleónico del "hijo propiedad del padre" a un nuevo régimen del "hijo propiedad de la madre" (11).

Originalmente, la interrupción voluntaria del embarazo fue tratada jurídicamente a partir de la suspensión de la sanción penal (despenalización), es decir, se continuaba considerando al aborto como contrario al orden jurídico, pero no se le aplicaba la pena en virtud de un imperativo de salud pública y en razón de la situación de vulnerabilidad de la mujer. Ello explica que el aborto, en un primer momento, no fuera reembolsado por la seguridad social pues no se trataba de un derecho subjetivo de la mujer (12).

Progresivamente, el derecho francés abandona la figura de la despenalización y crea una prerrogativa jurídica, en primer lugar, gracias a la ley 82-1172 del 31 de diciembre de 1982 que autoriza el reembolso de la IVE por la seguridad social. Sin embargo, tal prerrogativa del derecho social no implicaba un derecho subjetivo de la mujer sino simplemente el reconocimiento de un estado de vulnerabilidad asumido por la colectividad como una cuestión de salud pública. En 2001, se produce un verdadero reconocimiento del derecho al aborto gracias a la ley 2001-588 del 4 de julio que despatologiza la IVE

(11) SULLEROT, E., "Pour le meilleur et sans le pire", Fayard, Paris, 1984, p. 143.

(12) BORRILLO, D., "La question du consentement en matière de politique sexuelle". Avortement, droit de choisir et santé: colloque au Sénat, Prochoix, Paris, 2001, ps. 105/110.

y a otra ley posterior del 2014 que pone fin a la condición de vulnerabilidad (*détresse*) y hace, por ende, desaparecer la obligación de realizar una consulta médica antes del aborto. Los médicos están, de ahora en adelante, obligados a efectuar una IVE sin ninguna prevención salvo aquellas relativas a la salud de la madre (13). Asimismo, la mujer menor puede abortar sin autorización de sus padres o tutores y el plazo de reflexión de una semana antes de proceder al aborto también fue derogado.

El aborto es un derecho de la mujer que puede ejercer inclusive contra la voluntad del marido (14). El TEDH confirma la posición francesa en el caso “Boso vs. Italia” del 5 de septiembre 2002 en el que los jueces de Estrasburgo desestiman una demanda que alegaba que la interrupción de un embarazo por la esposa del demandante violaba la Convención. El TEDH considera que “cuando se trata de un aborto (...) se debe ante todo tener en cuenta los derechos de la madre puesto que el embarazo le concierne esencialmente a ella, así como su interrupción”. Asimismo, podemos decir que el derecho francés efectuó un giro de ciento ochenta grados, no solo porque el aborto dejó de ser una infracción penal y se convirtió en un derecho subjetivo, sino también porque su obstaculización se encuentra sancionada con dos años de prisión y treinta mil euros de multa (art. L2223-2 del Código de la Salud Pública) (15).

Además de la IVE, la mujer dispone del derecho al abandono del niño inmediatamente después de dar a luz. El art. 341-1 del Cód. Civil establece que “en el momento del parto, la madre puede solicitar que sean preservados el secreto de su admisión en el hospital y de su identidad”: una suerte de *ius exponendi* del derecho romano que se transfiere a la madre.

(13) Art. 24 ley 2014-873 del 4 de agosto 2014.

(14) Conseil d'Etat, Ass. Plen. N° 13028 del 31/10/1980.

(15) La figura penal es muy amplia ya que engloba el hecho de impedir o intentar impedir una IVE por cualquier medio inclusive informático, en particular por la transmisión de información susceptible de inducir en error con el objetivo de disuadir una IVE tanto impidiendo el acceso a los lugares habilitados para realizar un aborto como ejerciendo presión moral o psicológica, amenazas o intimidación contra la mujer o el personal sanitario.

El abandono legal es una vieja tradición francesa. En 1556, Henrique IV, para luchar contra los infanticidios, permitió que las mujeres tuvieran la oportunidad de parir de manera anónima. En el siglo XVIII, se crearon los llamados “tornos de los niños expósitos” que permitían dejar de manera segura a los bebés en los conventos y orfelinatos (16). El sistema fue evolucionando hasta llegar a la situación actual, regulada por el código de la acción social y de las familias en su art. L222-6, que garantiza el anonimato de la madre (inclusive menor de edad) (17), pero que al mismo tiempo la invita a dejar información anónima sobre ella misma, acerca del padre, de las circunstancias del nacimiento y de los orígenes del niño. Toda acción de investigación de la maternidad está prohibida (art. 341 del Cód. Civil). Al solicitar el secreto de su identidad, la parturienta se opone al establecimiento de un vínculo de filiación con su bebé. Por una ficción jurídica, el derecho francés hace como si la madre no hubiera nunca parido. La mujer dispone de dos semanas para retractarse, al cabo de dicho plazo el niño entra en el circuito de adopción (art. 348-3 del Cód. Civil) y puede, a su mayoría de edad, acceder a las informaciones que ha querido dejar la madre a través de un organismo público llamado Consejo Nacional por el Acceso a los Orígenes Personales (CNAOP). Dicho organismo juega un papel de mediador entre la madre biológica y la persona que desea conocer su identidad.

