



HAL
open science

La reforma del Derecho de familia en Francia

Daniel Borrillo, Jesus Flores Rodriguez

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo, Jesus Flores Rodriguez. La reforma del Derecho de familia en Francia. Actualidad Civil, 2013, 4 (1 abril). hal-01235222

HAL Id: hal-01235222

<https://hal.science/hal-01235222>

Submitted on 29 Nov 2015

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

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

La reforma del Derecho de familia en Francia

A propósito del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo

Daniel Borrillo (1)

Université Paris Ouest-Nanterre

Jesús Flores Rodríguez (2)

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Actualidad Civil, Nº 4, Sección A Fondo, Abril 2013, tomo 1, Editorial LA LEY

LA LEY 1551/2013

El Proyecto de Ley de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo presentado en la Asamblea Nacional francesa el pasado día 7 de noviembre de 2012, aborda una importante reforma del Código civil francés en materia de Derecho de familia, solo comparable a la aprobación del Pacto Civil de Solidaridad en el año 1999. El presente trabajo analiza los aspectos sustanciales de la realidad jurídica francesa que han justificado la presentación del Proyecto.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día 7 de noviembre de 2012 quedaba depositado en la Asamblea Nacional francesa —con el n.º 344, correspondiente a la XIV Legislatura— el documento titulado *Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* (3) . De este modo, el Derecho de familia francés se suma a la senda ya emprendida por otros países de su círculo de cultura jurídica.

El proyecto se enmarca en el vasto movimiento social de «reivindicación del matrimonio» que ha ido cobrando entidad en diversos países democráticos occidentales a partir de los años noventa. El discurso internacional de reivindicación del derecho al matrimonio y la paternidad (filiación) por las parejas del mismo sexo ha tomado como referencia los principios jurídicos de igualdad y no discriminación de las personas homosexuales. En tanto que reguladora de relaciones sociales y mecanismo de resolución de conflictos, la ley constituye un instrumento de transformación de la sociedad en la dirección apuntada por aquellos principios. Una reforma de esta naturaleza permite cuestionar el carácter excluyente de ciertas leyes, pero también diluirlo a través del poder integrador del Derecho (4) .

La reforma obedece a la necesidad de ofrecer un marco jurídico principal a las situaciones originadas a partir de los nuevos modelos de convivencia y, en especial, a la familia homoparental. Con razón se ha dicho que «marginalizar la relación afectiva homosexual no debería ser un postulado audible para un jurista» (5) . La moderna antropología insiste desde hace tiempo en la necesidad de resolver esta cuestión. Para conseguirlo propone la apertura de un diálogo dirigido a la vertebración de estos movimientos y a la creación de estructuras e instituciones jurídicas aceptables para sus integrantes. A esta conclusión es a la que llega el antropólogo Maurice *Godelier*, para quien «en el momento en que no se puede detener este movimiento es necesario reconocerlo y acompañarlo socialmente para que adquiera estructuras y límites legales aceptables por los homosexuales y por la sociedad. Acompañar un movimiento significa abrir un diálogo permanente con aquellos que demandan que se preste atención y se aporten respuestas a sus problemas» (6) .

Ahora bien, la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, extensiva a la adopción, no debe considerarse necesariamente la culminación de un proceso de reconocimiento jurídico de la homosexualidad que habría comenzado en el momento de su despenalización. En realidad, tampoco debe percibirse como la coronación de un proceso de equiparación de derechos y libertades. Como dice Didier *Eribon*, «convendría no dejarse atrapar en la problemática de la igualdad de derechos, antes bien, imaginar nuevas formas jurídicas que sería deseable crear a partir del momento en que asumamos como propia la tarea de acoger la infinita multiplicidad de opciones individuales y modos de vida» (7) .

II. DEL «PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ» AL «MARIAGE POUR TOUS»

En la actualidad, el Código civil francés contempla tres formas de organización jurídica de las uniones estables de pareja: la unión libre (*concubinage*), el Pacto Civil de Solidaridad (PaCS) y el matrimonio, si bien este último se encuentra reservado, hasta la aprobación del Proyecto de Ley, exclusivamente a las parejas heterosexuales. Desde finales de los años 1980 y hasta mediados de los años 1990, la necesidad de atender en Francia a una realidad social emergente y solucionar la dramática situación provocada por la epidemia de SIDA, ante la ausencia de una respuesta eficaz por vía jurisprudencial, dio lugar a la proposición —sobre el papel— de diferentes figuras contractuales de colaboración y solidaridad alternativas al matrimonio. Ahora bien, solo a finales de los años 1990 es cuando cobra entidad la reclamación del matrimonio y salta al debate político (8) .

El PaCS, creado por la Ley 99-994, de 15 de noviembre de 1999, incorporó esta figura a los arts. 515-1 a 515-7 del Código civil con la finalidad de asumir algunas de las reivindicaciones de las parejas estables homosexuales. De esta forma se intentó dar por cerrado un largo debate iniciado una década antes con la presentación y discusión de diferentes propuestas en diferentes momentos, como el contrato de *partenariat* (1990), el contrato de unión civil (1992), el contrato de vida social (1995) o el pacto de interés común (1997). Sin entrar ahora a reflexionar sobre la idoneidad, viabilidad y calidad jurídica de aquellas propuestas, lo cierto es que todas ellas pretendieron dar una respuesta contractual a la precaria situación patrimonial a la que se enfrentaban en aquel momento un importante número de parejas estables integradas por personas del mismo sexo ante las devastadoras consecuencias del VIH, sentando de esta forma las bases de posteriores desarrollos legislativos (9) .

Si tomamos como referencia el primero de los modelos descritos, el concubinato o unión estable, éste se define como un vínculo de hecho caracterizado por la vida en común que presenta un carácter de permanencia y de continuidad entre dos personas —de sexo diferente o del mismo sexo—, que viven en pareja (conforme a la redacción definitiva del art. 515-8 CC). En cuanto expresión minimalista de la relación de pareja, el concubinato no es una institución jurídica ni representa el nacimiento de un estatuto coherente, de modo que tan solo afloran algunos derechos y consecuencias patrimoniales —de reparación fundamentalmente—, con ocasión de la liquidación de la relación. En cambio, frente al concubinato, el PaCS permite organizar jurídicamente la vida en común —remitiendo a un estatuto—, así como establecer y matizar derechos y deberes de naturaleza patrimonial por voluntad de los miembros de la pareja. No obstante, el pacto no contempla, en lo extrapatrimonial, análogos derechos y deberes de los que se derivan de la institución matrimonial. En efecto, si intentamos sistematizar las diferencias más significativas con el matrimonio, éstas tienen que ver con la forma (es un contrato privado formalizado ante el Secretario del Tribunal de Instancia o ante Notario) (10) , con los efectos (no produce consecuencias sobre la nacionalidad o la filiación, ni es motivo de expedición del libro de familia o de algún título de residencia inmediato; como tampoco produce efectos sobre el uso del nombre o sobre la sucesión *ab intestato*, ni atribuye pensión de viudedad), y con la disolución (no existe un plazo previo de separación, ni se exige un proceso de divorcio con intervención judicial), entre otras cosas. La diferencia esencial, en lo patrimonial, entre el matrimonio y el PaCS se materializa especialmente en las reglas de disolución. Mientras que el PaCS aborda la

disolución desde una lógica contractual, el matrimonio lo hace desde una perspectiva institucional.

Frente a lo que ocurre en el matrimonio, el PaCS no abre la puerta a la filiación, a la relación de parentesco jurídicamente reconocida. Es en la dimensión extrapatrimonial donde la diferencia resulta más patente, pues, como regla general, solo el matrimonio es capaz de activar la presunción de paternidad y conferir el derecho a la adopción plena, conjunta o sucesivamente, de los miembros de la pareja. En este punto el PaCS, por insuficiente, choca con la reivindicación de las parejas homosexuales en Francia. La doctrina advirtió rápidamente de la disonancia existente entre la voluntad de equiparación de derechos y la exclusión que finalmente comportaba el PaCS (11). Efectivamente, dice la Exposición de Motivos del Proyecto que el PaCS no termina de «ofrecer una respuesta a la voluntad de las parejas del mismo sexo que desean contraer matrimonio, ni a su demanda de acceso a la adopción». Ahora bien, siendo cierta la anterior afirmación, la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo no debe ser planteada en términos exclusivos como el resultado de la evolución natural del PaCS —etapa intermedia— hacia planteamientos más igualitarios y comprometidos con la creación de vínculos familiares, el acceso a la paternidad o la maternidad. Ello sería tanto como afirmar que a partir del momento en que sea posible optar por el matrimonio, el PaCS debería perder interés jurídico frente a un modelo institucional más equitativo, superior por tanto en la jerarquía de derechos y libertades. A nuestro juicio, esta última lectura asimilacionista —atrapada, recordando a *Eribon*, en la problemática de la igualdad de derechos—, resultaría demasiado simplista.

En realidad, es mérito del PaCS el haber introducido en el corazón del Derecho de familia una nueva forma de concebir, desde una perspectiva esencialmente contractual, las relaciones familiares, sin duda mucho más ambiciosa que la propia institución matrimonial. La libertad de la unión y ruptura de la relación, la limitación de los efectos patrimoniales y la extensión de la protección social son la clave de su aceptación. El enorme éxito en su aplicación desde un primer momento (12) hace que el PaCS no pueda concebirse como una etapa agotada sino como el punto de partida de un proceso en el que, frente al rígido carácter institucional de la familia impuesto por el matrimonio y la filiación biológica, cobra importante protagonismo, sin perder seguridad jurídica, una noción contractual, más flexible, de las relaciones familiares, de sus derechos y obligaciones y de sus efectos, tanto en el plano horizontal (en el seno de la pareja u otros modelos diferentes de unión estable) como, a partir del momento en que ello resulte posible, en el vertical, es decir, en la filiación electiva.

Mejorar o reformar el régimen jurídico del PaCS ha sido una de las opciones barajadas por el Gobierno francés como alternativa a la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales, tal y como se desprende de la lectura del «estudio de impacto» que acompaña al Proyecto de Ley. Esta última iniciativa resultó finalmente desechada en el propio estudio con el argumento de que «tal opción podría comportar en el futuro una fragilización del matrimonio, al concurrir directamente con un pacto civil de solidaridad que ofrecería los mismos derechos sin prever las mismas condiciones de establecimiento (ausencia de publicidad) y de disolución (ausencia de procedimiento ante el Juez)». En cambio, se advierte seguidamente que «queda constatado que la flexibilidad del PaCS responde al interés de numerosas parejas» (13). Alejado del carácter institucional al menos en un primer momento, la flexibilidad, la autonomía de la voluntad, han sido precisamente los valores que aportó el PaCS a las relaciones de pareja. Lejos de este pensamiento, el legislador no ha dejado de asimilar el PaCS al matrimonio en sucesivas reformas, imponiendo un estatuto integrado por mayores cargas, derechos y deberes que las parejas no pueden negociar, pese al objetivo perseguido de la creación de un «modelo alternativo de conyugalidad» (14). Se ha dicho a este respecto que «pensado inicialmente como un contrato el PaCS se ha ido convirtiendo en una institución sujeta a un estatus legal muy próximo al del matrimonio» (15). La doctrina parece discurrir de forma paralela en esa misma dirección homogeneizadora (16), lo que demuestra hasta qué punto, en un escenario en constante transformación como el de la familia, se sigue pensando aún en el matrimonio como el modelo ideal de pareja y parentalidad.

Antes que establecer «jerarquías» sobre una base institucional lo que el Derecho privado, y especialmente el actual Derecho de familia, debería favorecer son las «alternativas» con un fundamento contractual. Para ello resulta aconsejable profundizar en la idoneidad del pacto civil como modelo universal de convivencia y, en su caso, de parentalidad alternativo al matrimonio desde una perspectiva puramente contractual, desarrollando así toda su potencialidad jurídica. Pero del mismo modo que el PaCS, frente al matrimonio, ha significado la generalización del esquema contractual en las relaciones patrimoniales de la pareja, la filiación adoptiva (incluida la de los propios hijos biológicos), imaginada como modelo universal de filiación, permitiría hacer de la voluntad y de la paternidad unisexuada (también en el PaCS) el principio básico de las relaciones de parentesco sobre la base fundamental de un «proyecto de paternidad responsable», meditado y maduro.

III. MATRIMONIOS SIN GÉNERO

1. Un matrimonio civil laico fundado en la igualdad y la voluntad

El matrimonio fue en Francia una prerrogativa de la Iglesia a lo largo del Antiguo Régimen al que puso fin el *Edicto de Tolerancia* proclamado en 1787 por Luis XVI, y, con mayor nitidez, el art. 7 de la Constitución de 1791, que consagró el matrimonio como un «contrato civil» secularizándolo definitivamente (17). Pocos meses después, el Decreto de 20-25 de septiembre de 1792 fijó los requisitos relativos a la forma del matrimonio, imponiendo su celebración ante el oficial municipal. Esta concepción civil y laica del matrimonio fue la finalmente aceptada por el art. 144 del Código civil francés de 1804.

