



La contractualización de los vínculos de familia

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. La contractualización de los vínculos de familia. Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2017, Derecho de Familia, 1 (79). hal-01528614

HAL Id: hal-01528614

<https://hal.science/hal-01528614>

Submitted on 29 May 2017

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.

Título: **La contractualización de los vínculos de familia**

Autor: **Borrillo, Daniel**

Publicado en: *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*
n° 79/2017 (Buenos Aires)

Cita Online: [AP/DOC/234/2017](#)

I. Introducción

¿Pueden los lazos familiares regirse por el contrato? La pregunta puede parecer sorprendente, ya que estamos habituados a un título específico en el Código Civil consagrado al matrimonio y a la filiación distinto de aquél relativo a las obligaciones. Inclusive en los Códigos más modernos, como el argentino, ni siquiera las uniones convivenciales escapan al Libro II, relativo a las relaciones de familia. En ese sentido, aunque más conservador, el Código francés no duda en definir ese tipo de unión como un contrato [\(1\)](#). Se sigue presentando al derecho de familia como una materia de derecho privado; sin embargo, la mayoría de las relaciones de pareja y de parentesco continúan siendo definidas como reglas de orden público. Ante la diversidad familiar y la progresiva aspiración a la libertad y la igualdad en el seno de la familia, ¿podemos seguir considerándola como una cuestión de Estado?

Para algunos, símbolo de decadencia, para otros, signo de diversidad y pluralidad, la familia evoluciona y su metamorfosis es indiscutible. Independientemente de cualquier juicio de valor, lo cierto es que en Occidente las familias se diversifican a tal punto que resulta difícil utilizar el término familia en singular. Hoy día la familia nuclear clásica deja de gozar del monopolio y coexiste con otras formas de vida familiar como las uniones de hecho, las familias monoparentales, homoparentales, recompuestas o ensambladas, etc. El matrimonio no es ya la única fuente de la filiación legítima y las nuevas formas de procreación asistida han permitido una variedad parental impensable hasta hace algunos años [\(2\)](#). Además, nuestras sociedades abiertas han integrado diferentes culturas y religiones en las que existen formas familiares variadas y alejadas de nuestra civilización como la poligamia, que, aunque se encuentra prohibida, produce efectos jurídicos limitados. Del mismo modo, en muchos países europeos el matrimonio religioso es reconocido como fuente de derechos civiles [\(3\)](#).

Podemos decir que desde los años 1970, una suerte de individualismo moral se afirma en detrimento de la estabilidad familiar. Dicha situación, corroborada por todos los análisis sociológicos, no significa que no existan normas de organización familiar sino más bien muestra que las reglas son redefinidas y readaptadas a realidades nuevas. Sin embargo, el derecho va muchas veces muy por detrás de la realidad social.

Ante la complejidad de las formas familiares a las que se encuentra confrontado el orden jurídico, es pertinente preguntarse si las reglas clásicas del derecho de familia basado en gran

parte en el orden público pueden continuar gobernando de manera eficaz las relaciones familiares o si, por el contrario, se hace necesario pergeñar mecanismos nuevos que permitan regular de una manera flexible los diferentes modos de organización familiar.

Aunque sociológicamente la familia pueda observarse como una realidad colectiva, no quiere decir que el derecho tenga que tratarla como algo distinto de los individuos que la componen. Tampoco quiere decir que el derecho no pueda hacerlo. Se trata de una cuestión política que debe decidirse políticamente [\(4\)](#). Es verdad que muchas constituciones y convenios internacionales protegen específicamente a la familia, pero ninguna le otorga el rango de sujeto de derecho autónomo. La *Convención Europea de Derechos Humanos* tutela al individuo y cuando menciona a la familia, lo hace en referencia al primero: "derecho a la vida privada y familiar", "derecho a contraer matrimonio", "derecho a fundar una familia", "derecho al reagrupamiento familiar"...La familia no es tratada como una entidad colectiva sino como la asociación de individuos que la conforman.

Como señala Aída Kemelmajer de Carlucci: "el punto de mira se trasladó, pues de la familia como organismo a la persona como titular de este derecho a vivir en familia" [\(5\)](#). En efecto, la familia carece de capacidad para adquirir derechos y obligaciones. No es una entidad distinta de los miembros que la forman y son éstos únicamente los titulares de derechos subjetivos. Como recuerda Nora Lloveras: "la familia no es el centro de la protección legislativa, el sujeto de tutela es la persona en sus diversas relaciones familiares" [\(6\)](#). Augusto Belluscio tiene razón cuando afirma que no cabe duda de que "la familia no es persona jurídica pues evidentemente le falta la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, que es la nota distintiva de la personalidad" [\(7\)](#).

En el pasado, algunos renombrados juristas han intentado otorgar a la familia la personería jurídica. Así, para Savatier la familia es una persona moral y Mazeaud ha llegado a proponer que dicha personalidad sea consagrada en una reforma legislativa. Para defender su tesis, Savatier cita algunos ejemplos como el nombre patronímico, las sepulturas familiares, los títulos nobiliarios o los escudos de familia que aparecen como bienes pertenecientes a la familia en tanto que tal. Para estos autores, la familia es en ese sentido considerada como una entidad natural anterior al Estado y al derecho [\(8\)](#). La Constitución de Vichy de 1941 declaraba que el "Estado considera al individuo principalmente en relación con los grupos a los que pertenece que son los elementos orgánicos de la Nación y del Estado" (art. 52). Entre dichos grupos "la familia es el grupo social de base. Ella asegura la continuidad material de la Nación y desarrolla los sentimientos morales necesarios a su grandeza" (art. 53). Hoy día, ningún autor defiende dicha tesis.

La cuestión de la contractualización no es novedosa. El debate acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido objeto de numerosos trabajos desde fines del siglo XIX y llega

a su apogeo cuando Félix Breda publica en 1877 su famoso *libro Considérations sur le mariage au pont de vue des lois*, en el que el autor se posiciona como un ferviente defensor de la tesis institucionalista, prolongada por autores como Lefebvre o Hauriou en reacción a los juristas franceses revolucionarios que dieron una definición contractualista del matrimonio en la Constitución de 1791. De alguna manera, la tesis institucionalista constituye una respuesta conservadora a los juristas revolucionarios.