En el caso “Odièvre vs Francia” del 13 de febrero del 2003, el plenario del TEDH decidió que el parto anónimo no viola derecho alguno protegido por la convención. Aunque el tribunal considera que existe un derecho a la identidad y que el rechazarlo constituye una injerencia del Estado, sin embargo, no concluye de tal injerencia una violación a un derecho fundamental (la vida privada que es para los jueces de Estrasbur-

(16) Se trataba de un dispositivo cilíndrico adosado a la pared que giraba sobre un eje, con un lado abierto en el que se depositaba al niño desde la calle. Por medio de una campanilla se avisaba desde el exterior de que se había producido un abandono y desde dentro se giraba el mecanismo para recuperar al niño.

(17) La mujer puede parir sin presentar su documento de identidad y el derecho prohíbe la realización de una encuesta para averiguar tal identidad: Art. L222-6 del código de la acción social y de las familias.

go la base del derecho a la identidad). La existencia de un mecanismo público (CNAOP) que permita, si la madre biológica está de acuerdo, acceder a la identidad del niño constituye para el tribunal "un equilibrio y una proporcionalidad suficientes entre los intereses en juego": el derecho a conocer sus orígenes no implica necesariamente la obligación de divulgar tal información por parte del Estado (18). A pesar de la existencia de tal organismo, ha de señalarse que la confidencialidad de la información depende exclusivamente de la madre biológica. Del mismo modo, aunque el art. 62-1 del Cód. Civil autoriza al ministerio fiscal, si el padre lo solicita, a investigar la fecha y el lugar del parto, en la práctica resulta prácticamente imposible (19). ¿Cómo establecer el vínculo entre un niño y una madre que jurídicamente no le ha dado a luz?

La mujer no solo tiene el poder de decidir ser madre sino también el de imponer al hombre la paternidad (20). Un extenso contencioso muestra que, durante la minoridad del niño, la madre ejerce la acción de investigación de paternidad y el juez tiene la obligación de solicitar un test de ADN o sanguíneo (examen comparado de sangre), el supuesto padre puede someterse o rechazar dichas pruebas, pero en tal caso, el juez tiene la facultad de establecer el vínculo de filiación sin su consentimiento (21). Para el derecho francés, el padre es el genitor. Sin embargo, el fenómeno biológico del parto no se traduce necesariamente en un vínculo jurídico de filiación para la parturienta: por ello el adagio romano debería ser actualizado del siguiente modo: *mater semper certa est* si la madre lo desea (22).

(18) En el caso "Godelli vs Italia", del 25 de septiembre del 2012, el TEDH condenó a Italia por no tener, como Francia, un mecanismo que permita conciliar tales intereses opuestos.

(19) La posibilidad de efectuar un reconocimiento antenatal por parte del padre produce muy difícilmente efecto pues tiene un plazo de dos meses, pasado dicho plazo el niño es dado en adopción.

(20) PLARD, M., "Paternités imposées, un sujet tabou", Editions Les liens qui libèrent, Paris, 2013.

(21) Civ. 1ère, 25 sept. 2013, n° 12-24.588.

(22) Inclusive luego de la reforma introducida por la ley de 2009 que permite al padre y a los abuelos de ejercer una acción de investigación de la maternidad si desean hacerse cargo del recién nacido.

Luego de un análisis pormenorizado de las diferentes reformas y de la jurisprudencia, M. Iacub concluye que "para la mujer, la maternidad constituye una elección desde la concepción del niño hasta el parto, mientras que, para el varón, la paternidad puede resultar de una sanción por el solo hecho de haber mantenido una relación sexual con una mujer" (23).

Del mismo modo que nos resulta injusto imponer una maternidad no deseada a una mujer, la paternidad forzada debería ser tratada de manera similar. El varón engañado no puede siquiera ejercer una acción contra la mujer dolosa pues el nacimiento de un niño en el marco de relaciones sexuales consentidas no constituye un prejuicio susceptible de reparación.