La facultad de contraer matrimonio se configura en el Derecho francés como un compromiso recíproco conyugal y parental que surge del ejercicio de una libertad. Así, la libertad nupcial se presenta como un principio de valor constitucional fundamental (18). Se habla pues de libertad para contraer o para no contraer matrimonio como una prerrogativa pública y una garantía del Estado, de forma que ninguna autoridad podría privar a nadie de este derecho (19), como, en equivalencia de condiciones, tampoco podría objetarlo. Como en otros ordenamientos jurídicos, el Código civil perfila la institución como una celebración solemne y como un contrato de carácter personalísimo, fruto de un acuerdo de voluntades en el que las cualidades personales del contrayente —entre ellas, evidentemente, su orientación sexual— resultan fundamentales (art. 172 CC). La libre elección del cónyuge constituye una de las facetas esenciales de la libertad nupcial, y su actuación impone una interpretación restrictiva de cualquier limitación a su ejercicio. Así, las cláusulas introducidas en una donación prohibiendo el matrimonio con una persona concreta, o exigiendo de ésta una pertenencia social, racial o religiosa determinada, han sido consideradas tradicionalmente en el Derecho francés como nulas de pleno derecho (20).

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en Francia el matrimonio constituye en todos los casos un acto civil laico. La Ley no contempla un derecho o libertad de contraer matrimonio religioso de forma autónoma e independiente del acto estrictamente civil de matrimonio, al que queda subordinado. En el sistema francés la celebración del matrimonio en forma religiosa resulta necesariamente posterior a la ceremonia de matrimonio civil, y facultativa en todo caso. Además, los ministros del culto se encuentran obligados a respetar dicho orden de prelación, so pena de incurrir en un delito tipificado en el art. 433-21 del Código penal francés (21).

Sin embargo, el hecho de que el matrimonio religioso, en el que la diferencia de sexos de la pareja constituye un dogma incuestionable, no tenga en Francia un reconocimiento civil, no ha sido determinante para que esa exigencia no se contemple como igualmente necesaria. Como ha ocurrido en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio (LA LEY 1071/2005), el modelo matrimonial francés prevé la diferencia de sexos como requisito esencial de la pareja. Aunque lo cierto es que el legislador no da una definición de matrimonio, de la lectura de la actual redacción de los arts. 75 (22) y 144 (23) se infiere indirectamente la heterosexualidad como

conditio sine qua non de aquél. Ello significa que el matrimonio contraído contraviniendo la exigencia del art. 144 constituiría un motivo de nulidad de pleno derecho, por lo que podría ser impugnado por los propios cónyuges, por los interesados o por el Ministerio público (art. 184 CC). Dicha exigencia ha llevado a la Corte de casación, en una decisión de 13 de marzo de 2007, a advertir que «según la ley francesa, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, principio que no resultaba contradictorio con la Convención europea de Derechos del Hombre y la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea». A juicio del Tribunal, el matrimonio entre personas del mismo sexo no entra en el ámbito de aplicación de los arts. 8 y 12 de la Convención (relativos al derecho a casarse y formar una familia), y del art. 9 de la Carta en la medida en que «*el derecho a contraer matrimonio así como el derecho a fundar una familia se garantizan de acuerdo con lo establecido en las leyes nacionales que regulan su ejercicio*» (24) .

En lo doctrinal, habida cuenta del valor otorgado a la diferencia de sexos y a la reproducción como condición exclusiva del *ius connubii*, la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales ha sido saludada por la *doxa* más tradicional como una revolución moral que compromete el orden simbólico familiar y la estructura misma del Estado y el orden jurídico. Para aquélla, el matrimonio que refleja el Código civil solo puede ser el resultado de la «unión de dos sexos», de manera que la asociación entre individuos homosexuales no podría ser tratada adecuadamente por el Derecho sino fuera del matrimonio, es decir, marginalmente (25) . Ahora bien, frente a esta última tesis, a medida que ha ido desapareciendo el género bisexuado en las reformas legislativas operadas en Holanda, Bélgica, Canadá, España, Sudáfrica, Portugal, Argentina, Dinamarca, Suecia, Noruega o ahora en Francia, la noción de matrimonio retiene tan solo la libertad y la voluntad. El matrimonio se basa exclusivamente en la voluntad abstracta de quienes lo celebran. A este respecto, a modo de recapitulación, no se nos ocurre mejor definición del matrimonio contemporáneo que la que acaba de proponer el Tribunal Constitucional español como «comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio» (FJ 9.º) (26) .

2. La ausencia de un derecho a contraer matrimonio constitucionalmente protegido

La Constitución francesa de 1958 no establece un derecho a contraer matrimonio ni describe las condiciones para su celebración. A diferencia de lo que ocurren en España, no existe una garantía institucional protegida constitucionalmente ni un derecho fundamental a contraer matrimonio cuyo contenido esencial, que podría hacer referencia a los requisitos para contraerlo, deba ser respetado como límite infranqueable en el posterior desarrollo legislativo de la institución. En realidad, la Constitución no consagra un *ius connubii*, si bien la libertad para contraerlo se infiere de los arts. 2 (LA LEY 22/1948) y 4 de la Declaración universal de los derechos del hombre (LA LEY 22/1948) y del ciudadano de 1789. Corresponde así exclusivamente a la ley establecer las reglas relativas a la capacidad de las personas, el régimen matrimonial, así como el régimen de sucesiones y donaciones, sin añadir la Constitución condiciones ni otros matices o precisiones.

En la medida en que la determinación del contenido de la institución matrimonial queda reservada en exclusiva a la ley, el Consejo constitucional francés, cuando ha tenido la oportunidad, ha preferido no zanjar políticamente la cuestión en un sentido o en otro. En una decisión de 28 de enero de 2011, el Consejo constitucional se refería a este asunto en los siguientes términos: «Manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, el legislador ha considerado, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 34

de la Constitución, que la diferente situación de las parejas del mismo sexo respecto de las parejas compuestas por un hombre y una mujer puede llegar a justificar una diferencia de tratamiento en las disposiciones del Derecho de familia». Ahora bien, pese a lo afirmado, concluye el Alto Tribunal que «no corresponde al Consejo Constitucional sustituir mediante su apreciación la del legislador a la hora de abordar en este ámbito esa diferente situación» (27) . En cierta forma, dicha solución recuerda a aquella por la que finalmente ha optado el propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos, al afirmar que del mismo modo que a partir del art. 12 CEDH (LA LEY 16/1950) no cabe imponer a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, tampoco se puede extraer de literalidad del precepto la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo en el modo que se estime más conveniente (28) .

Lo cierto es que la decisión del Consejo constitucional francés también recuerda al recorrido que ha seguido el Tribunal Constitucional español desde sus planteamientos iniciales sobre el matrimonio homosexual hasta la reciente STC 198/2012 (LA LEY 160139/2012) que rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005. Seguramente sea ésta la senda que seguirá la Corte constitucional francesa si finalmente se recurre por inconstitucional la Ley de reforma del Código civil, como parece probable. En efecto, la STC 198/2012 (LA LEY 160139/2012) ha matizado su anterior doctrina constitucional sobre el valor de la diferencia de sexos como *conditio sine qua non* del matrimonio. En esa dirección, considera que su anterior auto 222/1994, de 11 de julio (29) , esgrimido tradicionalmente para rechazar el matrimonio entre personas del mismo sexo, contiene efectivamente una expresa declaración sobre el derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales. Ahora bien, dicho pronunciamiento no puede entenderse como la «consagración constitucional de la heterosexualidad en el seno del matrimonio, aunque tampoco puede entenderse que esta opción quede excluida. Lo que hace es asumir la heterosexualidad como una posición válida del legislador y dar cabida a una eventual regulación de la convivencia *more uxorio* para los homosexuales».

En definitiva, el ordenamiento jurídico francés no cuenta con un derecho constitucional a contraer matrimonio con un contenido esencial en el que se perfile la heterosexualidad como requisito de la institución. Tampoco existe una doctrina constitucional que no pueda ser posteriormente matizada en el sentido propuesto por la reforma. Pero en todo caso, lo que sí resulta claro es que, como ha recordado el propio Consejo constitucional en su decisión de 28 de enero de 2011, corresponde en exclusiva al legislador francés —a la voluntad popular—, y no al Consejo, la responsabilidad de fijar en cada momento el contenido básico del matrimonio y sus condiciones esenciales (30) .

3. El matrimonio: aspectos concretos de la reforma

Si utilizamos uno de los argumentos de los que se ha servido la STC 198/2012 (LA LEY 160139/2012) para rechazar el recurso de inconstitucionalidad contra la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales en España, también en Francia la única diferencia entre el matrimonio antes y después de la reforma proyectada reside en el «sexo». El contenido de la institución matrimonial resulta inocuo al género. El único desacuerdo en términos estrictamente jurídicos entre uno y otro régimen matrimonial residiría en el sexo de los contrayentes, en la facultad de elegir, o explicado en otros términos, el contenido de la institución civil matrimonial en cuanto a derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas permanece intacto cualquiera que sea el sexo de los contrayentes.

a) La supresión de las menciones al género

Conforme al Proyecto de Ley, el género como instrumento de identificación queda eliminado del título V del Libro I del Código civil relativo al matrimonio. El capítulo III dedica íntegramente sus esfuerzos a erradicar la diferencia de sexos de la institución matrimonial y de la filiación adoptiva. Expresiones como «marido o mujer», «padre o madre», «abuelo o abuela» son sustituidas por la de «cónyuges», «progenitor» (*parent*) (31) , «padres», «abuelos» o

«miembro de la familia» a lo largo del futuro texto legal.

A modo de p[ó]rtico, el Cap[í]tulo I relativo a *«las cualidades y requisitos para poder contraer matrimonio»* a[ñ]ade un nuevo art. 143 dirigido expresamente a permitir la celebraci[ó]n del matrimonio entre personas del mismo sexo, convirti[é]ndose por sus consecuencias en el referente de la reforma. Éste queda redactado de la siguiente forma:

«El matrimonio se contrae entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo.»

Tambi[é]n es objeto de modificaci[ó]n el hasta ahora controvertido art. 144, del que tanto la doctrina como la jurisprudencia coligen de forma impl[í]cita la exigencia de la diferencia de sexo de los miembros de la pareja. El precepto contempla la necesidad de un m[í]nimo de edad para contraer matrimonio, tanto para el hombre como para la mujer, de ah[í] que resultara precisa la adaptaci[ó]n. En su nueva redacci[ó]n, al eliminar la menci[ó]n al sexo, el citado precepto pasa a tener el siguiente tenor: *«No se podr[á] contraer matrimonio antes de los dieciocho a[ñ]os de edad»* (32) .

En esa misma direcci[ó]n, se corrige el texto del C[ó]digo civil en el punto relativo a las prohibiciones —los tradicionales impedimentos— para contraer matrimonio, en la medida en que este sistema, que tiende fundamentalmente a impedir el incesto, tambi[é]n debe regir para las parejas del mismo sexo, evitando as[í] una confusa y equ[í]voca lectura de la ley en su actual redacci[ó]n. Se establece as[í] que *«En la l[í]nea colateral queda prohibido el matrimonio entre hermanos y hermanas»* (art. 162 CC) (33) . A lo que se a[ñ]ade que *«Tambi[é]n se proh[í]be el matrimonio entre el t[ío] y su sobrina o sobrino, y el de la t[ía] con su sobrina o sobrino»* (art. 163 CC). Por [ú]ltimo, en lo que concierne a la dispensa para contraer matrimonio, se corrige el art. 164.3.º para eliminar la referencia a *«a los matrimonios entre t[ío] y sobrina y t[ía] y sobrino»*. Finalmente, el nuevo precepto remite enteramente al anterior art[í]culo ya en su versi[ó]n reformada (34) .

b) Matrimonios con elemento extranjero

El Derecho internacional privado franc[és] parte de la aplicaci[ó]n del tradicional criterio de *lege fori* en las relaciones internacionales. Conforme a dicho principio, trat[á]ndose de un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, debe aplicarse el concepto que de la instituci[ó]n resulta del C[ó]digo civil franc[és] que, en la actualidad, como ya sabemos, no lo permite. En relaci[ó]n con esta cuesti[ó]n, se ha planteado la posibilidad de aplicar un «r[é]gimen atenuado del orden p[ú]blico» que, en determinados casos, ha permitido con [é]xito abrir el sistema jur[í]dico franc[és] a instituciones civiles extranjeras inicialmente contrarias a su ordenamiento nacional, pero aceptando *a priori* la producci[ó]n de efectos, tal es el caso de la poligamia, reconocidos por la jurisprudencia en determinados casos.