Mi cuestionamiento va, sin embargo, más allá de la pareja, ya que abordaré no solamente figuras claramente susceptibles de ser contractualizadas, como el matrimonio o la unión civil, sino también situaciones más controvertidas como las relaciones de filiación.

En lugar de familia, deberíamos utilizar el término "vida familiar", ya que me parece más apropiado y conforme a la tradición liberal acuñada en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (9) y la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (10). El individuo aparece como titular del derecho subjetivo a la vida familiar y no la familia como una entidad objetiva. A lo largo del tiempo, los jueces de Estrasburgo (11) y de Luxemburgo (12) han elaborado una jurisprudencia particularmente fructífera respecto de la noción de vida familiar, en tanto que prerrogativa individual, que no se restringe a lo que las leyes nacionales de los países europeos definen como familia (13). Como señala el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) en el caso "Elsholz v. Alemania" (13/7/2000): "la vida familiar no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones familiares fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio". Los jueces europeos han ido considerando distintos tipos de vida familiar, por ejemplo, una pareja que no está casada (asunto "Johnston y otros v. Irlanda"), una mujer soltera con su hija ("Marcks v. Bélgica"), un hombre y su hija extramatrimonial ("Keegan v. Irlanda") constituyen una vida familiar en el sentido del art. 8º de la Convención. Asimismo, la adopción puede ser solicitada por una persona homosexual ("E. B. v. Francia"). De la centena de fallos de los tribunales europeos surgen ciertos lineamientos basados en una visión paidocéntrica: el interés del menor prevalece tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los casos de parentesco jurídico e inclusive en ausencia de parentesco, pero con efectivas relaciones familiares de facto. No existe una receta universal, habrá que tener en cuenta las circunstancias del caso para decidir lo que es más conveniente para el menor. En efecto, varias soluciones surgen de la jurisprudencia, en algunas se hace primar el afecto y la apariencia de familia en ausencia de parentesco jurídico y biológico, como en el caso "X. Y. Z v. Reino Unido", de 22 de abril de 1997, en el que se avaló la relación familiar entre X. (un transexual que convivía con Y.) y Z., hijo de Y. por inseminación artificial con donante anónimo. En otras se atiende al parentesco biológico, si la ausencia de relación afectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor, como en el caso "Gorgülü v. Alemania", de 26 de febrero de 2004, donde el padre ignoraba que tenía un hijo que la madre decidió entregar en adopción. Pero al mismo tiempo, el tribunal puede desestimar la realidad biológica en favor de los lazos ya consolidados de hecho ("Söderbäck v. Suecia", 28/10/1998). Las situaciones que llegan a los estrados son tan variadas

que la idea de Carbonnier, cuando dice: "no hay que hablar de derecho de familia sino más bien del derecho de un hombre y una mujer a la familia, o sea, a una forma de derecho al bienestar, implícitamente reconocido por el Estado" [\(14\)](#), se encuentra sobrepasada por la realidad actual, ya que son también reconocidas como familias las madres solteras, las parejas homosexuales y los niños adoptados por estas últimas...

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, es necesario precisar que al hablar de contractualización no me refiero únicamente a lo que tradicionalmente se entiende por contrato, es decir, una relación exclusivamente patrimonial, sino que utilizo aquí dicha expresión en el sentido amplio de pacto o convenio, pues me refiero también a las relaciones personales y extra-patrimoniales. Sobre todo el término convención reenvía a dos cuestiones filosóficas que constituyen el telón de fondo de mi reflexión. En primer lugar, se considera convención aquello que resulta de un acuerdo, de una regla humana contrariamente a la naturaleza que se produce espontáneamente e independientemente del hombre. Contractualizar significa, entonces, sacar la familia de la evidencia de lo natural, lo necesario y universal para llevarla al campo de lo relativo, lo histórico, lo cultural. En segundo lugar, colocar a la familia en el terreno del convenio facilita la creación de una esfera íntima en la que los individuos se autorregulen. Se trata, entonces, de potencializar la autodeterminación individual de los miembros de la familia promoviendo la privacidad, la igualdad y la diversidad. La despenalización del adulterio, la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el divorcio por común acuerdo y, más aun, el provocado por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, así como la igualdad de la mujer casada, el control de la natalidad y la autoridad parental compartida constituyen manifestaciones inequívocas de la contractualización del derecho de familia.

Sin embargo, dicho proceso de subjetivación no ha sido llevado a término y existen aún varias situaciones jurídicas que resisten al carácter cada vez más contingente y polimorfo del fenómeno familiar.

La diversificación familiar no es sólo una realidad del Norte, también en América Latina el modelo nuclear, biparental con hijos se redujo, pasando de 46% en 1990 a 41% en 2005. Este patrón coexiste con los hogares monoparentales, las familias compuestas, las uniones consensuales, las familias homoparentales, así como las familias a distancia producto de las migraciones de algunos de sus integrantes [\(15\)](#).

La familia aparece cada vez más como un instrumento de autorrealización de los miembros que la componen que como un fin en sí misma. La contractualización y la consecuente desjuridificación constituyen las herramientas jurídicas que permiten acompañar dicho proceso. Sería así más adecuado hablar de derecho del individuo a la vida familiar que de derecho de familia. La manera en que se encuentra protegida la vida familiar en el Convenio

Europeo de Derechos Humanos (art. 8º), es decir, en el seno de la vida privada contra la injerencia del Estado, muestra que se atiende más bien a la manera en que los individuos "fabrican" sus vidas familiares subjetivas que a una entidad objetiva.

No pretendo en estas páginas hacer un estudio sociológico de la familia ni un análisis de las políticas familiares, sino simplemente, desde una perspectiva constructivista, responder de manera argumentada acerca de la contractualización de los vínculos familiares. Dicha contractualización puede explicarse como un proceso de emancipación de todas las formas de naturalismo y una ruptura con el orden familiar clásico. En ese sentido, aparece no sólo como una evolución de las costumbres sino también como la afirmación de los valores de igualdad y autonomía [\(16\)](#).

Me propongo en estas líneas abordar algunas pistas de reflexión que nos permitan problematizar de otra manera y con una mirada nueva nuestra relación a la pareja, la procreación y la filiación, ubicando dichos elementos en una dimensión histórica, permitiendo así una mejor comprensión jurídica de las reglas que gobiernan la materia. El contrato es el vehículo para ello.