IV. Las TRHA y el paradigma de la filiación carnal

Hasta la reforma de 2021, las TRHA constituían un remedio jurídico a la esterilidad de la pareja heterosexual en edad de procrear (24). En efecto, desde la adopción de la ley de bioética de 1994, la condición para acceder a las TRHA era la imposibilidad de reproducirse, en la mayoría de los casos por infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja. A tal punto la cuestión era considerada como "terapéutica" que las normas que gobernaban este tipo de técnicas no fueron codificadas en el Código Civil sino en el Código de la Salud Pública. El art. L2141-2 de dicho Código establecía que la AMP (*assistance médicale à la procréation*) tenía 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 debía ser probada clínicamente. Como señala, M. Iacub, las TRHA han sido originalmente pergeñadas de tal modo que, a pesar de tratarse de un artificio, el derecho "pretendía" que el niño producto de dichas técnicas era el resultado de un acto

(23) IACUB, M., "La Loi du ventre", Les Temps modernes, Paris, 2000, ps. 242/262.

(24) BORRILLO, D., "La biofamilia en Francia: ¿Derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad?", RDF 55, 177

sexual de sus padres de intención (25). No solo por el hecho de que las TRHA estaban reservadas a la pareja heterosexual conviviente en edad de procrear sino también porque el anonimato del donante de gametos permitía ocultar la dimensión artificial del dispositivo.

Ningún vínculo de filiación puede establecerse entre el donante y el niño producto de la inseminación (art. 311-19 Cód. Civil). La filiación materna, en caso de inseminación exógena, no sufre alteración alguna con arreglo al principio *mater semper certa est*, la madre es la 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 terminado con la presunción de paternidad ya que el genitor (donante) no se corresponde con el padre de intención designado por la ley. La prueba genética permitiría (teóricamente) la interposición de una acción de impugnación de paternidad por el 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 este consintió a una inseminación con donante. De tal modo que solo 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 denegar su paternidad, a más de comprometer su responsabilidad por daños y perjuicios respecto de la madre y del hijo. El principio del anonimato del donante hace que la inscripción en las partidas de nacimiento se efectúe de tal modo que cualquier vestigio 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 simplemente constatado el cese de la vida común.

(25) IACUB, M., "Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique", Flammarion, Paris, 2002, p. 203.

Las TRHA construidas en base al paradigma de la filiación carnal han funcionado durante casi tres décadas sin problema alguno, hasta que comienza a reivindicarse la homoparentalidad en el debate político francés. Tal situación llevará al legislador a perfeccionar un sistema inédito de filiación en el que la verosimilitud biológica de la procreación tendrá un lugar inminente al momento de establecer un vínculo por TRHA.

V. Las TRHA y el nuevo paradigma del origen biológico

La última revisión de 2021 ha permitido acceder a las TRHA a las parejas de mujeres y a las mujeres solas. Dicha reforma modifica sustancialmente la naturaleza de las TRHA, que, hasta antes de la reforma, constituían, como hemos visto, un paliativo a la esterilidad. Ahora lo que cuenta es el proyecto parental (art. L. 4121 Código de la Salud Pública) (26). Los costos de la procreación asistida son asumidos por la seguridad social para las mujeres solas y para todas las parejas homo o heterosexuales. La ley mantiene una distinción entre las parejas casadas homosexuales y heterosexuales, a las primeras no se les aplica la presunción de parentalidad, sino que deberán producir ante notario un "reconocimiento común anticipado del niño por nacer". Antes de la reforma, la cónyuge de una lesbiana que recurrían a las TRHA, en el extranjero, debía adoptar al niño de su pareja.

No existe vínculo de filiación alguno entre el o la donante de gametos y el niño producto de la TRHA (art. 342-9 del Cód. Civil). El consentimiento a una intervención por TRHA con donante prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación, excepto que se pruebe que el niño no es producto de dicha técnica o que el consentimiento se encuentra privado de efectos, por ejemplo, por separación, comienzo de un trámite de divorcio o por muerte antes de que se proceda al implante. También cuando algunas de las partes, siempre antes de la implantación embrionaria, lo solicite por escrito ante el médico encargado de realizarla (art. 311-20 del Cód. Civil).

(26) Si la condición de esterilidad fue suprimida para todos, para las parejas heterosexuales continúan existiendo en la práctica ya que los médicos no realizan TRHA de conveniencia.