La cuesti[ó]n que permanece latente en este tema es, en definitiva, si el Derecho franc[és], como cualquier otro, tendr[í]a legitimidad suficiente como para rectificar al legislador extranjero en la elecci[ó]n del modelo familiar, cuestion[á]ndolo, o si, al contrario, deber[í]a optar por una soluci[ó]n com[ú]n de car[á]cter omnicompreensivo. As[í], frente a aquellos Estados que tienen reconocido el derecho al matrimonio —como Espa[ña], B[é]lgica u Holanda— no parece que la opci[ó]n m[á]s correcta sea plantear una confrontaci[ó]n de derechos de la que resulte una rigurosa aplicaci[ó]n del orden p[ú]blico local, como si tales derechos hubieran sido concebidos en el [á]mbito de una cultura o civilizaci[ó]n diferente —lo que no es verdad—, como efectivamente puede ocurrir en otros casos (35) . Algunas respuestas ministeriales —sin validez jur[í]dica m[á]s all[á] de lo doctrinal— se han manifestado favorables a que estos matrimonios produzcan efectos en Francia, siempre que hayan sido contraidos en el extranjero conforme a la ley nacional de los c[ó]nyuges. Para ello bastar[í]a con aplicar la t[é]cnica del efecto atenuado del orden p[ú]blico interno en materia internacional (36) . Ahora bien, dicho matrimonio no ser[í]a v[á]lido si adem[á]s de ser contrario a la norma de conflicto uno de los c[ó]nyuges fuera de nacionalidad francesa. En efecto, por poner un ejemplo, para abrir la sucesi[ó]n en beneficio del c[ó]nyuge del mismo sexo la uni[ó]n tendr[í]a que ser v[á]lida conforme a las normas de conflicto del

Derecho francés, lo que hoy no resulta posible si una de las partes disfruta de la nacionalidad francesa (37) .

En el seno de la Unión Europea, la invocación del «orden público nacional» agudiza la radicalidad de los planteamientos que rechazan la eficacia del matrimonio entre personas del mismo sexo. En el actual contexto transfronterizo, no resulta coherente que un matrimonio celebrado válidamente en otro Estado europeo pueda ser rechazado so pretexto de la invocación del orden público tomando como referencia las diversas interpretaciones que del concepto «cónyuge» (utilizado en el Derecho de la Unión Europea) puedan plantearse. Una decisión favorable a la exclusión restringiría la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión y de sus familias, pese a que la elección de la pareja se haya fundamentado en la elección de un modelo jurídico familiar legítimo en otro de los Estados miembros (38) .

El rechazo a la calificación de esta unión como matrimonio, asociado a la imposibilidad de que puedan beneficiarse de una atenuación del orden público consecuencia de la aplicación de un estatuto jurídico que impide la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, plantea un verdadero problema jurídico en el seno de la Unión Europea (39) . Al no considerarse casada la pareja, el Derecho reenvía, contra la voluntad de aquella y contra su proyecto parental, al régimen de la unión de hecho, es decir, al *concubinage* y, por tanto, a la ínfima expresión de la relación de convivencia. De otra parte, dicha negativa añadiría otros interrogantes. Cabría así plantear si dicho matrimonio contraído en el extranjero constituye un impedimento para formalizar un PaCS si antes no se produce el divorcio, tal y como exigiría el art. 515-2 del Código civil; o si resultaría posible contraer un posterior matrimonio heterosexual en Francia y, por tanto, legítimo, con el riesgo de incurrir en bigamia; y si, en definitiva, aquel matrimonio opera en territorio francés como circunstancia agravante, atenuante o eximente de responsabilidad penal cuando esa relación de pareja debe tenerse en cuenta para establecer el grado de responsabilidad criminal, entre otras cuestiones.

A resolver este problema dedica el Proyecto de Ley un nuevo Capítulo IV bis titulado «Reglas de conflicto de leyes», que nace con el objetivo de permitir su celebración cuando la ley personal del nacional no francés contrayente o la pareja extranjera no contemple o prohíba expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hasta este momento, no ha existido momento en el Código una disposición específica con esa finalidad, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, de modo que la pauta a seguir ha sido la fijada por la jurisprudencia, en el sentido de que los requisitos de fondo del matrimonio deben determinarse por la ley personal de cada uno de los cónyuges.

Dice así el nuevo art. 202-1:

«Las cualidades y condiciones exigidas a cada uno de los cónyuges para poder contraer matrimonio se regirán por su ley personal.

Sin perjuicio de los compromisos internacionales adquiridos por Francia, se excluirá la aplicación de la ley personal del cónyuge siempre que ésta constituya un obstáculo a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando la ley correspondiente al Estado en el que se celebre el matrimonio así lo permita.»

Por su parte, el art. 202-2 señala:

«Se considerará válidamente celebrado el matrimonio cuando sea conforme a las formalidades previstas por la ley del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar su celebración.»

Por lo demás, el art. 22 del proyecto añade una previsión dirigida a reconocer la validez y efectos de aquellos matrimonios celebrados por un francés en el extranjero antes de la entrada en vigor de la Ley. No obstante, se exige la previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos a los matrimonios celebrados en el extranjero cualquiera que fuera su fecha de celebración, así como el respeto de las normas imperativas de Derecho interno

sobre la prestación del consentimiento matrimonial de los cónyuges y su concurrencia a lo largo de la celebración.

IV. FAMILIAS SIN GÉNERO

El término familia homoparental fue acuñado en Francia en el año 1977 para designar las situaciones familiares en las que al menos un adulto, que se identifica como homosexual, es padre de un niño. Precisamente, los estudios sociológicos demuestran que en la sociedad francesa un significativo porcentaje de niños crecen y se educan en hogares formados por parejas del mismo sexo. Lejos de ser unívoco, el término homoparentalidad se refiere a realidades familiares bien diferentes: familias recompuestas, adopción por un individuo o por una pareja homosexual; aunque también cabría incluir a la pareja de mujeres que desean acceder a la maternidad mediante la inseminación artificial, o, en su caso, a la de hombres que, llegado el caso, pretenden recurrir a la gestación por sustitución todo ello con el ánimo de fundar una familia.

La noción de familia incluye diversos modelos y estructuras distintas. Así lo corrobora el TEDH que, en el asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010, señaló que «resulta artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una unión de diferente sexo, una pareja del mismo sexo no pueda disfrutar del concepto de vida familiar para los propósitos del art. 8 de la Convención. Teniendo presente la relación de los demandantes, la convivencia estable de una pareja del mismo sexo que, de hecho, viven juntos, se incardinaría dentro del concepto de vida familiar, del mismo modo que una relación de una pareja de distinto sexo que estuviera en la misma situación».

En realidad, en su función identificadora, el género constituye una barrera en la igualdad de las familias. La diferencia de sexos se encuentra arraigada en la matriz del dispositivo jurídico, en el que sobrevive una tesis naturalista de la filiación cuya finalidad sería fundamentalmente el mantenimiento del orden de la diferencia de sexos y de generación. El modelo de familia organizado en torno a la complementariedad de sexos impide reconocer otras formas de vida familiar. Precisamente, en el Derecho de familia, la clasificación conforme al género es el dato que precisamente determina la discriminación. De ahí que la desaparición del género de los libros del Registro como categoría del estado civil de las personas se haya considerado por una parte de la doctrina como una solución que pondría fin a la discriminación hacia gays, lesbianas y transexuales en este ámbito (40).

1. Una concepción voluntarista y no naturalista de la filiación

Hablar de familia es hablar también de filiación. La filiación es el vínculo que une a un niño con su padre, madre, padres o madres. La filiación puede ser por naturaleza (*filiation naturelle*), derivada del dato biológico del nacimiento. Incluso algunos prefieren hablar de «filiaciones carnales» cuando la filiación natural coincide con la filiación legítima (*Carbonnier*). En cambio, la adopción (*filiation adoptive*) es consecuencia de una decisión del Juez (*jugement d'adoption*) sobre el acto por el cual el adoptante establece su voluntad de adoptar.

Como dice Gérard Cornu, resultaría simplista la reducción del derecho a la filiación a la búsqueda de la vedad biológica (41). La filiación constituye una relación que crea la norma jurídica. La concepción de la filiación como una relación o vínculo carnal entre padre e hijo —de sangre— fue una elaboración de la doctrina canónica a lo largo del siglo XIII. Los Glosadores tomaron prestada esta relación como modelo, concibiendo a partir de entonces la adopción como una ficción jurídica que debía imitar a la naturaleza. Sin embargo, la concepción jurídica de la filiación basada en la imitación del modelo natural o reproductivo quiebra en Francia a mediados del siglo pasado cuando la Ley de 11 de julio de 1966, de reforma del Código civil, permite que una persona sola pueda adoptar individualmente a un niño. Avanzando en ese dirección, en 1994 y, posteriormente, en 2004, con ocasión de la aprobación de las normas que regulan las técnicas de reproducción asistida, asistimos a la progresiva desaparición en el lenguaje jurídico de la diferencia de sexos.

Desde mediados de 1990 se ha ido abriendo camino en Francia una tesis en el campo de la filiación que podría calificarse como naturalista. Según esta doctrina, la filiación debería ser una copia del modelo que impone la procreación. Conforme a este criterio, solo la capacidad natural de procrear determinaría, jurídicamente, la paternidad. La progresiva extensión de esta teoría en distintos ámbitos ha conducido a la coexistencia de dos modelos contradictorios en el Derecho civil francés (42) . Por un lado, el modelo clásico al que responde el Código civil conforme a las reformas de los años 1960 y 1970, más atento a la presencia de uno o dos padres que al sexo de éstos; y, de otro, un modelo naturalista construido sobre la diferencia de sexos en cuyo ámbito solo se desenvolvería adecuadamente el superior interés del menor. Este movimiento se radicaliza a partir del momento en que tiene lugar la reivindicación de la filiación adoptiva por las parejas homosexuales. De este modo, al orden natural y público se añade también el orden simbólico, en la medida en que, para los que apoyan esta tesis, para la correcta construcción de la identidad psíquica, social y relacional del niño, resultaría necesaria la presencia un padre y una madre a lo largo de la infancia y durante la adolescencia (43) .

Como ha explicado recientemente Louis *D'Avout*, en la filiación adoptiva «la homoparentalidad jurídica no puede borrar la paternidad natural heterosexual, lo que se comprende bien desde un punto de vista individual (el niño tendría conciencia de sus orígenes heterosexuales) y colectivo (puesto que, al no quedar borrada la paternidad inicial, la convergencia de la voluntad del niño y del padre natural podría contribuir a vivificar, también en Derecho, el vínculo de parentesco biológico con la consecuencia para el niño de volver a encontrarse, a fin de cuentas, con un padre y una madre)» (44) . En el fondo de este planteamiento reside la idea del mantenimiento de un orden natural y genealógico irrenunciable basado en la reproducción sin el cual no sería posible concebir las relaciones de paternidad. Desde esta posición, la crítica fundamental a la apertura de la filiación a las parejas homosexuales residiría precisamente en su alejamiento del orden simbólico, de la familia representada por un niño con un padre y una madre. «La filiación jurídica debe permanecer anclada en una representación biológica del vínculo para cumplir su función», concluye Florence *Millet* (45) .

No obstante, por el momento, el interés en afirmar la realidad biológica como fundamento de la filiación jurídica choca con la concepción común que el Derecho civil tiene sobre esta materia. El Derecho francés, como casi todos los ordenamientos jurídicos de su círculo de influencia, consagran diferentes criterios para la determinación de la filiación que no se fundan exclusivamente en la existencia de un vínculo de sangre (46) . La pareja heterosexual — el orden simbólico— no constituye el único referente posible del niño. Tampoco la sola constatación de la edad, la presencia de otros niños en la familia o la situación matrimonial son en Francia un obstáculo a la adopción (47) . La posibilidad de adoptar por una persona sola, casada o soltera, o incluso por el fallecido por intermediación del cónyuge viudo (48) , constituye el mejor ejemplo de la indiferencia del Derecho civil, en términos estrictamente jurídicos, al hecho de que el niño resulte finalmente vinculado únicamente a un solo padre o a varios. A ello debe añadirse la inexistencia de oposición entre la orientación sexual y la capacidad para crear en torno al niño un «clima de felicidad, amor y comprensión» en un «medio familiar», como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (49) . La orientación sexual tampoco choca con la preocupación por paliar o atenuar el problema que suscita la ausencia de padres o de la participación de los mismos en los dos procesos fundamentales de desarrollo del niño: la socialización y la personalización (50) .