II. Evolución histórica

En las sociedades primitivas, el matrimonio tenía como objetivo la alianza de clanes y el intercambio de las mujeres constituía el elemento esencial de dicha forma antropológica de intercambio social [\(17\)](#). En dicho sistema, la voluntad de las partes no cuenta, se trataba principalmente de asegurar, a partir de reglas objetivas, la conservación del patrimonio y la continuidad del linaje. La función económica y la finalidad reproductiva articulaban el modelo matrimonial, el cual no presuponía afección alguna y estaba organizado en función de una distribución de roles rígida, en la cual la mujer se encontraba subordinada a la autoridad incontestable del varón.

La antropología pone de manifiesto el amplio abanico de los sistemas de parentesco. Existen históricamente sociedades patrilineales donde el intercambio de hermanos de un grupo entre diferentes grupos de hombres organiza el comercio marital. Mientras que en Occidente la familia se estructura progresivamente en torno a la pareja, otras civilizaciones continúan concibiendo al matrimonio como una alianza de clanes. Existen también sociedades matriarcales donde el varón ejerce una función meramente reproductora y la paternidad, únicamente simbólica, suele ser asumida por el hermano de la madre. Por ejemplo, en el caso de la tribu de los Nas de China, el hombre realiza visitas nocturnas a la mujer en la casa donde ésta cohabita con sus hermanas, que ignoran su presencia, para luego por la mañana regresar a su casa. Dichas visitas son llamadas "furtivas" y tienen por finalidad únicamente la

fecundación. Entre las parejas no existe relación económica alguna, no viven juntos y no comparten el hogar. Los niños producto de dichas relaciones forman parte de la descendencia de la madre, cuyos miembros aseguran la educación y subsistencia sin la intervención del progenitor, el cual se encuentra desprovisto de vínculo jurídico con el niño. Ni siquiera existe en la lengua Na término alguno para designar al padre, cada individuo esta jurídicamente determinado en función únicamente de los lazos maternos [\(18\)](#).

El antropólogo Evans-Pritchard ha estudiado una tribu del sur de Sudán, los Azande, en la que los hombres adultos se unían con jóvenes varones de entre doce y veinte años a los que trataban como "esposas" que se ocupaban de las tareas domésticas y eran asimismo adiestrados como guerreros [\(19\)](#). La práctica desapareció en las primeras décadas del siglo XX con la llegada del colonialismo europeo. También existían antes de la colonización curiosas formas de matrimonio entre mujeres o con un muerto. En efecto, los Yorubas de Nigeria regulaban la unión de dos mujeres, una noble con otra de rango inferior, al quedar ésta última embarazada, el padre no era el amante sino la mujer noble, quien, al mismo tiempo, transmitía el apellido y los bienes al niño. Los Nuer de Sudán admitían también el matrimonio de una mujer con un muerto sin descendencia y en este caso el padre de los niños nacidos de la mujer y su amante era el difunto [\(20\)](#).

Los trabajos históricos y antropológicos muestran el amplio espectro de las organizaciones afectivas, laborales y parentales que se asemejan a lo que nosotros llamamos familias. De Lévi-Strauss a Malinowski, pasando por Louis Dumont hasta Needham, todas las investigaciones científicas ponen de manifiesto la plasticidad y variedad de las familias.

En el derecho romano, bajo la autoridad del paterfamilias, el casamiento organizaba la sociedad de los hombres libres. El matrimonio, aunque de esencia privada, constituye una cuestión pública, ya que funda el orden social basado en la preeminencia del ciudadano romano. La mujer, en tanto que incapaz, pasa de la tutela del padre a la del marido. Diferentes formas de conyugalidad se desarrollan en Roma. El matrimonio puede ser cum manu o sine manu, en este último la mujer conservaba una relativa libertad. El matrimonio cum manu se divide a su vez en tres formas, la más solemne es la confarreatio, en la que ante el pontífice supremo se ofrece el far (una torta de trigo) a Júpiter. En presencia de diez testigos, dicha unión estaba reservada a los patricios y tenía un carácter indisoluble. El matrimonio por coemptio era posible entre patricios y plebeyos y se fingía una venta de la mujer al esposo por medio del rito de la mancipatio. El tercer tipo es el matrimonio por usus que permitía al marido adquirir el derecho de "propiedad" sobre la mujer luego de un año de convivencia. Tres noches consecutivas de ausencia de la mujer (trinoctio) interrumpían el usus. Además del matrimonio existían uniones de hecho llamadas concubinatus, reservadas a las personas libres que no podían por alguna razón casarse. El contubernium era la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo. Las diferentes formas de conyugalidad existentes en Roma podrían

hacer creer en una sociedad pluralista y tolerante, pero en realidad se trataba de una jerarquía rígida en la que cada unión ocupaba un espacio determinado y subalterno respecto del matrimonio patricio. A la jerarquía romana, la Edad Media sustituyó otra jerarquía aún más rígida, aquella articulada en torno del sacramento matrimonial, única fuente de la familia legítima.

Hasta la Revolución, solamente el matrimonio canónico era reconocido en Francia. El registro parroquial mantuvo el monopolio hasta el 20 de septiembre de 1792, fecha en que la ley instauro el matrimonio civil que, de ahí en adelante, constituirá la única unión legítima. La familia basada en el matrimonio canónico fue considerada por la Iglesia como una institución del derecho natural que servía a la vez como instrumento de control individual y organización social. La teología matrimonial aparece como un paliativo al ideal sexual de abstinencia. "A los solteros y a las viudas, les aconsejo que permanezcan como yo. Pero si no pueden contenerse, que se casen; es preferible casarse que arder en los malos deseos", la sentencia de San Pablo en su epístola a los Corintios resume perfectamente la teología matrimonial del cristianismo primitivo. De un modo más radical, San Mateo no duda en utilizar la metáfora de la castración para referirse a las virtudes de la castidad: "Porque hay eunucos que así nacieron desde el seno de su madre y hay eunucos que fueron hechos eunucos por los hombres y también hay eunucos que a sí mismos se hicieron eunucos por ganar el reino de los cielos. El que pueda aceptar esto que lo acepte" (Mat. XIX: 12). A lo largo de la Edad Media, dicho ideal toma la forma de una sociedad ejemplar: los conventos. Pero consciente de la imposibilidad de generalizar la vida monacal, un cierto pragmatismo religioso de la Iglesia acaba retomando los consejos paulinos, haciendo del matrimonio un remedio contra la lujuria. Sin renunciar al ideal de la virginidad, la Iglesia pondrá en marcha un sistema de control de la vida sexual de los cónyuges. Como recuerda el historiador Jean-Louis Flandrin, en el medioevo, una vez descartados los días de impureza de la mujer (reglas, embarazo, post-partum), las tres cuaresmas (Navidad, Pascuas y Pentecostal) y los días de abstinencia, ayuno y oración, una pareja podía tener relaciones sexuales sólo durante noventa y un días al año [\(21\)](#).