Concretamente las parejas de mujeres casadas o no casadas o las parejas heterosexuales no casadas (recordemos que para las casadas se aplica la presunción de paternidad) deberán, una vez que el niño ha nacido, presentarse ante el registro civil con el certificado del hospital indicando el nombre de la parturienta y, en el caso de las parejas de mujeres, con el reconocimiento anticipado del niño firmado por ambos ante notario a efectos de obtener la partida de nacimiento con el nombre de los dos progenitores de mismo sexo (27) o de sexo opuesto. En dicha partida de nacimiento aparecerá la mención del reconocimiento conjunto anticipado, de tal manera que el niño podrá saber, si lo desea, que es producto de una inseminación con donante y entonces acceder a la información de este. En Francia, se puede obtener una partida de nacimiento "simplificada" en la que aparece únicamente la identidad de la persona y su filiación sin mención del reconocimiento anticipado de tal forma que, protegiendo la privacidad y excepto en algunas situaciones extraordinarias, solamente el interesado, y no los terceros, sepa que fue concebido por TRHA.

Nótese que existe una diferencia entre el establecimiento de la filiación cuando se trata de una pareja de mujeres, tal situación parece justificarse *a priori* para evitar una doble maternidad fuera del marco de las TRHA (excepto la adopción, claro está). Sin embargo, a mi entender, existe una razón más profunda. Recordemos que únicamente en el caso de las parejas lesbianas se inscribe en las partidas de nacimiento el modo de concepción del niño (TRHA). La dimensión cultural de la filiación, es decir no basada en lo biológico, no parecía plantear problema alguno en tanto y en cuanto el derecho actuara en función de la verosimilitud biológica (pareja heterosexual viva y en edad de procrear...). Tal verosimilitud obviamente no puede funcionar en el caso de la pareja lesbiana. Sin embargo, en vez de asumir la dimensión cultural de la filiación y de designar lo volitivo como su fuente, el legislador francés ha querido indicar el "vestigio" de la reproducción natu-

(27) El reconocimiento común anticipado ante notario solo es exigido para las parejas de mujeres. Las parejas heterosexuales y las mujeres solas establecen la filiación por los medios clásicos del derecho común, sin necesidad de presentar tal reconocimiento.

ral como trasfondo de las TRHA para las parejas de mujeres. La concomitancia entre la apertura de las TRHA a las parejas de mujeres y el derecho al acceso a los orígenes no es arbitraria. Ante el riesgo del establecimiento de un consenso a partir de la idea de que la voluntad sin más constituya la fuente exclusiva del derecho de filiación en las TRHA, el legislador ha reintroducido un elemento biológico que, aunque no modifica las reglas de la filiación, aparece como un marcador simbólico del origen heterosexual de la reproducción, entendido como *ultima ratio* de la filiación por TRHA (28).

Al inscribir en la partida de nacimiento que el niño es fruto de una procreación asistida con donante de esperma, se está señalando no solo la voluntad común anticipada de las madres sino sobre todo el fundamento biológico de la filiación. Por primera vez, el derecho ha considerado necesario mostrar que detrás de la doble filiación femenina existe un donante masculino que podrá ser "revelado" en todo momento. El precio que pagar para que las parejas lesbianas puedan ser madres ha sido el de dejar de ocultar la verdad biológica de la procreación. Como la simulación de la naturaleza no es ya posible, en vez de deshacerse de esta (revindicando el fundamento volitivo de la filiación), el Legislador ha construido un mecanismo sofisticado que ubica la certeza del origen biológico en el centro de la estructura de la homoparentalidad (29) que se extenderá más tarde a todas las filiaciones producto de TRHA. Es en ese contexto que debe entenderse el nuevo derecho a conocer los orígenes biológicos introducido en la reforma de 2021. No se trata tanto de una facultad del individuo de acceder a una información perso-

(28) En Francia durante los debates sobre la unión civil y luego el matrimonio igualitario, los opositores al mismo tanto de izquierdas como de derechas han utilizado el argumento del "orden simbólico de la diferencia de sexos" para justificar la filiación exclusivamente heterosexual. Para preservar tal principio, los expertos y parlamentarios de izquierdas han pergeñado el mecanismo del acceso al origen biológico para los niños nacidos de parejas de mujeres (TRHA) que permite indicar en las partidas de nacimiento que detrás de una homoparentalidad existe siempre una heteroparentalidad.