En realidad, sobre la base de la voluntad resultaría posible concebir una filiación completamente dissociada de la reproducción, lo que permitiría justificar un régimen jurídico fundado no en la verdad biológica sino, en lo que resulta más interesante, sobre la idea fundamental de un «proyecto de paternidad responsable». La adopción constituye una institución más adecuada que la exclusiva certeza biológica para asegurar los vínculos familiares y cualquier modelo de familia (tradicional, monoparental, homoparental, pluriparental, homopluriparental o

recompuesta, según se prefiera). La adopción, en cuanto filiación jurídica por antonomasia, se construye a partir del derecho del niño a tener una familia, contrariamente a lo que ocurre en la filiación biológica, pensada más bien como un derecho al niño. Asumir una teoría contractualista de los vínculos familiares permitiría dejar en manos de los interesados el contenido mismo de la relación de pareja y, por extensión, de la facultad de adopción, mientras que los grandes principios del Derecho de contratos (equilibrio de las prestaciones, la protección del más débil, la prohibición de las cláusulas abusivas, la teoría de la lesión, etc.) garantizarían la igualdad y la libertad del conjunto de los miembros de la familia en todo momento.

Resultaría conveniente, en definitiva, acoger una concepción de la filiación fundada en la voluntad, asumiendo el reconocimiento como la forma principal de establecimiento del vínculo de filiación no contenciosa. Como venimos observando, la adopción constituye en la actualidad el paradigma de la filiación electiva al margen del dato reproductivo. La desaparición en la filiación de la referencia al dato biológico, como ocurre en la adopción, permite ciertamente resolver el problema de la homoparentalidad, pues permite integrar al niño en el seno de la pareja homosexual. Ahora bien, la desbiologización de la filiación también permitiría acabar con la discriminación actualmente existente respecto de los hombres que no desean asumir la paternidad. A este respecto, resulta incoherente que el Derecho francés contemple la facultad de interrumpir el embarazo (IVG) como un derecho de la madre —a renunciar a la maternidad—, que le confiere la ley contra el deseo del progenitor, incluso el de abandonar al niño (51) ; mientras que, por el contrario, un coito fecundo convierte en todo caso al hombre en padre jurídico por decisión de aquélla, aun contra la voluntad de este último. La extensión al padre del derecho al abandono de sus propios hijos tal y como el Derecho francés prevé respecto de la mujer, eliminaría aquella discriminación y obligaría a la adopción de los propios hijos biológicos. El compromiso sobre la base de un proyecto calculado, maduro y meditado de paternidad responsable —contrato parental— constituiría en este nuevo escenario la base del reconocimiento del niño, cuyo desenvolvimiento seguiría un esquema análogo al reconocimiento de paternidad antes del nacimiento o mediante simple declaración ante el Juez. Ahora bien, conforme a este nuevo esquema familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad los hijos gozarían de igual derecho de abandono respecto de su familia de origen a través del expediente de la renuncia (52) .

2. Aspectos concretos de la reforma

a) Adopción

- Adopción plena, individual o conjunta.

El derecho positivo actual (antes de la reforma analizada en este artículo) se opone a la creación de un doble vínculo de filiación respecto de las parejas homosexuales, al prohibir tanto la adopción conjunta como el acceso a la reproducción asistida mediante inseminación artificial heteróloga en el caso de las parejas de mujeres.

Efectivamente, no resulta posible en Francia la adopción plena o simple del niño por una pareja homosexual al encontrarse reservada esta opción a los cónyuges casados. El niño no puede tener un vínculo de filiación más que con uno de los miembros de la pareja homosexual, en tanto que al otro no le resulta posible ni mediante reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil (*Officier d'état civil*), ni mediante una resolución judicial de adopción. No obstante, existen niños que viven en hogares de parejas homosexuales uno de cuyos miembros ha tenido una anterior relación estable heterosexual, de modo que el niño ya tendría establecida una previa filiación paterna o materna. En otros casos, aunque el niño es educado por la pareja homosexual conjuntamente, y pese a que aquél fue engendrado con la idea preconcebida de una crianza en común, el vínculo de filiación solo se encuentra establecido respecto de uno de sus miembros. Además, el niño puede haber sido adoptado individualmente por uno de los miembros de la pareja, tal y como permite el Derecho francés como luego veremos.

Mediante la adopción se incluye en una familia a un tercero que no pertenece a la misma por vínculo de sangre o conforme a un criterio biológico, estableciendo un vínculo de parentesco fundado en el propio acto voluntarista de la adopción—criterio sociológico—. Resulta necesaria la intervención judicial para confirmar la voluntad del individuo originando el vínculo jurídico que, en lo sucesivo, unirá a una persona respecto de otra u otras. La voluntad de adoptar se convierte así en vehículo —en causa— de la filiación al determinar la procedencia de los hijos respecto de los padres. Los efectos de la filiación adoptiva resultan esenciales para los miembros de la familia, pues, a partir de ese momento, los hijos asumen y conservan respecto de sus padres adoptivos los mismos derechos que si con éstos existiera un vínculo de sangre que hubiera dado origen a una filiación ya determinada. Este es el caso de la patria potestad, los apellidos (*nom de famille*), la asistencia y alimentos o los derechos sucesorios.

Antes de continuar, conviene precisar que el Derecho francés es sensiblemente diferente del español a la hora de abordar las clases de adopción. Resulta necesario tener en cuenta esta diferencia para conocer el alcance real de la reforma ahora emprendida en Francia. En efecto, la adopción puede ser individual o conjunta y, a su vez, el adoptante individual o la pareja pueden optar por una adopción simple o plena. El Código civil francés establece un sistema dualista que acoge dos modelos diferentes de adopción en cuanto a sus efectos: adopción simple y adopción plena. Ambos modelos se someten al superior interés del niño. En el primer caso, dice el art. 346 del Código civil que *«nadie puede ser adoptado por varias personas, salvo cuando se trate de ambos cónyuges»*. A partir de este dato, existen varias posibilidades. Así, ambos cónyuges, no separados, pueden solicitar la adopción siempre que tengan más de veintiocho años de edad o se encuentren casados desde hace dos años (art. 343 CC). La adopción por dos personas solo es posible entre personas casadas y no separadas. Así las cosas, como la adopción conjunta solo queda garantizada a las parejas casadas no es posible establecer un doble vínculo de filiación con los miembros de una pareja homosexual, que solo podrían acudir a la adopción plena a título individual. Así, conforme a lo dispuesto en el art. 343-1 del Código civil, una persona sola tiene la posibilidad de adoptar en forma plena, siempre que el adoptante sea mayor de veintiocho años de edad.

También resulta necesario realizar un breve resumen de la experiencia judicial francesa reciente sobre la adopción por una persona sola cuando el adoptante es homosexual. Efectivamente, en la adopción individual, los argumentos que tradicionalmente se han utilizado para rechazarla han sido la ausencia de garantías en el plano familiar, educativo y psicológico para acoger a un niño en adopción o la inexistencia del referente de un perfil familiar heterosexual. Así, en 1996, un homosexual que había manifestado su orientación sexual durante la entrevista mantenida con el asistente social vio rechazada por el Consejo de Estado su petición con justificación en *«la ausencia de referencia maternal constante»*, así como por la *«vida elegida»* por aquél (53) . La jurisprudencia ha justificado hasta hace poco la aplicación de un tratamiento diferenciado entre personas solteras heterosexuales y homosexuales sobre la base de su explícita o implícita orientación sexual, no obstante constituir un trato discriminatorio de conformidad con lo dispuesto en los arts. 8 (LA LEY 16/1950) y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950). Ahora bien, en fechas recientes, la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008, asunto *E.B. contra Francia*, ha impreso un cambio de rumbo radical al poner fin al obstáculo que hasta el momento impedía a los homosexuales adoptar individualmente. A juicio del Tribunal, la explícita o implícita homosexualidad del adoptante no puede constituir un factor determinante para el rechazo la solicitud individual de adopción. Lo contrario significaría la discriminación por razón de orientación sexual del demandante (54) .

- Adopción simple.

Mediante la adopción simple se permite crear con un individuo, cualquiera que sea su edad, una segunda relación de filiación además de la ya existente (de sangre) que continúa subsistiendo. En el plano vertical, excluida la

adopción conjunta la adopción simple se convierte en la única solución posible para el establecimiento de un vínculo de filiación con el hijo de la pareja. En cambio, en el plano horizontal, lo cierto es que, como ahora se verá, la adopción simple, por su enorme flexibilidad, también ha permitido durante un tiempo resolver, con un fin diverso al propio de la filiación, el problema de la sucesión entre los miembros de parejas del mismo sexo, excluidos del amparo de otras posibles formas jurídicas de conyugalidad.

En el primer caso, en el plano vertical, el proceso de filiación en la adopción simple se limita a una fase judicial de pronunciamiento de la adopción. A través de la adopción simple se resuelven situaciones como la espera (antes de una adopción plena retrasada), de seguridad (ante el riesgo de frustración de la adopción plena), o de vuelta atrás (cuando se produce el fracaso de la adopción plena). En realidad, el recurso a la adopción simple es habitual cuando ya no resulta necesario criar o educar al adoptando, residiendo el interés exclusivamente en la transmisión del apellido y en resolver determinadas consecuencias patrimoniales de cara a la sucesión. Sus efectos son limitados si se pone en relación con la adopción plena. Así, la adopción simple no hace desaparecer la filiación de origen (art. 364 CC) y puede ser revocada por motivos graves (art. 370 CC); mientras que la adopción plena sustituye completamente el vínculo de filiación en favor del adoptante de forma irrevocable. Implica además la transferencia de la patria potestad al adoptante con la excepción del hijo del otro cónyuge. En estos casos, el adoptante detendrá el ejercicio de la patria potestad conjuntamente con su cónyuge, pero este último conserva su ejercicio salvo declaración conjunta ante la autoridad competente (el Secretario del Tribunal) en la que se declare el ejercicio en común de la autoridad parental.

La adopción simple puede realizarse en cualquier edad al no exigirse requisitos especiales al respecto (55) . El adoptado conserva sus derechos en la sucesión y aun el de alimentos (art. 367 CC). Siendo mayor de edad, el adoptado, por sí mismo, podría incluso ofrecerse en simple adopción. Por lo demás, esta forma de adoptar convierte en superflua la previa fase de acogimiento pues el adoptante conoce ya la identidad del adoptado, de modo que bastaría la presentación ante el Juez de una petición de adopción de una persona ya identificada. Como regla general, la adopción del hijo de la pareja no casada no puede realizarse acudiendo a esta última opción, en la medida en que no se puede hacer renunciar al padre biológico a la patria potestad. Ello ha llevado a la jurisprudencia a rechazar sistemáticamente esta petición, al no ser la fórmula adecuada para resolver aquellas situaciones en las que se requiere la atribución de la «patria potestad conjunta» (56) .

En cambio, como hemos visto, sí resultaría posible en Francia la adopción simple con delegación del ejercicio en común de la patria potestad, opción permitida en el art. 377 del Código civil francés *«cuando las circunstancias lo exijan»*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en otra decisión de 31 de agosto de 2010, se ha pronunciado sobre esta cuestión (la solicitud de adopción simple de la hija natural de la pareja nacida mediante técnicas de reproducción asistida, cuando ambas mujeres se encontraban unidas por un pacto civil de solidaridad). Ahora bien, la decisión debe tomarse con cautela pues, como dice el Tribunal, «la petición plantea serios interrogantes de hecho y de derecho que no pueden ser resueltos en el actual estado de examen de la reclamación, pues precisa de un examen en cuanto al fondo». No obstante, la resolución es extraordinariamente interesante, pues advierte que si bien el art. 8 de la Convención no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, la noción de familia contemplada en el artículo no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, pudiendo englobar otros vínculos familiares. Todo ello llevó al Tribunal a admitir la reclamación de adopción por aquella pareja de mujeres, que se caracterizaba «por una vida estable en común y la existencia de un compromiso recíproco para tener y criar niños» (57) .

En el segundo caso, en el plano horizontal, algunas parejas se han servido en el pasado de la adopción simple, simuladamente, para resolver los aspectos patrimoniales de su relación. Antes de la entrada en vigor de la Ley de

15 de noviembre de 1999, sobre el PaCS, algunas parejas no necesariamente homosexuales han recurrido a la adopción simple para intentar dotar a la relación un estatuto permanente de cara a la transmisión del patrimonio. En efecto, a través de este mecanismo, ante la inexistencia de un límite de edad, resultaba posible simular, en fraude de ley, la adopción del otro miembro de la pareja con la intención de conferirle derechos sucesorios. Ahora bien, resulta necesario analizar cada caso concreto. Así, frente a la presunción de fraude por el hecho de la presencia de dos personas del mismo sexo, la Corte de casación, en una decisión de 8 de junio de 1999 (58) , advirtió que debe presumirse la buena fe del adoptante en cuanto a la integridad de su solicitud y que la prueba de contrario incumbe a quien se oponga a la petición (59) .