La finalidad reproductiva legitimaba el acto sexual en el seno del matrimonio, pues, como enseña Santo Tomás, "al igual que el uso de los alimentos puede hacerse sin pecado si se realiza conforme al modo y orden debidos, porque se ordena a la conservación del cuerpo, así también el uso del placer venéreo puede darse sin pecado si se realiza conforme a un modo y orden debidos, en cuanto que es conveniente para la conservación del género humano" (Suma Teológica, IIa IIae 153, art. 2.2).

Competencia exclusiva de la Iglesia, la vida familiar y en particular el *ius nubendi* encontrará una primera secularización con el edicto de tolerancia de 1787, por el cual Luis XVI otorga a los protestantes el derecho al matrimonio civil, distinto del sacramento reservado a los católicos. Más tarde, con la Revolución, el matrimonio será considerado un acto

exclusivamente de naturaleza civil y laica.

En Francia, aunque el Código Napoleón ha matizado considerablemente la dimensión contractual del matrimonio [\(22\)](#), no hemos de olvidar que la Constitución de 1791 establecía en su art. 7º que "la ley considera el matrimonio únicamente como un contrato civil" y conforme a dicha disposición, la Asamblea aprobaba el 20 de septiembre de 1792 una ley por la que se establecía el divorcio vincular (título IV, sección V, art. 1º), un mes antes, el 28 de agosto de 1792 ponía fin a la patria potestad sobre los hijos mayores. A fines del siglo XVIII se podía contraer matrimonio ante un notario con la única obligación de inscribirlo en la municipalidad en los ocho días subsiguientes a la celebración. Tanto el matrimonio como el divorcio podían realizarse fuera de toda autoridad pública (el Registro Civil simplemente controlaba la forma y la validez del acto) [\(23\)](#). La naturaleza contractual del matrimonio se inscribe en una política general de la familia que tiende a llevar los principios de la Revolución al seno del hogar. En ese sentido, se suprime en 1790 el mayorazgo y en 1791 la exclusión sucesoria de las hijas con dote; también se restablece la adopción inspirada del derecho romano que la monarquía absoluta había suprimido en beneficio del monopolio de la filiación biológica. Los hijos naturales tienen los mismos derechos sucesorios que los hijos legítimos [\(24\)](#). Como afirma el historiador André Burguière: "la Revolución quiere a través de la ley sustituir el reino del despotismo y de la injusticia por el de la libertad y la igualdad y para ello tiene que comenzar por fundar dichos principios en el seno de la familia para hacerlos triunfar en el orden político".

Durand de Maillane afirmaba en la Asamblea nacional el 17 de mayo de 1791 que "el matrimonio puede y debe subsistir como contrato civil y a todos los efectos civiles, independientemente de la bendición de la Iglesia que hace de él un sacramento. Así, el contrato de matrimonio y el rito eclesiástico son dos cosas distintas que no tendrían que haberse confundido nunca" [\(25\)](#). Del mismo modo, respecto de la ley de 1792, Sédillez proclamaba en la misma Asamblea que "el matrimonio es un contrato civil. Es por ende de la naturaleza de los contratos resolverlos de la misma manera que han sido formados. El matrimonio habiendo sido constituido únicamente por la voluntad de dos personas, es natural que pueda terminarse por una voluntad contraria de dichas personas" [\(26\)](#).

Sacramento para la Iglesia, contrato para la Constitución de 1791, institución para el Código Napoleón, el matrimonio puede ser visto como un espejo en el que se refleja el estado de las mentalidades [\(27\)](#). Aunque se la suele presentar en algunos manuales aun hoy día como una realidad natural y atemporal, la familia es una entidad construida socialmente. Resulta, sin embargo, paradójico que la naturalización de la familia no proviene únicamente del dogma religioso sino también del pensamiento filosófico de los grandes teóricos del contractualismo. En ese sentido, afirma Rousseau que "la familia es la más antigua de todas las sociedades y la única natural" [\(28\)](#). Locke ve en ella la comunidad más próxima del estado de naturaleza. El orden patriarcal es presentado por dichos autores como evidente, como el estándar para la

organización social. En efecto, señala Rousseau que "la familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo aquélla de los hijos, y todos nacidos iguales y libres alienan su libertad sólo por razones de utilidad".

Los juristas revolucionarios, al contractualizar el matrimonio, han ido más lejos que los filósofos del Iluminismo. Resulta sorprendente constatar que los grandes teóricos del contrato político hayan dejado fuera de él a la familia, considerándola como un presupuesto social. Ni Hobbes, Rousseau, Locke, Tocqueville o Constant, ni inclusive más recientemente Rawls [\(29\)](#), no han propuesto una visión crítica de la familia y han participado de alguna manera a su naturalización. Al enviar la cuestión familiar al terreno de lo necesario, muchos teóricos de lo político se han privado de un terreno particularmente fecundo de observación y análisis de esta estructura de poder. La situación resulta tan sorprendente que cabe preguntarse si tal naturalización no constituye, de hecho, el límite efectivo del pensamiento político moderno. El resultado de dicha "miopía" no tardó en repercutirse: la familia será el tema más tardío en ser politizado y el espacio más difícil de democratizar.