(29) BORRILLO, D., "Biologie et filiation: les habits neufs de l'ordre naturel, Contemporary French Civilization, Au-delà du mariage", 39 ,1, Liverpool University Press, Liverpool, 2014.

nal sino más bien de un mecanismo que permite preservar la dimensión natural de las TRHA. De ahora en adelante, tienen derecho al acceso a los orígenes biológicos (30) todas las personas que nacen de las TRHA tanto de parejas heterosexuales (31), homosexuales o de mujeres solas. Aunque la donación continúa siendo anónima (en el sentido que no se puede elegir al o la donante de gametos), la ley crea un derecho al acceso a la información del donante si la persona fruto de dicha donación lo desea a partir de los 18 años de edad (32). Sin ser de aplicación retroactiva, la ley permite, a los donantes anteriores a 2021, manifestar espontáneamente su intención de transmitir la información de su identidad ante un nuevo organismo: la *Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneurs*.

VI. El paradigma de la maternidad subrogada

Hasta fines de los años 80, la práctica de la gestación subrogada era tolerada por el derecho francés. La prohibición surge, en un principio, de una decisión del Consejo de Estado del 22 de enero de 1988 que considera contrarias al orden público a las asociaciones que proponían la gestación subrogada y, más tarde, de un fallo de la corte de casación del 31 de mayo de 1991 en el que los jueces invocan el principio de indisponibilidad del cuerpo humano (de origen

doctrinario) y de indisponibilidad del estado de las personas (de origen legal) (33) para considerar los contratos de gestación subrogada como nulos de nulidad absoluta. Finalmente, la ley de bioética de 1994 introduce dicha prohibición en el art. 16-7 del Cód. Civil (*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*). La gestación por sustitución esta sancionada penalmente, se trata de los llamados "delitos contra la filiación" (abandono, venta, simulación o simple mediación entre la parturienta y los comanditarios). Dicha situación lleva a las parejas francesas a viajar a países extranjeros donde la práctica es legal. Los problemas comienzan cuando tales parejas solicitan la inscripción de la partida de nacimiento extranjera en el registro civil. Como señala C. Mécarry, normalmente los padres deberían poder inscribir la partida de nacimiento, como cualquier partida normal, sin embargo, cuando las autoridades sospechan que se trata de una gestación subrogada se niegan a transcribir tal documento (34). Tras un abundante contencioso en las primeras instancias, la corte de casación, en un fallo del 17 de diciembre de 2008, declara admisible "la intervención del Ministerio Público para oponerse a la transcripción de una partida de nacimiento extranjera", luego en tres sentencias del 2011, los mismos jueces de la casación invocan el orden público internacional francés en virtud del principio de indisponibilidad del estado civil (35). En 2013, la casación va aún más lejos al considerar que existe un fraude a la ley francesa (36). La cuestión llega al TEDH quien, en dos fallos del 26 de junio de 2014, condena a Francia considerando que el rechazo de transcribir la partida extranjera constituye una violación a la vida privada (art. 8º) de los meno-

(30) Hasta esta última reforma, solo podían tener acceso a dicha información los médicos del donante y de la pareja en caso de necesidad terapéutica (art. 16-8§2 Cód. Civil).

(31) Salvo en caso de inseminación heteróloga de parejas heterosexuales casadas, el niño no podrá saber si es fruto de una TRHA pues se aplica la presunción de paternidad y nada figura en la partida de nacimiento como le hemos señalado *ut supra*. Podríamos incluso considerar que existe una discriminación para el niño fruto de tal situación quién, si no lo revelan sus padres, nunca tendrá derecho a acceder a sus orígenes. Según un estudio, solamente el 9% de las parejas heterosexuales informan a sus hijos sobre este modo de concepción: https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/29611/document_travail_2019_253_bioethique_procreation.medicalement_assistee.fr.pdf (p. 5).

(32) En el momento de efectuar la donación de gametos, el donante informa de su nombre, fecha de nacimiento, características físicas, situación familiar y la motivación que lo ha llevado a realizar la donación. La muerte del donante no pone fin al derecho a acceder a la información.

(33) PERROUD, Th., "La construction de l'interdiction juridictionnelle de la GPA dans les années quatre-vingt" in BORRILLO D., y PERROUD, Th., "Penser la GPA", L'Harmattan, Paris, 2021, p. 183.

(34) MECARY, C., "Quand la GPA rend fous... les juges ou le cas topique de la transcription de l'acte de naissance de l'enfant conçu par GPA" in BORRILLO D., y PERROUD, Th., "Penser la GPA", L'Harmattan, Paris, 2021, p. 165.

(35) Cass. 1ère civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130; D. 2011. 1522, obs. D. BERTHIAU et L. BRUNET.

(36) Cass. 1ère civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-18.315; RJPF, 2013-10/13, obs. I. CORPART.

res concebidos por gestación subrogada en países donde la práctica es legal (37).