Por último, resulta interesante recordar que hasta hace veinticinco años la adopción simple constituyó una opción prevista en el Derecho de familia español que desaparece con la reforma de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (LA LEY 2158/1987), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (60) . En su definitiva derogación pesaron factores que en aquel momento resultaban inconfesables. Precisamente, la Exposición de Motivos justificaba su supresión de la siguiente manera: «También pueden citarse como otros inconvenientes, la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad, y la misma pervivencia de la figura de la adopción simple, reducida a una figura residual de escasa trascendencia jurídica y que solo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para *finés marginales* no merecedores de una protección especial» (la cursiva es de los autores). Lo cierto es que la adopción simple ha permitido durante un tiempo aliviar, torticeramente, un problema evidente: la situación en la que se encontraban algunas parejas que, deseándolo, no podían establecer relaciones de seguridad patrimonial adecuada de cara al fallecimiento de uno de sus miembros y a la apertura de la sucesión. Ahora bien —como en su día ya explicaran Caroline *Mécary* y Géraud *de la Pradelle*— cabe razonablemente pensar que la simulación de la adopción ya no tiene razón de ser desde el momento en que los homosexuales tienen libre acceso al PaCS (61) .

- Adopción constituida en el extranjero.

El nuevo régimen jurídico proyectado debe extenderse al reconocimiento de aquellas adopciones llevadas a cabo en el extranjero asimilables a la adopción plena contemplada en el art. 357-1 del Código civil. Hasta la fecha, la jurisprudencia ha otorgado un alcance limitado a las situaciones jurídicas establecidas en el extranjero por personas homosexuales en cuya virtud éstos se convertían en padres.

Respecto de la adopción simple, la Corte de casación ha considerado que en estos casos no existe contradicción con el orden público internacional, por lo que podría otorgarse el *exequatur* a una resolución de adopción y a la transcripción en los libros del Registro civil de los nuevos vínculos de filiación, sin perjuicio de que la sentencia de adopción contemple el ejercicio de la patria potestad de forma compartida entre el padre biológico y el adoptante mediante adopción simple, es decir, siempre que no se trate de adopción conjunta (62) . En esa dirección, la Corte de casación, en dos decisiones de 7 de junio de 2012 (63) , consideró como contrario al principio de filiación del Derecho francés el reconocimiento de una sentencia extranjera que autorizaba la adopción conjunta a una pareja de personas del mismo sexo (ciudadano francés e inglés). Se afirmaba así que otorgar el *exequatur* a la resolución extranjera que permite la inscripción en el Registro civil sería tanto como «reconocer al niño como nacido de dos padres del mismo sexo». Esta conclusión tendría su fundamento en el art. 57 del Código civil que prevé la inscripción en el acta de nacimiento del «*apellido, nombre, edad, profesión y domicilio del padre y de la madre*». De admitir esta solución, advierte la anterior doctrina jurisprudencial, la filiación quedaría determinada respecto dos personas del mismo sexo, mientras que el Derecho francés solo admite la posibilidad de establecer la filiación en relación con una persona sola o con una pareja matrimonial heterosexual. En definitiva, al existir un doble vínculo de filiación, siendo francés uno de los miembros de la pareja, no cabría efectuar la inscripción al ser este hecho

contrario al orden público y, más concretamente, al art. 320 del Código civil, conforme al cual la filiación legalmente establecida impide contemplar otra filiación que la contradiga.

- La delegación de la patria potestad como recurso ante la imposibilidad de adopción conjunta.

Para paliar este problema —la imposibilidad de crear un vínculo de filiación entre el niño con ambos miembros de la pareja homosexual—, hasta ahora solo resulta posible en Francia solicitar al Juez de familia la «delegación de la patria potestad» con fundamento en el art. 377.1 del Código civil (64) . Dicho precepto viene así a mitigar en parte la inexistencia de un estatuto jurídico del *beau-parent* o, dicho de otra manera, un régimen que regule la relación que mantiene el niño con la pareja social del padre o de la madre legal, de forma que puedan establecerse derechos de sucesión entre el niño y el *beau-parent*, crear una obligación de alimentos o mantener ciertos derechos —de visita— en caso de ruptura de la pareja.

Efectivamente, con la intervención del Juez de familia (*juge aux affaires familiales*) la patria potestad puede ser delegada al menos parcialmente. Mediante la delegación se opera un traspaso de todas o parte de las funciones relativas a la autoridad parental a un tercero que acepta dicha obligación asumiéndola en razón de la relación que mantiene con el niño (tercero que puede ser un familiar, una persona de confianza o un organismo especializado). Sus caracteres fundamentales son la excepcionalidad, el carácter judicial y su provisionalidad.

La Corte de casación, abriendo discretamente una ventana mientras la puerta a la homoparentalidad permanecía cerrada —en palabras de François *Chénéde*—, ha considerado que el citado art. 377.1 del Código civil no se encuentra en contradicción con el hecho de que una madre sola, titular de la patria potestad, delegue todo o parte de su ejercicio a la mujer con la que vive en unión estable y continua, cuando las circunstancias lo aconsejan y la medida es conforme al interés superior del niño (65) . De este modo, el padre o la madre, con su pareja, podrían ejercer la patria potestad conjuntamente, si bien teniendo en cuenta que se trata de un recurso al que solo podría llegarse excepcionalmente, tal y como ha advertido la propia Corte de casación.

No obstante, si bien la técnica de la delegación de la autoridad parental permite solucionar un buen número de dificultades del día a día de la educación y crianza del niño, no es una herramienta que permita conferir la plena paternidad a falta del establecimiento un vínculo de filiación. La fragilidad de esta medida se evidencia especialmente cuando se produce la ruptura o la separación de la pareja, en la medida en que el ejercicio de la patria potestad de forma conjunta requiere del acuerdo de ambos y que uno de los miembros de la pareja solo se encuentra investido de una delegación.

b) *Los apellidos (« nom de famille »)*

La adopción atribuye al niño adoptado el apellido del adoptante como símbolo de la integración en su familia. Ahora bien, dicha atribución se realiza de manera diferente según se trate de la adopción por ambos cónyuges o por uno solo, y según nos encontremos ante una adopción plena o simple.

En la *adopción conjunta* se atribuye al niño bien el apellido del padre adoptivo, bien el de la madre adoptiva, o bien ambos unidos en el orden elegido por uno y otro de común acuerdo, con el límite de la asignación de un apellido por cada uno de ellos. En el supuesto de adopción individual por persona casada, la decisión judicial de adopción podrá atribuir el apellido que solicite el adoptante, bien el de su cónyuge —con su consentimiento—, bien los apellidos de ambos unidos en el orden que elijan con igual límite. A falta de elección, el niño llevará el apellido el padre. Tanto en la adopción plena y simple, la Ley permite a los padres elegir mediante declaración conjunta el apellido del hijo, uniendo el de ambos, en el orden elegido por aquéllos. A falta de elección, el Derecho positivo prevé que el niño llevará el apellido el padre.

En la adopción conjunta, el principio de unidad del *nom de famille* entre hermanos determina que el apellido elegido

previamente, o atribuido a los otros hijos comunes de la pareja, se impondrá al niño adoptado.

Se reforman a tal efecto diferentes preceptos como los arts. 311-21 y 311-23 del Código civil, con el fin de preservar el principio de unidad del apellido de los hermanos, cualquiera que sea el modo en que se haya establecido la filiación. También se modifica el art. 357 del Código civil relativo al apellido del adoptado por adopción, adaptándolo con el fin de establecer un vínculo de filiación con ambos padres del mismo sexo. El hijo adquiere mediante la adopción plena el apellido del adoptante. De igual forma, en caso de adopción conjunta por ambos cónyuges, o de adopción del hijo de uno de ellos, los adoptantes, o el adoptante y su cónyuge, podrán optar mediante declaración conjunta bien por conferir al adoptado el apellidos de uno u otro, bien sus dos apellidos unidos en el orden elegido por los mismos con el límite de un apellido por cada uno de ellos. Esta facultad de elección solo podrá ser ejercitada una única vez. A falta de elección de apellido, el adoptado llevará apellido doble, formado por el de cada uno de los adoptantes, o el del adoptante y su cónyuge unidos, según orden alfabético. No obstante, el Tribunal, a petición del adoptante o de los adoptantes, conserva la facultad de modificar el apellido del adaptado.

Tratándose de la *adopción simple* por dos personas del mismo sexo, también se reforma el art. 363 del Código civil. Así, el apellido del adoptante se añadirá al apellido de origen del adoptado, sin perjuicio de la prestación del consentimiento por este último al alcanzar la mayoría de edad. Al no precisar dicho precepto el orden de los apellidos añadidos, el adoptante, con el consentimiento del adoptado mayor de trece años, deberá establecer, además de los apellidos que constituyen el nombre del adoptado, el orden de los mismos. Finalmente, a falta de elección o en caso de desacuerdo, el apellido conferido al adoptado se formará añadiendo, en segundo lugar, sobre el primer apellido del adoptante, el primer apellido del adoptado.

En el caso de adopción simple por dos adoptantes casados, éstos elegirán el apellido que se añadirá al del adoptado. Cuando el adoptado tenga un solo apellido, además de la elección del nombre que el adoptado conservará, el adoptante, con el consentimiento del adoptado mayor de trece años, deberá determinar el orden de los mismos, que pasará a constituir el apellido compuesto del adoptado. Por lo demás, el adoptante podrá solicitar del Tribunal la sustitución del apellido del adoptante del apellido del adoptado, así como la posibilidad de que el adoptado pueda conservar su apellido de origen en la hipótesis de que se adopte, mediante adopción simple, al hijo del otro cónyuge. De este modo, la adopción por el otro cónyuge permitirá al adoptado menor de quince años, que lo ha sido mediante adopción simple, no ver modificado su apellido por el simple hecho de la adopción y, de este modo, llegado el caso, permitirle llevar el mismo apellido que el resto de hijos comunes de la pareja.

3. El acceso a la filiación homoparental a través de las técnicas de reproducción asistida

a) Los límites al derecho a la filiación genética

Si existe en el Derecho de familia francés un ámbito en el que claramente el género se adivina como un dique a punto de ser desbordado éste es, sin duda, el de las técnicas de reproducción asistida como forma de acceso a la paternidad. Un aspecto no contemplado expresamente en el Proyecto de ley, fuertemente criticado por ello (66) , es el de la reforma de las leyes de la bioética para permitir el acceso a la maternidad a las parejas de mujeres o a la mujer sola mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (*Assistance médicale à la procréation*, AMP) (67) . Tampoco se ha previsto la posibilidad de reconocer y ofrecer un marco jurídico adecuado a la gestación por sustitución como forma de acceso de las parejas de hombres, o de hombres homosexuales sin pareja, a la paternidad.

Para desaconsejar la modificación de las normas que regulan la reproducción asistida no se ha dudado en invocar el complejo procedimiento exigido en Francia para reformar aquel marco jurídico, el propio de las grandes cuestiones

éticas, sometido a un plazo fijado en la propia ley. Efectivamente, la Ley 2004-800, de 6 de agosto de 2004, de bioética, estableció un plazo de reevaluación de la Ley de cinco años. La Ley 2011-814, de 7 de julio de 2011, dispuso a tal efecto un nuevo plazo de siete años. En opinión de algunos, otra reforma resultaría demasiado próxima y debería enmarcarse en una más amplia reflexión sobre la cuestión de la homoparentalidad (68) . El hecho de que sean necesarias diferentes consultas e informes con la finalidad de evaluar el estado del Derecho positivo, la ciencia y la técnica, se han invocado por el Gobierno como razones suficientes para no abrir ahora el debate sobre la extensión de la reproducción asistida a las mujeres solteras y a las parejas de mujeres.

A este respecto, dos son los aspectos en los que el ordenamiento jurídico francés diverge del español en el ámbito que ahora abordamos. En primer lugar, la configuración de la reproducción asistida como un recurso paliativo de la infertilidad o de la imposibilidad de procrear, exclusivamente, y no como un derecho a la maternidad en todo caso. En segundo lugar, por la exclusión de las parejas matrimoniales del mismo sexo del acceso a estas técnicas, al quedar reservadas a las parejas heterosexuales.

En efecto, el artículo L2141-2 del Código de la Salud Pública, reformado por la Ley 2011-814, de 7 de julio de 2011, establece lo siguiente:

«La reproducción asistida tiene como finalidad remediar la infertilidad de la pareja o evitar la transmisión de una enfermedad grave al niño o al otro miembro de la pareja. El carácter patológico de la infertilidad deberá ser diagnosticado por el médico.

El hombre y la mujer que forman la pareja deberán estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transmisión de embriones o la inseminación [...]» (69) .