Sin embargo, desde el siglo XIX, el carácter histórico de la organización familiar ha sido demostrado por todas las corrientes del pensamiento sociológico. Engels explica la dinámica familiar a partir de las relaciones sociales de producción [\(30\)](#). La familia extendida de tipo rural deja de ser la norma hacia fines del siglo XIX, período a partir del cual emergerá la familia moderna de tipo nuclear [\(31\)](#), luego será incierta [\(32\)](#) y más tarde sin nombre [\(33\)](#). En cincuenta años, todas las concepciones modélicas de la familia han volado por los aires. Las familias son nucleares, monoparentales, ensambladas, homoparentales, compuestas por hijos biológicos, adoptivos o provenientes de procreaciones asistidas. En Francia, ocho de cada diez familias residen en las grandes ciudades, más de tres millones de niños viven en familias monoparentales, 11% de los niños franceses viven en familias ensambladas y el número de uniones civiles no cesa de aumentar, mientras que los matrimonios disminuyen. Desde la adopción de la Ley del Matrimonio Igualitario en 2013 se han celebrado en Francia 18.000 bodas gay.

Ante la evolución histórica de la familia y la progresiva aspiración a la autonomía de sus miembros, ¿podemos seguir considerando que las reglas que la gobiernan deban ser necesariamente de orden público?

Si la libertad individual y la autonomía de la voluntad constituyen los fundamentos de la vida familiar contemporánea, ¿por qué no reenviar la materia al derecho común de los contratos?

La democratización de la vida privada implica una reformulación de los vínculos familiares

que permita sacarlos de la visión naturalista y familialista (34) que, ubicando al padre en la cúspide de la jerarquía familiar, legitimaba una división sexual de los roles femenino, limitado a lo doméstico y masculino a lo público. El proceso de desinstitucionalización comenzado por la Revolución Francesa se encuentra hoy día truncado, ya que como señala A. Burguière: "la desacralización de la relación conyugal (...) tiende por rebote a resacralizar las relaciones de filiación como si fuesen el único soporte de una solidaridad familiar auténtica..." (35).

De lo que se trata, pues, en estas páginas es de buscar la fuente de las relaciones familiares en la autonomía de la voluntad y no en la heteronomía de la biología. Los padres deberían ser aquellos que desean serlo y no los que la naturaleza designa como tales. Para ello, intentaré demostrar como la teoría general de las obligaciones permite articular un derecho de la vida familiar más próximo a las exigencias actuales de libertad y diversidad incrementando además el grado de igualdad y justicia.

Veremos en primer lugar como ello es posible a nivel de la vida de pareja para luego preguntarnos si el contrato constituye un instrumento idóneo también para la organización de la filiación.

Si resulta prácticamente imposible llegar a una definición consensual de la familia, podemos inspirarnos de la antropología que distingue dos dimensiones, aquella de los lazos de consanguinidad (biológicos, por adopción o por procreación asistida) y aquellos de afinidad (matrimonio, uniones civiles, uniones de hecho y alianza) (36).

No sólo el derecho de fondo sino también el derecho procesal puede revisitarse desde una perspectiva de privatización la cual será el objeto de la quinta parte del artículo.

Por último, bajo la forma de una conclusión pero con la pretensión de abrir el debate, explicaré como, a partir de una posición contractualista de corte liberal, se puede construir un pensamiento crítico de la familia y de las consecuencias políticas que dicha entidad produce en las sociedades contemporáneas.

III. La contractualización de los vínculos de familia a nivel horizontal (la pareja)

Contractualizar significa dar preeminencia a la voluntad de las partes, hacer retroceder el orden público de dirección (normas imperativas), ofrecer alternativas allí donde sólo había adhesión. En ese sentido, es indudable que a nivel horizontal, es decir, entre cónyuges, el matrimonio ha dejado de ser una institución de naturaleza pública para inscribirse definitivamente en el plano de lo privado. Muchas veces se piensa en el contrato como si se

tratase de un instituto del siglo XIX cuando fue tipificado en los códigos civiles pero no hay que olvidar que la figura moderna del contrato incluye una dimensión protectora, piénsese, por ejemplo, en el derecho del consumo y en la introducción del orden público de protección del derecho civil [\(37\)](#). El orden público de protección (donde están en juego intereses privados) permite mantener la autonomía de la voluntad, resguardando, al mismo tiempo, la situación de la parte más débil del contrato. Por lo tanto, contractualizar no significa fragilizar o dejar sin protección sino simplemente permitir que sean las partes, en última instancia, quienes deciden y no el Estado.

Del punto de vista jurídico, lo que nos permite considerar al matrimonio como un instituto más próximo a los contratos clásicos que a la institución es la posibilidad de ruptura por las partes. Como cualquier contrato a duración indeterminada, la voluntad de una de las partes es suficiente para poner fin a él respetando un preaviso. Las diferentes figuras del divorcio ponen de manifiesto la naturaleza relativa del matrimonio, que perdura hasta que las partes lo deseen, vale decir, todo lo contrario de una institución.

La progresiva igualdad de la mujer pone asimismo de manifiesto la dimensión contractual del matrimonio. Al salir de la tutela del marido, al poder disponer de sus bienes y compartir la patria potestad, la mujer se erige en una figura igualitaria del contrato conyugal y no un miembro subordinado de la institución marital.

Además, no existe hoy día la prohibición de celebrar contratos entre cónyuges como en el derecho romano o el antiguo derecho francés, que sancionaba cualquier tipo de transferencia de propiedad inter vivos entre los cónyuges. Hasta los contratos de sociedad y de trabajo acabaron por admitirse en el seno del matrimonio.

Como recuerda Malaurie: "en el derecho civil lo que constituye al matrimonio no es querer las consecuencias que el mismo produce (relaciones sexuales, fundación de una familia) sino el consentimiento conyugal, abstracción hecha de cualquier intención particular" [\(38\)](#).

Ciertas situaciones residuales podrían, sin embargo, hacer pensar que algo subsiste de la institución. Siguiendo las líneas propuestas por Xavier Labbé [\(39\)](#), analizaremos los supuestos vestigios institucionales y veremos si ellos constituyen aún un obstáculo a la contractualización.