Como resultado de dicha condena, la casación modifica su jurisprudencia indicando que la transcripción es posible siempre y cuando las partidas de nacimiento no sean irregulares o falsas y que los hechos en ellas declarados correspondan a la realidad, en particular respecto de los padres biológicos. No obstante, como para el derecho francés la madre es la mujer que da a luz, las autoridades continuaban negándose a registrar considerando que la partida no correspondía a la realidad. Los jueces de Estrasburgo condenaron nuevamente a Francia en dos oportunidades, en 2016 ("Foulon y Bouvet vs. Francia") y en 2017 ("Laborie vs. Francia"). Como consecuencia de las nuevas condenas del TEDH, la corte de casación reposiciona su doctrina y considera, en un fallo del 5 de julio de 2017, que solo puede inscribirse en el registro civil al padre biológico del niño nacido por una gestación subrogada ya que "respecto de la designación de la madre (...), la única realidad válida es la realidad del parto". Ante los nuevos casos que continúan a llegar al tribunal europeo y el riesgo de una nueva condena, la corte de casación decide interponer una cuestión prejudicial ante el tribunal de Estrasburgo. Los jueces del TEDH entienden que las autoridades francesas deben reconocer el vínculo de filiación entre los niños y los padres de intención en primer lugar respecto del genitor biológico al que el Estado debe inscribir automáticamente en el registro civil. Respecto de la madre comitente, tal reconocimiento no se traduce necesariamente en una exigencia de inscripción en el registro civil de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pudiendo satisfacer las autoridades nacionales tal obligación convencional por "otros medios como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño" (38). Siguiendo el Consejo de Estrasburgo, la Corte de Casación decide inscribir, sin

pasar por la adopción, a las dos hijas de la familia Mennesson. No obstante, cabe preguntarse si tal precedente abre necesariamente la vía a la transcripción automática. Parecía ser el caso si tenemos en cuenta las decisiones posteriores de la Corte de Casación, en particular una del 18 de diciembre de 2019, otra del 27 de enero de 2020 y por último una del 18 de marzo 2020 en las cuales, en nombre del interés superior del niño, se ordena la transcripción automática de la filiación tal como figura en la partida de nacimiento extranjera. Sin embargo, el 16 de julio de 2020, el TEDH considera, en el caso "D. vs Francia", que el rechazo de transcripción automática de la madre de intención (que era en dicho caso además la mujer que dio el ovocito) no constituye una violación al art. 8 del Convenio. Finalmente, el legislador francés decidió consolidar la jurisprudencia del TEDH contra la Corte de Casación y, de mi punto de vista, contra el interés superior del niño al establecer en el Código Civil que el reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero será analizado bajo la óptica de la legislación nacional (art. 47 del Cód. Civil), impidiendo de ese modo la inscripción automática de la partida de nacimiento del niño nacido por maternidad subrogada en el extranjero y limitando tal inscripción al genitor biológico, el otro deberá pasar por la adopción intrafamiliar. Al no cuestionar el principio del parto como determinante de la maternidad (*mater semper certa est*), incluso en el caso en que la madre de intención haya dado sus ovocitos, esta última deberá proceder a la adopción de su hijo biológico. Al no asumir, como lo hizo el legislador argentino, que la voluntad es la única fuente de las TRHA, el derecho francés confortado por el TEDH, acaba por adoptar soluciones jurídicas extravagantes y hasta absurdas como la de obligar a la madre biológica a adoptar su propia progenitura. Al querer, a cualquier precio, hacer intervenir la verdad de la procreación en el derecho de la filiación, la biología termina volviéndose como un *boomerang* contra los principios fundamentales del derecho de filiación (39).

VII. El paradigma de la filiación transexual

Desde que el TEDH ha condenado al Estado francés en 1992 (caso "Botella vs. Francia") por

(37) CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c/France, req. n° C-65192/11, Labassée c/France, req. n° C-65941/11.

(38) Informe del TEDH del 10/04/2019.

(39) BORRILLO, D., "La contractualización de los vínculos de familia", RDE, 79, 1.

no permitir el cambio de sexo en los documentos de identidad de las personas transgénero, la situación de estas no ha cesado de evolucionar inclusive en materia familiar. Desde el fallo "Goodwin" (40), el TEDH deja de considerar el sexo biológico como elemento para determinar el *ius nubendi* y estima que el "sexo aparente" de la persona transexual, que justifique previamente una modificación de su estado civil, le permite contraer matrimonio con una persona de sexo opuesto en virtud de los derechos garantizados en los arts. 8 (vida privada) y 12 del Convenio (derecho al matrimonio). Como afirma S. Sanz-Caballero, los jueces de Estrasburgo "sancionan la hipocresía por la que algunos Estados consienten las operaciones de cambio de sexo—incluso con cargo al presupuesto público— y otorgan tratamiento psicológico y hormonal a quienes padecen estos trastornos para luego negarse a aceptar todas las consecuencias jurídicas que entraña ese cambio" (41). Respecto de la autoridad parental y especialmente el derecho de visita, el TEDH considera que la limitación de este, en razón de la identidad de género de uno de los padres, constituye una discriminación y una violación de la vida privada y familiar de la demandante transgénero (42).