Respecto del primero de los aspectos señalados, como hemos advertido anteriormente, el dispositivo francés de las leyes de la bioética contempla exclusivamente la procreación asistida como una terapia médica paliativa y no como un derecho subjetivo a la maternidad de la mujer sola. No es la satisfacción del deseo de tener un niño lo que en Francia justificaría el uso de estas técnicas. Antes bien, al contrario, esa visión del derecho a la salud permite hoy al Estado, a través de sus médicos, arrogarse un poder exorbitante sobre la vida de los individuos (70) . En cambio, en España, el acceso a dichas técnicas se configura como un «derecho alternativo a la maternidad», sin que resulte necesario demostrar la infertilidad, enfermedad o imposibilidad de la procreación por medios naturales (71) . Se comprende mal la posición aún mantenida por el legislador francés cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en varias ocasiones que «la noción de vida privada consagrada en el art. 8 de la Convención implica respetar las decisiones de ser o de no ser padres genéticos como un derecho que tiene cabida en dicho precepto» (72) . Ello permite concebir la paternidad como un derecho fundamental que asistiría no solo a la pareja sino a la persona a título individual; y, por tanto, a la mujer sola que desea tener un niño con independencia de su capacidad física para procrear, por el solo hecho de la manifestación de su voluntad en ese sentido.

El segundo aspecto abordado tiene que ver con el hecho de que el acceso a las técnicas de reproducción asistida quede limitado a las parejas de diferente sexo, matrimoniales o no, con exclusión de las de igual sexo. Los argumentos naturalistas invocados tradicionalmente para justificar el mantenimiento de un referente heterosexual generacional no resultan coherentes, bien porque la reproducción asistida siempre se produce al margen de un proceso natural, bien porque en la inseminación artificial heteróloga el modelo a seguir necesariamente para uno de los miembros de la pareja es el de la adopción, es decir, el la filiación electiva. A ello se añade que la prohibición de seguir este modelo no impide, de hecho, a las parejas de mujeres acudir a otros países donde la inseminación artificial constituye un derecho de libre ejercicio, como en Bélgica o en España. Esa cuestión, si cabe, planteará un

problema en un momento posterior, cuando se intente llevar a cabo la inscripción de la filiación del niño. En efecto, la verdadera dificultad surge cuando una vez materializado el proyecto de maternidad perfectamente meditado y responsable de la pareja de mujeres mediante inseminación artificial en el extranjero, la pareja femenina de la madre intenta, *contra legem*, establecer con el niño un vínculo análogo al de la madre biológica. Como hemos visto anteriormente, ante la imposibilidad de determinar esa filiación, tan solo cabría la posibilidad de autorizar una delegación del ejercicio de la patria potestad (de la autoridad parental) conforme al art. 377-1 del Código civil, tal y como mantiene la Corte de casación desde el año 2006.

b) Gestación por sustitución

Las técnicas de reproducción asistida han transformado la imagen de la maternidad subrogada disociando la gestación de la genética. La terminología para referirse en Francia a este fenómeno es variable (*maternité pour autrui, gestation pour autrui, maternité de substitution, mère porteuse*, etc.), si bien suele distinguirse, desde el punto de vista técnico, entre procreación y gestación para un tercero como fenómenos diferentes. En el primer caso, la mujer que porta el niño es su madre genética, mientras que en el segundo caso, la mujer no lo sería en la medida en que el óvulo proviene bien de la madre de intención o bien de una donante. A ello se añade que el ordenamiento jurídico francés, siguiendo un modelo implantado en otros Derechos, no admite el reconocimiento de la paternidad masculina asistida. El hombre solo o las parejas matrimoniales de hombres (llegado su reconocimiento) solo tendrían acceso a la filiación mediante la adopción individual o conjunta, al resultarles vedado el acceso a la gestación por sustitución como técnica de acceso a la paternidad jurídica.

La práctica consistente en acudir a las madres de alquiler prosperó en Francia durante algunos años a instancias de diferentes asociaciones constituidas para promover la actividad de las madres portadoras y servir, a tal efecto, de intermediario. La Corte de casación declaró ilícito el objeto de estas asociaciones en 1989 (73), condenando en 1991 el contrato de gestación por sustitución al considerarlo un desvío de la institución de la adopción (74). La definitiva prohibición legal tuvo lugar en el año 1994, al considerar dichos pactos como contrarios a la dignidad de la persona. No hay que olvidar que, en el Derecho francés, a la prohibición civil se acompaña una tipificación penal, que castiga como atentado a la filiación tanto la incitación al abandono del niño y el hecho de intermediar entre los interesados (art. 227-12 C.p.), como la simulación o engaño que cause infracción a la filiación de aquél (art. 227-13 C.p.). Y ello sin perjuicio de la imposibilidad civil de establecer la filiación en relación con los padres de intención.

De sobra es conocido que existen parejas masculinas que recurren a dicha técnica acudiendo a países en los que el recurso a las madres portadoras sí se encuentra admitido. Determinada formalmente la filiación en favor de los padres beneficiarios de la gestación por el funcionario del estado civil del país de acogida y nacimiento del niño, el problema surge cuando aquella filiación se pretende hacer valer e inscribir en los libros del Registro del país de origen de la pareja, cuya legislación puede tener prohibida la maternidad subrogada. En efecto, en Francia la filiación sigue el criterio del parto en favor de la madre (art. 311-25 CC). De esta forma, solo cabría establecer la filiación del niño conforme al criterio de la filiación materna en virtud del acto de nacimiento, lo que excluye de cualquier derecho de la madre o del padre de intención. Pero la imposibilidad material de desandar el proceso de gestación por sustitución aboca al niño, de facto, a una situación de apátrida en su nuevo país de residencia, y a los padres en meros acogedores de hecho sin autoridad suficiente de cara al imprescindible ejercicio de la patria potestad sobre el menor frente a terceros. Así, desde la perspectiva civil, el verdadero problema se plantea cuando los que conforme a la legislación extranjera resultan ser los padres legales intentan inscribir el título de filiación en el Registro civil francés y extraer de aquella transcripción las consecuencias civiles, administrativas y políticas necesarias (75).

Como hemos avanzado anteriormente, sobre la gestación por sustitución recae en el Derecho francés una prohibición de orden público (art. 16-9 CC) (76) . Todo pacto o contrato con este fin, aunque pueda ser lícito en el extranjero, resulta contrario al principio de indisponibilidad del estado de las personas, por lo que será nulo conforme a lo dispuesto en el art. 16-7 del *Code* (77) . La jurisprudencia de la Corte Constitucional francesa, así como de la Corte de Casación, se muestran inflexibles en este tema, a diferencia de otros Derechos extranjeros más inclinados a resolver la cuestión tomando como referencia el superior del interés del niño, atenuando de esta forma el orden público aplicable (78) .

Así, la Corte de casación ha rechazado la transcripción del acta de nacimiento en ejecución de la decisión extranjera que determinó la filiación del niño originada en una maternidad subrogada, al considerarla contraria al orden público internacional francés. El rechazo, a juicio de la Corte, no privaría al niño —de Derecho— de su filiación paterna, ni de la filiación materna que le reconoce el Derecho del estado extranjero, ni le impediría vivir con la cónyuges solicitantes en Francia, sin que pueda considerarse que vulnere el derecho al respeto de la vida privada y familiar del niño conforme al art. 8 CEDH (LA LEY 16/1950), ni el interés superior garantizado en el art. 3 CIDE. Tampoco cabría invocar para determinar la filiación la posesión de estado materno, pues el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas impide su eficacia en Francia cuando es consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, aunque haya sido lícitamente concluido en el extranjero, al ser contrario del orden público internacional (79) . Cabría añadir sin embargo que, conforme a la doctrina del Consejo de Estado, las autoridades consulares francesas deberían expedir un documento que permita al niño entrar en territorio francés con su padre, con justificación en que la madre biológica no puede hacerse cargo del mismo, utilizando el argumento de la obligación que pesa sobre la Administración de velar por el superior interés del menor conforme al art. 3 de la Convención internacional de los derechos del niño (80) .

La aplicación hoy en Francia de la doctrina jurisprudencial antes enunciada lleva a preguntarse a Odile Roy (81) —y a nosotros con ella—, si una solución de esta naturaleza, que abocaría al niño a quedar bajo la custodia de los Servicios Sociales para confiarle a continuación la adopción, podría realmente considerarse como adoptada en interés del menor. La respuesta a esa pregunta debería producirse de *lege ferenda*, siendo posible seguir a tal efecto dos vías: el mantenimiento de la prohibición, admitiendo la inscripción y, por tanto, el establecimiento de un vínculo de filiación con el niño; o instaurando un estatuto jurídico adecuado que regule y ordene tales prácticas, como ocurre en otros países.

En el primer caso, es en el interés del menor donde residiría la justificación del establecimiento de un vínculo de filiación. De esta forma, se evitaría que las consecuencias negativas del fraude de ley cometido recayesen fundamentalmente sobre aquél (82) , y ello pese a que signifique, de facto, la derogación de la prohibición establecida en el Derecho francés cuyas consecuencias punitivas sería necesario revisar (83) . Otros preferirían ver contemplada la cuestión como un supuesto de adopción simple (84) , mientras que algunos recomiendan la creación de un estatuto jurídico *ad hoc* análogo a la paternidad (*quasi-parent*) (85) .

La segunda opción consistiría en establecer un estatuto jurídico de la gestación por sustitución en contra de la opinión de buena parte de la doctrina que, para rechazarla, acude a argumentos tales como la protección de la dignidad de la persona, la explotación de la mujer carente de recursos económicos, la comercialización del cuerpo o del niño, el abandono del menor a un tercero como situación contraria al interés de este último o el riesgo que para la salud física y psíquica puede significar el hecho de convertirse en madre portadora, entre otros aspectos. En cambio, la tesis prohibicionista es contestada desde otros ámbitos con el argumento de la necesidad de encuadrar jurídicamente un fenómeno existente en la realidad y asegurar sus consecuencias bajo una supervisión judicial (86) .

Lo cierto es que nos encontramos ante un fenómeno familiar en expansión con importantes consecuencias jurídicas que no debería ser afrontado por el jurista desde una posición meramente excluyente o prohibicionista. Como explica Anne-Marie Leroyer, es probable que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegue a admitir en futuras resoluciones que la prohibición del vínculo de filiación del niño procedente de una situación de maternidad subrogada (a la vista del art. 16-7 CC) se considere como un injerencia en la vida privada de la familia, a la vista de la obligación negativa que el art. 8.2 de la Convención impone a cada Estado (87) . La relación existente entre el niño y los padres de intención constituiría, en interés del menor, un vínculo familiar de hecho que tendría acogida en dicho precepto, frente al cual el nudo interés del Estado en prohibir la gestación por sustitución no hallaría suficiente justificación (88) . Llegado ese momento, el establecimiento de un estatuto jurídico que regule estas situaciones terminaría imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para el Estado.

V. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL DERECHO DE FAMILIA FRANCÉS: CONCLUSIONES

Si bien la reforma ahora emprendida en Francia acoge buena parte de las demandas de las parejas del mismo sexo en lo que tiene que ver con la apertura de la institución matrimonial y el acceso a la adopción, lo cierto es que la propuesta proyectada deja sobre la mesa importantes cuestiones que deberían conducir a un debate aún más amplio sobre la necesidad de reformar el Derecho de familia adaptándolo a la realidad social.

Así, una aproximación crítica al Derecho de familia francés sugiere una revisión de los siguientes aspectos:

Resulta conveniente la eliminación de la esterilidad, acreditada por el médico, como condición necesaria para el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Ello significaría configurar la paternidad como un derecho y no como un recurso médico contra la infertilidad. Este derecho debería asistir no solo a las parejas (heterosexuales u homosexuales, si finalmente prospera la anunciada enmienda al Proyecto de ley objeto de nuestro comentario) sino a la mujer sola que manifieste su voluntad en tal sentido, sin otra condición añadida.

Debería permitirse la inseminación o la transferencia de embriones *post mortem*, extremos actualmente no contemplados como un derecho en el ordenamiento jurídico francés. La inseminación encuentra su límite en el hecho de que los dos miembros de la pareja estén vivos, tal y como exige del artículo L2141-2, párrafo tercero, del Código de sanidad pública, para el que, entre otros motivos, «*constituye causa que impide la inseminación o transferencia de embriones la muerte de uno de los miembros de la pareja*». En la actualidad, cuando fallece el cónyuge, la mujer no puede dar continuidad al proyecto de paternidad consensuado con su pareja, pues aquella solo podrá donar el embrión a otra pareja o abandonarlo a la investigación científica, bien autorizar su destrucción sin posibilidad de implantarlo en su propio cuerpo (89) . Frente al proyecto de paternidad iniciado en su día por ambos miembros de la pareja, la necesidad de asegurar el orden simbólico, la presencia de un entorno familiar compuesto por un padre y una madre, constituirían el único fundamento de la prohibición ahora impuesta en el ordenamiento jurídico francés que resultaría necesario superar.

Debería volver a discutirse la posibilidad de admitir la maternidad subrogada o gestación por sustitución como técnica de acceso a la filiación en toda su extensión, opción que se abriría al conjunto de parejas (o al hombre solo, si se garantiza finalmente un derecho a la paternidad masculina en ese sentido). La coherencia también exigiría el reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero con iguales garantías, de cara fundamentalmente a la inscripción del niño en el Registro civil conforme al superior interés del menor. Ello implicaría, en la dirección actualmente seguida por otros países, desarrollar un marco jurídico adecuado tal como propuso el Senado en 2008 para las parejas heterosexuales. Asimismo, sería recomendable poner fin a la presunción de paternidad directamente vinculada al deber de fidelidad.