El certificado prenupcial podría verse como un elemento que limita la libertad contractual, toda vez que la validez del contrato parece subordinarse a un acto médico. Si bien es cierto que dicha figura, de tipo higienista, resulta sorprendente, recuérdese que en realidad nunca la celebración del matrimonio ha dependido de la salud de las partes, ya que, en virtud del

principio de privacidad, el resultado del examen era conocido solamente por la parte interesada, sin obligación de comunicarlo al otro cónyuge. El certificado médico aparece en Francia con una ley petenista de 1942, que tenía como finalidad evitar las enfermedades contagiosas entre cónyuges. Pero se trataba, en realidad, de una visita médica de rutina desprovista de sanción. En muchos contratos de seguros (seguro de vida, crédito inmobiliario), el examen médico tiene una dimensión mucho más importante que el certificado prenupcial y no por ello los consideramos como instituciones. De todos modos, se trata de un debate puramente escolástico, ya que desde la sanción de la ley del 20 de diciembre de 2007, relativa a la simplificación del derecho, el certificado prenupcial fue suprimido en Francia. Resulta sorprendente que lo mismo no haya sucedido en la Argentina.

Del mismo modo, la edad núbil, tradicionalmente diferente para el hombre (18 años) que para la mujer (15 años), podría considerarse un vestigio institucional, pero lo cierto es que ella ha sido derogada, unificándose para ambos a los dieciocho años. Dicha unificación muestra el alejamiento de una visión biológica que pretendía alinear la capacidad contractual con la capacidad reproductiva. Asimismo, el fin de la diferencia de sexos como *conditio sine qua non* del *ius nubendi* pone de manifiesto la dimensión puramente voluntarista del acto contra cualquier pretensión institucionalista como lo establecido por la máxima in *carne una* del derecho canónico, según el cual la copula carnalis era necesaria para que el matrimonio fuese válido (*consummatum*). Durante mucho tiempo, la prohibición del matrimonio a las parejas del mismo sexo constituía un vestigio que impedía ver la dimensión puramente contractual de él, ya que se lo asociaba, además, necesariamente a la dimensión procreativa.

La consanguinidad, el parentesco y la afinidad como impedimentos podrían considerarse, desde el punto de vista del derecho positivo, como elementos que obran en favor de una visión institucionalista del matrimonio. Pero en realidad creo que se podría disociar completamente el contrato de matrimonio del contrato de filiación de tal manera que dichos impedimentos puedan subsistir en el segundo y desaparecer en el primero. Por ejemplo, el contrato de cohabitación belga de 1998 permite la unión civil entre hermanos y otros parientes justamente porque no crea efectos respecto de la filiación.

También la prohibición de la bigamia y la poligamia podrían aparecer como elementos que alejan al matrimonio del contrato plurilateral del derecho común. Si bien es cierto que en el derecho positivo dicha prohibición existe, no olvidemos, sin embargo, que el derecho francés reconoce indirectamente y de modo limitado la bigamia a los efectos del derecho previsional (dos o más personas pueden repartirse una pensión del *de cuius* en función de la cantidad de años respectivos de matrimonio), del derecho sucesorio [\(40\)](#) y de la carga de alimentos en ciertas uniones polígamas [\(41\)](#). De *lege ferenda*, nada impide que el contrato matrimonial adopte la forma plurilateral. Lo que es contrario a la igualdad y al orden público es la versión tradicional de la poligamia, donde únicamente el hombre puede unirse a varias mujeres que se

encuentran bajo su tutela.

Los registros brasileiros han permitido por lo menos en dos ocasiones la inscripción de parejas denominadas poliafectivas. En el año 2012, un registro de San Pablo inscribió como unión civil a un hombre con dos mujeres y en Rio de Janeiro sucedió lo mismo con tres mujeres. La notaria brasileira que formalizó esta unión subraya: "El pilar que sustenta cualquier relación de familia es el afecto. Y estas tres mujeres tienen todo para formar una familia: amor, una relación duradera, intención de tener hijos... En el derecho privado, además, lo que no está prohibido está permitido. No puedo garantizarles derechos inmediatos, tendrán que luchar en los tribunales para realizar la declaración de la renta conjunta o contratar un seguro médico, pero ahora están protegidas" [\(42\)](#).

Por otro lado, tratándose de un contrato *intuitu personae*, parece lógico que no pueda realizarse por procuración, pero sí entre ausentes en los casos que la ley lo autorice. La presencia de las partes y la forma exigida por la ley no hacen del contrato una institución sino simplemente una convención en la que la forma y la publicidad son exigidas como en otros contratos. En realidad, lo que carece de sentido, desde una perspectiva contractualista, es mantener la obligación de celebrar el contrato ante una autoridad pública, bastaría que se realice ante escribano, como sucede en Francia para el pacto civil de solidaridad (PaCS) o en Quebec inclusive para el matrimonio.

Las oposiciones a la celebración del matrimonio podrían también inducirnos a error y considerar que el matrimonio es algo distinto del contrato de derecho común, cuando en realidad se podría ver en dichas oposiciones simplemente una forma de condición suspensiva que el juez puede controlar, como cualquier otra condición suspensiva. Habría simplemente que dejar de llamarlas oposiciones.

Inclusive respecto de los vicios del consentimiento, el contrato matrimonial no goza de rasgos tan específicos. La evolución en la materia es harto significativa. En efecto, hasta 1975, en materia de error, sólo se admitía el error en la persona (caso de escuela de los gemelos) y no en las calidades esenciales de ella (limitando la nulidad matrimonial), como es el caso del derecho de las obligaciones y más particularmente de los contratos *intuitu personae*. La ley del 11 de julio de 1975 ha uniformizado el sistema y permite la nulidad del matrimonio por error en las calidades esenciales, por ejemplo, un pasado criminal, la imposibilidad de mantener relaciones sexuales o el estado psíquico pueden ser causales de nulidad por error. En materia de violencia, no existe tampoco excepción alguna.

Aunque el dolo no esté tipificado como un vicio del consentimiento en materia matrimonial (en *mariage il trompe qui peut*, dice el adagio), en realidad se trata del dolo bonus (exageración

respecto de las virtudes, fortuna...), ya que cuando las maniobras dolosas inducen a error respecto de las calidades esenciales del cónyuge, por ejemplo, si la persona mintió respecto de su nacionalidad, su religión u ocultó una enfermedad grave, el contrato es susceptible de nulidad, como advertimos anteriormente. En el derecho argentino, la situación es aún más nítida, ya que el dolo constituye un vicio del consentimiento matrimonial.