En Francia, en virtud del principio de no retroactividad respecto del estado de las personas, la mención del cambio de sexo en los documentos de identidad no produce efecto alguno en la filiación establecida antes de dicha modificación. Esta puede inscribirse en la partida de nacimiento del hijo únicamente con su consentimiento (art. 61-5 del Cód. Civil). La cuestión se complica cuando el nacimiento se produce después de la modificación del estado civil. El reconocimiento materno de un transexual hombre devenido mujer es considerado nulo debido a su imposibilidad fisiológica de concebir (43). Del mismo modo, en virtud del art. 320

del Cód. Civil, en Francia resulta prohibido establecer una doble filiación femenina o masculina (excepto, como lo hemos señalado *ut supra*, en los casos de TRHA de pareja lesbiana). Según la Corte de Casación, un hombre que cambia de sexo y deviene mujer pero que conserva su capacidad procreadora masculina y tiene un hijo con su cónyuge femenino puede establecer un vínculo de filiación biológica con el niño, pero únicamente a través de los modos de establecimiento de la filiación paterna. Los jueces de la instancia suprema ponen fin así a la solución propuesta por la corte de apelación de Montpellier que había propuesto indicar en la partida de nacimiento "progenitor biológico" ante la negativa del demandante transgénero de figurar como padre. La casación considera que no es posible crear por vía pretoriana una nueva categoría además de las de madre y padre. Lamentablemente el Legislador no ha resuelto la cuestión incluso para los casos de TRHA para las parejas femeninas donde una de ella es transgénero. En el caso en el que esta última haya conservado su esperma, su uso no le está permitido y, para poder beneficiarse de las TRHA, aunque parezca absurdo, deberá utilizar el esperma de un donante anónimo. Además, de absurda, la situación podría considerarse discriminatoria ya que una pareja heterosexual cisgénero podrá acceder a la inseminación artificial homóloga. Utilizamos el condicional ya que en Francia tampoco está permitida la técnica denominada ROPA (*réception d'ovule du partenaire*) que permite a dos mujeres cisgénero, participar corporalmente a la concepción del niño, una pone sus óvulos y la otra su vientre cuando esta última sufre de esterilidad. Para suplir a tal situación, he propuesto al parlamento francés, durante las audiciones de la revisión de la ley de bioética, introducir una reforma en la cual se reemplace el término "mujer" por el de "persona con capacidad de reproducir" (44).

VIII. Reflexiones finales

El derecho de la filiación es un entramado complejo que se hila con varias hebras: lo bio-

(40) TEDH, "Goodwin v. Reino Unido", 2002-VI, 11/07/2002.

(41) SANZ-CABALLERO, S., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio", *American University International Law Review*, Vol. 29-4, art. 5, ps. 831/863.

(42) TEDH, "A. M. y otros vs. Rusia", 06/07/2021.

(43) Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 18 de mayo de 2005, "Droit de la famille", Paris, Lexis Nexis, Obs. MURAT, P.

(44) Assemblée Nationale, Compte rendu n° 16 de la Commission spéciale chargé d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique du 02/09/2019: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cs-bioeth/115csbioeth1819016_compte-rendu#.

lógico, la voluntad, el tiempo (posesión de estado), las presunciones legales...

A lo largo de este artículo hemos intentado presentar, de manera evolutiva, los pilares que sostienen cada uno de los paradigmas del parentesco en Francia. A medida que la persona adquiere una mayor autonomía respecto de su capacidad reproductiva y que la ciencia permite disociar la procreación de la filiación, el derecho se "asusta" (45) y ante el vértigo que tal cambio le produce intenta justificar su intervención a partir de ciertas invariantes como la verdad biológica, los orígenes o la genética. En lugar de asumir claramente la dimensión cultural de la filiación, pretende justificarla por mecanismos que reenvían a la naturaleza como el parto, por ejemplo, aunque dicha postura produzca situaciones absurdas e injustas como la de obligar a la madre de intención, que ha dado sus ovocitos a una mujer portadora en una gestación por sustitución, a adoptar su propia progenitura o imponer un donante a una pareja en la que uno de los miembros es una mujer transexual que ha conservado su capacidad reproductiva masculina (congelando su esperma antes de la modificación física). También, en virtud de dicha búsqueda de la verosimilitud con la naturaleza, la ley francesa mantiene la prohibición de la inseminación *post mortem* con lo cual nos encontramos ante una curiosa situación en la cual la mujer que había consentido con su pareja fallecido a una TRHA podrá dar los embriones aun no implantados a otra pareja, donarlos a la ciencia o incinerarlos, pero no recuperarlos para concretizar su proyecto parental.