Sobre la base de la voluntad resultaría posible concebir la filiación de forma completamente dissociada de la

reproducción, como ocurre en la adopción. La desbiologización de la filiación permitiría justificar el establecimiento del vínculo de parentalidad sobre la idea de un «proyecto de paternidad responsable» como base de la elección y el reconocimiento del niño, incluso el de los propios hijos biológicos.

Debería extenderse la adopción también a las parejas que optan por formalizar un Pacto Civil de Solidaridad, dando respuesta a este nuevo modelo de familia que, en Francia, ha cobrado análoga entidad social que la del propio matrimonio.

Asimismo, debería desarrollarse un marco jurídico que regule la relación entre el niño y la «pareja social» del padre o de la madre. El *statut de co-parent* o de *beau-parent* permitiría, por la sola intervención de la voluntad en ese sentido, crear una obligación de alimentos o derechos sucesorios o, llegado el caso, admitir la posibilidad de que el *beau-parent* pueda convertirse en tutor si se produce el fallecimiento del padre o madre.

Siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos jurídicos próximos al francés, debería acogerse una concepción del divorcio no causal, eliminado así el *divorce pour faute*. En esa misma dirección, resultaría conveniente implantar un modelo de divorcio administrativo, desjudicializando el proceso que pone fin al matrimonio cuando éste no es contencioso, sino cuando tiene lugar de común acuerdo, siempre que no existan hijos en común, lo que exigiría la intervención del Juez de familia. Asimismo, es conveniente revisar la noción de *separation de corps* ante el Juez, situación que resulta de una decisión judicial que pone fin a la obligación de vida en común, pero no, incomprensiblemente, a la de fidelidad y socorro entre los miembros de la pareja.

El matrimonio no debería implicar una alianza entre familias. Este hecho se pone de manifiesto precisamente en las obligaciones que el contrayente asume frente a los miembros de su familia política, como, por ejemplo, la obligación de alimentos entre parientes (art. 206 CC) o la de asumir la tutela.

En Francia, la sexualidad constituye un deber matrimonial (*debitum conjugale*) dotado de una doble dimensión: negativa —exigencia de fidelidad, que impediría mantener relaciones sexuales con terceros—; y positiva —obligación de mantener relaciones sexuales con el cónyuge—. El incumplimiento de este deber puede utilizarse, hoy en día, como motivo de divorcio culpable del que se derivaría una indemnización de daños y perjuicios para el infractor (90). Dichas obligaciones deberían desaparecer definitivamente del Código civil.

(1) Profesor de Derecho privado. *Université Paris Ouest Nanterre/La Défense*. Investigador asociado al *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS). Correo electrónico: borrillo@u-paris10.fr.

Ver Texto

(2) Profesor de Derecho civil. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Correo electrónico: jesus.flores@urjc.es.

Ver Texto

(3) El Proyecto de Ley y el estudio de impacto que le acompaña pueden consultarse en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344.asp>.

Ver Texto

(4) Ver *Paternotte*, David: *Revendiquer le «mariage gay»*, Belgique, France, Espagne, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011, pp. 159 a 168 (Conclusiones).

Ver Texto

(5) *Lochak*, Danièle: «Egalité et différences, Réflexion sur l'universalité de la règle de droit», en *Homosexualité et droit*,

dirigido por Daniel Borrillo, PUF, París, 1998, p. 37.

[Ver Texto](#)

(6) Godelier, Maurice: *Métamorphoses de la parenté*, Flammarion, París, 2010, pp. 725-726.

[Ver Texto](#)

(7) Eribon, Didier: *Contre l'égalité et autres chroniques*, Éditions Cartouche, París, 2008, p. 144.

[Ver Texto](#)

(8) Para conocer el detalle del proceso político y social que culminó en Francia con la aprobación del Pacto civil de Solidaridad en 1999, abordado desde una perspectiva crítica, ver Borrillo (D.) y Lascoumes (L.), *Amours égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, París, 2002.

[Ver Texto](#)

(9) En lo que atañe a la capacidad de los contratantes, con ocasión de la reforma de 1999 tanto el concubinato como el pacto civil de solidaridad quedaron abiertos a todas las parejas con independencia de la orientación sexual de sus integrantes. Eso supone que cuando se opta por el PaCS como modelo de vida familiar tan solo habría que tener presentes los impedimentos recogidos en el art. 515-2 relativos al parentesco (parientes en línea directa o colaterales hasta el tercer grado), o a la existencia de un previo vínculo impeditivo, ya sea el hecho de haber formalizado un anterior pacto civil de solidaridad o un matrimonio.

[Ver Texto](#)

(10) A pesar del carácter privado de dicho contrato, el mismo se registra, como el matrimonio, en las partidas de nacimiento produciendo un cambio del estado civil de la persona quien deja de ser soltero para encontrarse «pacseado» (*pacsé*).

[Ver Texto](#)

(11) Mécary (C.) y Leroy-Forgeot (F.), en *Le couple homosexuel et le Droit*, Éditions Odile Jacob, París, 2001, p. 141, advirtieron por entonces que «en nombre del respeto del principio de igualdad, los parlamentarios franceses han adoptado un texto que perpetúa y legitima una diferencia de tratamiento de las parejas en función de su orientación sexual».

[Ver Texto](#)

(12) En Francia, solo en 2010, 205.558 parejas decidieron optar por el PaCS frente a los 251.654 matrimonios contraídos ese mismo año. De estos últimos, 9.143 corresponden a parejas del mismo sexo. Piénsese que en el año 2000 se contrajeron 305.234 matrimonios, mientras que aquel año fueron solo 22.271 parejas las que optaron por el PaCS, de las cuales una cuarta parte (5.412) fueron parejas del mismo sexo (Fuente: *Insee, statistiques de l'état civil; SDSE, fichiers détails Pacs*).

[Ver Texto](#)

(13) *Etude d'impact, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, novembre, 2012, p. 21.

[Ver Texto](#)

(14) Ley de 2006-728, 23 de julio de 2006, de reforma en materia de sucesiones y donaciones, confiere al PaCS una

dimensión institucional que antes no poseía. Tras su aprobación el texto del PaCS ha sido retocado en numerosas ocasiones: Ley 2006-11, de 5 de enero de 2006; Ley de 5 de marzo de 2007; Ley de 21 de diciembre de 2007; Ley de 17 de junio de 2008; Ley de 12 de mayo de 2009; y así sucesivamente hasta la Ley 2011-525, de 17 de mayo de 2011, de simplificación del Derecho y medidas relativas al Derecho del trabajo.

[Ver Texto](#)

(15) *Leroyer, Anne-Marie, Droit de la famille*, 1.ª ed., PUF, París, 2011, p. 130.

[Ver Texto](#)

(16) *Neirink, Claire, «Vers un droit commun de la rupture?»*, *LPA*, n.º 254, de 20 de diciembre de 2007, p. 28.

[Ver Texto](#)

(17) Dice textualmente el precepto que *«La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil»*.

[Ver Texto](#)

(18) DC n.º 99-419, de 7 de noviembre de 1999 (sobre el PaCS), Cdo. 62.

[Ver Texto](#)

(19) *Cornu, Gérard: Droit civil, La famille*, 9.ª ed., Montchrestien, París, 2006, pp. 275-276. El Consejo de Estado anuló en su día las disposiciones reglamentarias que impedían contraer matrimonio a algunos funcionarios del Estado cuando concurrían «necesidades particulares» (CE, de 11 de marzo de 1960, *Dr. Soc.* 1960, 416).

[Ver Texto](#)

(20) Entre otras, Cass. 1.ª, de 8 de noviembre de 1965, *Gaz. Pal.* 1966, I, 55.

[Ver Texto](#)

(21) *«Todo ministro del culto que celebre, de manera habitual, ceremonias religiosas de matrimonio sin que se haya justificado la previa recepción del acta de matrimonio por el oficial del Registro civil será castigado con la pena de seis meses de prisión y 7500 euros de multa»* (art. 433-21 C.p.).

[Ver Texto](#)

(22) El último inciso del art. 75 dispone que *«(El oficial del Registro civil) recibirá de cada parte, una después de otra, la declaración de que desean tomarse por marido y mujer. Pronunciará, en nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio y levantará acta en ese mismo momento»*.

[Ver Texto](#)

(23) Conforme al art. 144 del *Code* *«El hombre y la mujer que no hayan cumplido los dieciocho años de edad no podrán contraer matrimonio»*.

[Ver Texto](#)

(24) Civ. 1.ª, de 13 de marzo de 2007, n.º 05-16627. En este asunto, la Corte de casación rechazó el recurso interpuesto por Stéphane Chapin et Bertrand Charpentier con la intención de regularizar el conocido matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado el 5 de junio de 2004 por el Diputado y Alcalde del Partido ecologista Noël Mamère en

Bègles (Gironde).

[Ver Texto](#)

(25) Por todos: *Fulchiron (H.) y Malaurie (P.), Droit civil: La famille*, 4.^a ed., Defrénois, París, 2011, pp. 71 y 92.

[Ver Texto](#)

(26) STC n.º 198/2012, de 6 de noviembre (*BOE* n.º 286, de 28 de noviembre de 2012, págs. 168-219).

[Ver Texto](#)

(27) DC n.º 2010-92, QPC, de 28 de enero de 2011.

[Ver Texto](#)

(28) TEDH, asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010, req. n.º 30141/04.

[Ver Texto](#)

(29) El auto en cuestión dice lo siguiente: «Debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo» (FJ 2).

[Ver Texto](#)

(30) Hasta el momento, la última Proposición de Ley presentada ante la Asamblea Nacional sobre la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo —evidentemente, antes de las elecciones de 2012— fue rechazada por el Pleno de Asamblea el 14 de junio de 2011 (*JO* de 15 de junio de 2011, p. 4118).

[Ver Texto](#)

(31) No existe una categoría exacta a la de *parent* en el Derecho español, lo que plantea no pocas dificultades en la traducción jurídica para identificar este término cuando va asociado a los de *parenté* o *parentalité*. En muchas ocasiones se prefiere utilizar en su traducción la expresión «progenitor» pese a que entraña una dimensión biológica que no es del todo precisa. Ello obliga, en ocasiones, especialmente cuando la noción se utiliza en el contexto de la reproducción asistida, a matizar aún más la expresión distinguiendo la relación estrictamente biológica de la social.

[Ver Texto](#)

(32) En la actualidad, el art. 144 del Código civil señala que «*El hombre y la mujer no podrán contraer matrimonio antes de los dieciocho años de edad*».

[Ver Texto](#)

(33) El precepto que quedará modificado señala que «*En la línea colateral queda prohibido el matrimonio entre un hermano y una hermana*».

[Ver Texto](#)

- (34) Dispone el art. 164 del Código civil francés lo siguiente:
«No obstante, cuando concurra un motivo grave, el Presidente de la República podrá dispensar de las prohibiciones establecidas en las siguientes disposiciones:
1.º En el art. 161, respecto de los matrimonios entre parientes por afinidad en línea recta cuando la persona que ha originado el parentesco haya fallecido.
2.º (Derogado).
3.º En el art. 163.»
- Ver Texto
-
- (35) Ver Borrillo (D.) y Formond (T.): «Homosexualité et Discriminations en Droit Privé», *La Documentation Française*, Paris, 2007, pp. 159 a 172.
- Ver Texto
-
- (36) *Rep. Min.* n.º 41533, de 26 de julio de 2005, Min. Justicia: JO Assemblée Nationale Q, 2005, p. 7437, sobre el «El efecto en Francia del matrimonio homosexual celebrado en un Estado de la Unión Europea».
- Ver Texto
-
- (37) *Rep. Min.* n.º 20257, de 9 de marzo de 2006, Min. Justicia: JO Sénat, JCP, 2006, p. 722.
- Ver Texto
-
- (38) Precisamente el último informe de 2011 del Consejo de Europa sobre discriminación advierte de las dificultades a las que se enfrentan los miembros de familias formadas por parejas homosexuales para circular por Europa. En efecto, «cuando los vínculos familiares no obtienen reconocimiento los miembros que integran esas familias no pueden vivir juntos. Emigrar, trabajar en el extranjero o cambiar de residencia para reagruparse con sus familias constituyen obstáculos a los que se enfrentan las parejas del mismo sexo, tengan o no hijos a su cargo. Y ello porque los Estados de destino no reconocen el acta de matrimonio de las parejas del mismo sexo, certificación que, sin embargo, existe en siete Estados miembros que han abierto el matrimonio a estas parejas» (*Informe sobre la discriminación fundada sobre la orientación sexual y la identidad de género en Europa*, Consejo de Europa, diciembre, 2011, pp. 101-102).
- Ver Texto
-
- (39) Ver Danis-Fátome, Anne: «Le "non" français au mariage homosexuel : Une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.º 2012/89, pp. 145 y ss.
- Ver Texto
-
- (40) El Estado no necesita inscribir a las personas en una identidad que permanecerá fosilizada en los libros del Registro civil para protegerlas (género identidad). La raza, la religión, la profesión, la clase social o la salud no son categorías que se reflejen en el documento de identidad, lo que no ha impedido desarrollar políticas de lucha contra la discriminación (género protección). A este respecto, ver Borrillo, Daniel: «Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre», en *Droit des familles, genre et sexualité*, dirigido por Nicole Gallus, LGDJ-Anthemis, Limal, 2012, pp. 7- 24.
- Ver Texto
-
- (41) Cornu, Gérard: *ob. cit.*, p. 334.