Lo mismo podemos observar respecto de las nulidades tanto absolutas como relativas. No existen diferencias sustanciales en el derecho francés entre el matrimonio y los otros contratos tanto respecto del régimen de prescripción, confirmación o titularidad de la acción. El caso del matrimonio putativo de buena fe constituye otro ejemplo de la dimensión contractual clásica, ya que, a pesar de la nulidad, los cónyuges mantienen los beneficios del régimen matrimonial.

La afinidad, en tanto que vínculo jurídico que une a uno de los cónyuges con la familia del otro, aparece como un vestigio de la naturaleza institucional del matrimonio, pues, independientemente de la voluntad, se crean vínculos familiares (suegros, yernos, nueros). Dicha situación me parece contraria a la evolución del derecho moderno de familia y creo que debiera, desde la perspectiva subjetivista, derogarse la figura de la familia por afinidad. Sin embargo, inclusive de lege lata, se puede hacer una lectura relativamente contractualista de la alianza a partir del instituto de la estipulación en favor de terceros (por ejemplo, la obligación alimenticia respecto de los suegros), el problema surge ante la imposibilidad de establecer, en el estado actual del derecho, una cláusula por la cual se renuncie a dicha estipulación, ya que las cuestiones de parentesco son aún consideradas de orden público.

Inclusive en una materia como el nombre patronímico, ha habido una evolución importantísima tanto en el derecho francés (43) como en el argentino, en los cuales se ha abandonado el principio de transmisión del apellido del padre en favor de la elección de uno de los apellidos o apellidos compuestos de uno y otro en el orden escogido por los padres. Esta reforma de alto contenido simbólico se inscribe claramente en el proceso de subjetivación e individualización del derecho de familia.

La contractualización se manifiesta, asimismo, en la posibilidad de elegir diferentes formas de unión. En Francia, además del matrimonio, las partes pueden optar por el PaCS o la unión de hecho (concubinato) y en Argentina, entre el matrimonio y las uniones convivenciales (no existe la diferencia, como en Francia, entre la unión registrada y la unión de hecho).

La progresiva libertad tanto a nivel patrimonial cuanto extra-patrimonial contrasta con figuras arcaicas del derecho sucesorio como la legítima (réserve héréditaire) y la prohibición de pactos sobre sucesiones futuras. Inclusive los Códigos más progresistas, como el argentino, mantienen dicha indisponibilidad patrimonial en detrimento de la libertad individual y en favor

de la perpetuación de la desigualdad entre las familias (ver conclusión).

Del mismo modo, resulta sorprendente que los contratos de corretaje matrimonial y de esponsales futuros sean prohibidos por las legislaciones modernas. De hecho, desde una perspectiva contractualista, el primero podría ser regulado como un contrato comercial (con una cláusula de retractación) protegido por el derecho del consumo. Asimismo, el contrato de esponsales de futuro podría encontrar su lugar en el derecho de las obligaciones a partir de la figura del pacto de preferencia del art. 997 del Código argentino: "El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes". Respecto de las partes, aunque obviamente no se establecería una obligación de contraer matrimonio, se podría, sin embargo, crear una obligación de indemnización, como lo establece el Código Civil peruano en su art. 240: "Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos".

La contractualización permitiría el reconocimiento limitado de varias formas de matrimonio religioso a condición de que él sea conforme a la teoría general de los contratos, so pena de nulidad. Si por ejemplo, por razones religiosas las partes desean contraer una unión indisoluble, ella será considerada por el derecho como un contrato a duración indeterminada, pues los compromisos perpetuos están prohibidos por el derecho.

El régimen de las obligaciones entre cónyuges se encuentra aún demasiado próximo de los contratos de adhesión. Se debería evolucionar en la materia y dejar en manos de los interesados el grado y alcance de obligaciones como la de asistencia y la solidaridad. El principal deudor de la asistencia, la salud y la vivienda debería ser el Estado respecto del individuo y no un miembro de la familia respecto de otro, cuando no lo desea.

Incluir elementos como la exclusividad sexual (deber de fidelidad), la cooperación obligatoria y los lazos de afinidad constituyen lesiones a la necesaria autonomía y libertad del sujeto de derecho.

IV. La contractualización de los vínculos de familia a nivel vertical (la filiación)

Si a nivel de la pareja, la contractualización aparece como un proceso inevitable, respecto de la filiación la situación resulta mucho más compleja. En primer lugar, por una cuestión obvia, los hijos no pueden elegir a sus padres, lo que imposibilita cualquier relación contractual. Ello quizás explica que, contrariamente al matrimonio, la casi totalidad de las

reglas de filiación son de orden público. Sin embargo, creo que se puede, de alguna manera, pensar el derecho de la filiación a partir de una perspectiva contractualista, en particular en lo que el derecho francés ha dado en llamar la filiación electiva [\(44\)](#).

En primer lugar, en sentido general, la noción de convención en materia de filiación nos permite abandonar la visión biologizante que impera aún en el sentido común y en el derecho. La expresión popular "la sangre es más espesa que el agua" lo dice todo. Los vínculos biológicos parecen imponerse, pues se los muestra como más sólidos que los creados por la voluntad. Dicha preeminencia de lo natural sobre lo volitivo se explica por razones históricas, pero también por la manera en que el derecho trata la reproducción y la filiación. En efecto, tanto las facultades a no reproducirse (contracepción e interrupción voluntaria del embarazo) cuanto a reproducirse (acceso a las técnicas de reproducción asistida) no fueron construidas jurídicamente como un derecho subjetivo sino como un acto médico. El lema de las feministas "un niño cuando y como quiera" o "nuestro vientre nos pertenece" fueron eslóganes políticos que no se tradujeron en una prerrogativa del individuo sobre su propio cuerpo. Recordemos que la primera legislación del aborto se construyó como una cláusula de despenalización y no como el reconocimiento de un derecho. Del mismo modo, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, motor de las leyes de bioética, la procreación asistida ha sido regulada como un remedio a la infertilidad de la pareja y utilizada únicamente con fines terapéuticos [\(45\)](#). El argumento ha imbuido todo el dispositivo francés de tal manera que las técnicas de reproducción asistida no aparecen en el Código Civil sino en el Código de la Salud. No existe, pues, un derecho a reproducirse sino simplemente una autorización médica que permite acceder a la tecnología reproductiva únicamente en caso de esterilidad de la pareja heterosexual (o para evitar la transmisión de una enfermedad grave) [\(46\)](#). Contrariamente al derecho argentino —que ha pergeñado una fuente nueva de la filiación por técnicas de reproducción asistida: la voluntad procreacional [\(47\)](#)—, el derecho francés continúa vertiendo vino nuevo en odres viejos.