La corriente que podríamos denominar "neobiologista" llega hasta cuestionar la filiación adoptiva plena en tanto que sustitución de la filiación carnal y propone el "monopolio" de la adopción abierta (*adoption simple*) que permite mantener los vínculos con los padres biológicos. Existe una variedad de argumentos tanto a favor como en contra de la adopción abierta y no es el caso de debatir del tema aquí. Se trata solo de ilustrar, con estos ejemplos, el lugar que ocupa lo biológico en el debate jurídico francés.

(45) KOSTENWEIN, E., "Pánicos morales y demonios judiciales...", Rev. Est. Socio-Jurídicos, vol. 21, 2, Rosario, 2019.

El camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. El modo de garantizar la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los matrimoniales ha abierto la caja de pandora y la prueba genética se ha convertido en la *summa probatio* en los contenciosos de filiación. Asimismo, en nombre del derecho a la identidad se llega hasta cuestionar la regla del art. 310-2 del Cód. Civil que prohíbe la doble filiación incestuosa o incluso aquella del art. 311-4 que impide establecer la filiación respecto del recién nacido que no es viable. En virtud de la verdad biológica se podría hasta contestar la filiación establecida por posesión de estado con la enorme inseguridad jurídica que ello conllevaría.

La proclamación de la identidad genética como un derecho fundamental coincide con el declive del Estado de bienestar y la consiguiente necesidad de designar, a todo precio, un deudor de alimentos para alivianar financieramente a las políticas públicas de ayuda familiar.

A tal punto, la verdad natural, la verosimilitud biológica y la certeza genética, han colonizado al derecho francés que es preciso construir un nuevo paradigma que podría inspirarse del Código Civil y Comercial argentino, en particular de la noción de "voluntad procreacional" en tanto que fuente de la filiación. En la actualidad, tal principio se aplica a las TRHA, quizás sería conveniente, para el futuro, pensar en un modo de extenderlo a todas las formas de filiación. Se trataría así de substituir el derecho "natural" de la procreación por un derecho de tipo volitivo, próximo al derecho de autor (en sentido figurado).

La identidad del ser humano, según el filósofo Paul Ricoeur, es ante todo una "identidad narrativa": el niño se inscribe en una historia familiar y es esta la inscripción que cuenta (en el sentido de que importa y también en el sentido de contar, como se cuenta un cuento). B. Golse muestra que el bebé necesita que le cuenten una historia que no sea tanto una historia genética, médica o biológica sino más bien una historia relativa a sus padres, sus vidas y sus afectos. Por eso, es legítimo preguntarse si, más que de un derecho al origen biológico, lo que en realidad se reivindica no sería un derecho a una historia

familiar, a una narración (46). Ello no impide que lo biológico también se cuente si todos los intereses en juego son respetados.

Fundar la filiación en el verbo, en el relato, vale decir en la voluntad, constituye un gesto universal ya que si todas las personas poseen la capacidad de querer un proyecto familiar (lo volitivo) no todas poseen la capacidad procreativa (lo biológico).

Más allá del argumento universalista, la capacidad de la voluntad de crear vínculos más

sólidos nos parece evidente. Un niño puede ciertamente nacer por "descuido" de sus padres y al final quizás sea querido, pero convengamos que es más sano que el niño sea deseado *ab initio*... Freud no duda en colocar a la voluntad en la cúspide de la filiación al afirmar que "uno de los más grandes triunfos de la humanidad, una de las liberaciones más tangibles respecto de la coerción natural a la que se encuentra sometida la especie humana, sería aquella de poder izar el acto procreativo al rango de una acción voluntaria e intencional" (47).

(46) GOLSE, B., et MORO, M. R., "Le concept de filiation narrative: un quatrième axe de la filiation", *La psychiatrie de l'enfant*, vol. 60, nro. 1, 2017, ps. 3/24.

(47) FREUD, S., "La sexualité dans l'étiologie des névroses" (1898), "Résultats, idées, problèmes", PUF, Paris, 1984, I, p. 89 (trad. del autor).