Ver Texto

(42) Brunet, Laurence, *Filiation artificielle et norme sexuelle*, La Mazarine, marzo, 1999, pp. 22-29.

Ver Texto

(43) Théry, Irène (et al.), *Malaise dans la filiation*, Esprit, diciembre, 1996, pp. 50-163.

Ver Texto

(44) D'Avout, Louis, «La parenté homosexuelle à travers l'adoption: réflexions d'actualité», *Recueil Dalloz* n.º 30, 2012, p. 1973. El autor se refiere a la adopción simple del niño por una pareja homosexual como única opción admisible en Derecho. La particularidad de la adopción simple, subsistente en España hasta fechas relativamente recientes, como luego se verá, es que permite conservar el vínculo de filiación originaria o de sangre del adoptado.

Ver Texto

(45) Millet, Florence, «La voie d'une homoparentalité bien ordonnée: retour aux fondamentaux de la filiation», *Recueil Dalloz* n.º 31, 2012, p. 1975.

Ver Texto

(46) Carbonnier, Jean, *Droit civil, La famille*, t. II, 20 ed., *Themis Droit privé*, Puf, París, 1999, p. 197.

Ver Texto

(47) El art. 9.2.º del Decreto 85-938, de 25 de agosto, relativo a la autorización de la adopción, elimina esta prohibición reglamentaria.

Ver Texto

(48) El párrafo cuarto del art. 353 del Código civil francés señala que «*Si el adoptante falleciera después de haber acogido al niño al objeto de su adopción, la solicitud podrá ser presentada en su nombre por el cónyuge superviviente o por alguno de los herederos del adoptante*».

Ver Texto

(49) TEDH, asunto *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, req. n.º 33290/96.

Ver Texto

(50) Tap, (P.) y Vinay (A.), *Dynamiques des relations familiales et développement personnel à l'adolescence*, en «Le parent éducateur», dirigido por J. P. Pourtois y H. Desmet, París, Puf, 2000, pp. 87-157.

Ver Texto

(51) Así, conforme a lo dispuesto en el art. 326 del Código civil «*En el momento del parto, la madre puede solicitar que el secreto de su identidad sea preservado*». Es lo que se conoce como *accouchement sous X*.

Ver Texto

(52) Ver Borrillo, Daniel, «Una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino», en *Derecho y Política de las Sexualidades en el Mundo Latinomediterráneo*, dirigido por el propio Borrillo y Víctor Luis Gutiérrez

Castillo, Editorial Huygens, Barcelona, 2013.

[Ver Texto](#)

-
- (53) «Si la elección de la forma de vida del adoptante debe ser respetada, las condiciones de vida que se ofrecerían al niño podrían, en este caso, presentar riesgos importantes para su desarrollo», CE de 9 de octubre de 1996, D. 1997. 117, note Malaurie.

[Ver Texto](#)

-
- (54) El Código civil permanece mudo en cuanto a la necesidad de un referente del otro sexo. En todo caso, esta necesidad no se hace depender de la orientación sexual del padre adoptivo. TEDH, de 22 de enero de 2008, asunto *E. B. contra Francia*, req. n.º 43546/02, D. 2008. AJ 351, obs. Royer.

[Ver Texto](#)

-
- (55) Mediante la adopción simple, es posible adoptar a un niño mayor de 15 años (art. 345 CC), incluso a una persona mayor de edad. No obstante, si el adoptado es mayor de 13 años deberá consentir en la adopción.

[Ver Texto](#)

-
- (56) TGI París, de 27 de junio de 2001, *Juris-Data*, n.º 156758.

[Ver Texto](#)

-
- (57) TEDH, asunto *V. y N. contra Francia*, de 31 de agosto de 2010, req. n.º 2551/07. El *tribunal de grande instance* de Nanterre había rechazado la solicitud en 2006, alegando que la adopción produciría efectos legales contrarios a la intención de los adoptantes y al interés del menor, puesto que atribuiría la responsabilidad parental (la patria potestad) al adoptante y privaría a la madre biológica de sus derechos sobre el menor. La pareja aducía que la pérdida de la patria potestad por la madre biológica podría suplirse mediante una delegación de dicha autoridad, opción contemplada en el Derecho francés.

[Ver Texto](#)

-
- (58) Civ. 1.ª, de 8 de junio de 1999, RTD Civ. 1999, p. 610, obs. J. Hauser.

[Ver Texto](#)

-
- (59) El art. 353-2 del Código civil señala que «*la oposición de un tercero a la sentencia de adopción solo será admisible en caso de dolo o fraude imputable a los adoptantes*».

[Ver Texto](#)

-
- (60) BOE n.º 275, de 17 de noviembre de 1987, pp. 34158-34162.

[Ver Texto](#)

-
- (61) *Mécary (C.) y De la Pradelle (G.), Les droits des homosexuel/les*, 3.ª ed., Puf, París, 2003, p. 88.

[Ver Texto](#)

-
- (62) La Corte de casación rechazó otorgar el *exequatur* a una decisión extranjera (de EE.UU.) por la que se estableció la adopción en beneficio de una pareja homosexual. Civ. 1.ª, de 8 de julio de 2010, *J.D.I.*, 2011-1, p. 119, nota S. *Bollée*.

[Ver Texto](#)

-
- (63) Civ. 1.^a, de 7 de junio de 2012, n.º 11-30.261 y n.º 30, 2012, D., p. 1992, obs. Gallmeister.
- Ver Texto
-
- (64) Dice el art. 377.1 del Código civil que «*El padre o la madre, conjunta o separadamente, pueden, cuando las circunstancias así lo exigen, solicitar del Juez la delegación de todo o parte del ejercicio de la autoridad parental (patria potestad) a un tercero, miembro de la familia o particular digno de su confianza, o a través del establecimiento autorizado a tal fin o del servicio departamental de ayuda social a la infancia*». En el Derecho de familia español no es posible tal delegación, con la excepción de lo previsto en el art. 236-11 del libro II del Código civil de Cataluña.
- Ver Texto
-
- (65) Civ. 1.^a, de 24 de febrero de 2006, n.º 04-17090, D. 2006. p. 1139, obs. François Chénéde.
- Ver Texto
-
- (66) «Projet de loi sur le mariage gay: la procréation médicale focalise les débats», *Le Monde*, de 8 de noviembre de 2012.
- Ver Texto
-
- (67) Las leyes de la bioética n.º 94-653 y n.º 94-654 de 29 de julio de 1994 fueron reformadas en 2004 y 2011. Los preceptos relativos a la reproducción asistida se encuentran incluidos en el Código civil (arts. 311-19 y ss.) modificados mediante la Orden n.º 2005-759, de 4 de julio de 2005.
- Ver Texto
-
- (68) *Rapport Assemblée Nationale* n.º 3111, de 26 de enero de 2011, p. 59.
- Ver Texto
-
- (69) Por su parte, el art. 311-20 del Código civil reconoce tal derecho tanto a los cónyuges o a los miembros de la pareja de hecho (*concubins*).
- Ver Texto
-
- (70) *Borrillo, Daniel, Bioéthique*, Dalloz, París, 2011, p. 111.
- Ver Texto
-
- (71) En España, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre (LA LEY 2155/1988) (vigente hasta 2006), que es el antecedente inmediato de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LA LEY 5218/2006), de técnicas de reproducción asistida, reconoció doblemente la asistencia a la procreación como un instrumento médico para el tratamiento paliativo de la esterilidad, pero también como un derecho subjetivo de la mujer sola. Como explicaba la Exposición de Motivos de aquella primera norma, dichas técnicas «ya no solo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad», pues «desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».
- Ver Texto
-
- (72) TEDH, asunto *Dickson contra Reino Unido*, req. 44462/04, de 4 de diciembre de 2007; y más claramente, TEDH, asunto

S. H. *contra Austria*, de 1 de abril de 2010, req. 57813/00.

[Ver Texto](#)

(73) Civ. 1.^a, de 13 de diciembre de 1989, n.º 88-15655.

[Ver Texto](#)

(74) AP de 31 de mayo de 1991, GAJC, 12.^a ed., n.º 50, RTD CIV, 1992, 489, nota M. *Gobert*.

[Ver Texto](#)

(75) Como decía la Corte de apelación de París en una sentencia de 25 de octubre de 2007, rechazada posteriormente por una decisión de la Corte de casación de 17 de diciembre de 2008, «retrasándolo, la no inscripción del acta de nacimiento tendría consecuencias contrarias al interés superior del niño que, para el Derecho francés, se vería de acta de estado civil en el que se indica su vínculo de filiación, incluido el de su padre biológico».

[Ver Texto](#)

(76) «*Las disposiciones del presente capítulo (del respeto del cuerpo humano) son de orden público*» (art. 16-9 CC).

[Ver Texto](#)

(77) «*Cualquier pacto relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de un tercero es nulo*» (art. 16-7 CC).

[Ver Texto](#)

(78) En el caso español, esta atenuación del orden público se materializó en la controvertida Instrucción de 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 n.º 243, de 7 de octubre de 2010).

[Ver Texto](#)

(79) Civ. 1.^a, de 6 de abril de 2011, n.º 09-66486, 09-17130 y 10-19053 (son tres sentencias sobre el mismo tema y de la misma fecha).

[Ver Texto](#)

(80) CE, de 4 de mayo de 2011, req. n.º 348778, D. 2011. Actu. 1347.

[Ver Texto](#)

(81) *Roy, Odile*, «Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises», en *Droit des familles, genre et sexualité*, dirigido por Nicole *Gallus*, LGDJ-Anthemis, Limal, 2012, p. 162.

[Ver Texto](#)

(82) *Murat, Pierre*, «Le ministère public et les actes d'état civil étrangers consacrant une gestation pour autrui: annulation de la transcription recevable», *Dr. fam.* n.º 2, febrero 2009, comm. N.º 15, p. 26-27.

[Ver Texto](#)

(83) *Terré (D.) y Fenouillet (D.)*, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, París, 2005, p. 881.

[Ver Texto](#)

-
- (84) *Rubellin-Devichi*, Jacqueline, «La gestation pour autrui devant la Cour de cassation», en *La maîtrise de la vie, Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, dirigido por Cécile Marchal y Lucette Khaïat, ERES, Toulouse, 2012, pp. 169-186.
- Ver Texto
-
- (85) *Kessler*, Guillaume, «La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant», *Dr. fami.* 2005, n.º 7-8, chron. 16, pp. 11 y ss.
- Ver Texto
-
- (86) Ver *Rapport du Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales* (groupe de travail sur la maternité pour autrui), n.º 421, de 25 de junio de 2008. Puede consultarse en sitio del Sénat: <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>.
- Ver Texto
-
- (87) El art. 8.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) establece lo siguiente: «*No podrá producirse injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho* (respeto a la vida privada y familiar) *salvo cuando esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros*».
- Ver Texto
-
- (88) *Leroyer*, Anne-Marie, *ob. cit.*, p. 280. Se citan como apoyo de la tesis las siguientes resoluciones: TEDH, asunto *Keegan contra Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, req. n.º 16969/90; TEDH, asunto *Kroon contra Holanda*, de 27 de octubre de 1994, req. n.º 18535/91 y TEDH, asunto *Y., Y., Z. contra Reino Unido*, de 27 de octubre de 1997, req. n.º 21830/93, así como, especialmente, TEDH, asunto *Wagner contra Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007, req. n.º 76240/01.
- Ver Texto
-
- (89) Sin embargo, el Comité nacional consultivo sobre ética, como la propia Asamblea nacional con ocasión de la última reforma de las leyes de la bioética en 2011 (solo en el caso de la transferencia de embriones pero no de la inseminación, en el caso de esta última) se mostró favorable a permitir la inseminación *post mortem* a la madre (CCNE, avis, n.º 113, de 10 de febrero de 2011).
- Ver Texto
-
- (90) CA Aix-en-Provence, de 3 de mayo de 2011, n.º 2011/292, RG n.º 09/05752.
- Ver Texto
-