Dicha ruptura filosófica con lo que Norbert Elias ha denominado "proceso de individuación" [\(48\)](#), es decir, la tendencia a dejar en manos del individuo el control de su vida y de su cuerpo, ha producido una modificación sustancial con la visión moderna de los vínculos de familia. De tal modo que cuando no puede procrear por los medios naturales, el individuo tiene que obtener una autorización del Estado para poder reproducirse. En caso de imposibilidad procreativa, el derecho a tener un hijo se eclipsa en favor de otro, aquél del niño (en potencia) a tener como padres una pareja heterosexual. Las leyes de bioética han hecho de la familia nuclear el modelo cuando por razones clínicas (infertilidad, incapacidad reproductiva) los individuos se encuentran ante la imposibilidad de reproducirse, excluyendo a aquellos que no corresponden al modelo: mujeres solas, mujeres menopaúsicas, parejas homosexuales, transexuales, filiación post mortem...

La familia consagrada en las leyes de bioética francesa constituye el molde jurídico en el cual se vierte el nuevo paradigma familiar, basado, paradójicamente, en la primacía de la filiación carnal o, mejor dicho, de la imitación de dicha filiación que se impone inclusive contra la verdad biológica [\(49\)](#). El genitor, donante anónimo, desaparece una vez producida la inseminación artificial y el derecho hace como si nunca hubiese existido.

Detrás del argumento médico de lucha contra la infertilidad se oculta una lógica de uniformización y promoción de un tipo de familia en detrimento de la pluralidad y la diversidad familiar.

La filiación materna se determina por el principio *mater semper certa est*, la madre es la que da a luz, independientemente que haya o no aportado los óvulos. La filiación paterna se rige por la presunción de paternidad, prohibiéndose cualquier acción de impugnación: el padre legal es el marido, cuando éste consintió a una inseminación con donante anónimo. El anonimato permite la inscripción en la partida de nacimiento del padre legal como genitor, haciendo desaparecer cualquier huella de la donación. Del mismo modo, la imitación de la naturaleza fabricada por el legislador hace imposible la inseminación artificial o la transferencia de embrión cuando haya fallecido el padre legal, se haya presentado una demanda de divorcio o se constate el cese de la vida común (art. L2141-2-2 del Código de la Salud Pública). El derecho francés alimenta la ficción de un acto sexual reproductivo como origen de la filiación por reproducción asistida.

La prohibición de la gestación por sustitución participa a la ilusión jurídica francesa que intenta construir la filiación imitando la reproducción. En un fallo célebre de 1991, la Corte de Casación ha estatuido que un contrato por el cual una mujer se compromete, inclusive de forma gratuita, a gestar un niño y abandonarlo al nacimiento viola los principios de orden público, indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil. Asimismo, la adopción de un menor nacido de dicho contrato constituye una desnaturalización de la institución y viola los arts. 6º (prohibición de derogar por convención privada las leyes de orden público), 353 (adopción plena) y 1128 del Código Civil (sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto del contrato) [\(50\)](#).

A pesar de dicha prohibición, muchas parejas acuden a servicios de madres sustitutas en países donde dicha práctica es legal y luego intentan inscribir al niño como hijo de la pareja comitente en los registros consulares, los cuales, ante la sospecha de "vientre de alquiler", se niegan a efectuar la retranscripción de las partidas de nacimiento extranjeras. Dicha negativa produce consecuencias perjudiciales para el niño, tanto respecto de la nacionalidad como de la filiación. Pese a ello, la Corte de Casación, en un fallo del 6 de abril de 2011, estimó que el rechazo de inscribir un niño nacido por GPA, privándolo de un acta de nacimiento francés, es conforme al orden público y no constituye una violación del interés superior del menor. En

2013, la misma Corte ratifica su posición, considerando que "El acta de nacimiento del niño proveniente de las autoridades indias no puede transcribirse en los libros del registro civil francés. En presencia de fraude resulta inútil invocar el interés superior del niño garantizado por el art. 3-1 de la CIDN, ni el respeto de la vida privada y familiar conforme al art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, de modo que el motivo de reclamación no resulta fundado conforme a derecho" [\(51\)](#). Condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Francia tuvo que modificar su jurisprudencia, permitiendo la transcripción del acta de nacimiento extranjera del menor nacido por gestación por sustitución, pese a la prohibición de orden público que sobre tal contrato subsiste [\(52\)](#).

De lege ferenda, la gestación por sustitución puede ser considerada a la vez como una cuestión de libertad y de justicia social. Si una mujer decide gestar un niño para entregarlo a una pareja y si su consentimiento no se encuentra viciado, no debería prohibírsele, pues la libre disposición de sí constituye una libertad fundamental [\(53\)](#). Además, se trata también de una cuestión de justicia social, ya que únicamente las mujeres pueden gestar, sólo ellas tienen esta capacidad que, como cualquier otro talento, pueden poner al servicio de la comunidad. Algunos proponen que se organice la gestación por sustitución como un servicio público [\(54\)](#). Asimismo, podría considerarse un contrato de servicio sui generis cuando la gestante no tiene vínculo biológico alguno con el niño que lleva en su vientre (subrogación total) [\(55\)](#), sería una forma de "baby-sitting" prenatal [\(56\)](#). Se lo podría definir como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue a los comitentes (normalmente, el donante de espermia y su esposa), renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido. Puede ser gratuito u oneroso y de todos modos, ante los riesgos propios a este tipo de servicio, un seguro médico y el control judicial resulta obligatorio. Cuando los comitentes recurren a un intermediario (agencia profesional), la relación contractual puede asimilarse al mandato.

Cuando se trate de una subrogación parcial, se debe reconocer a la gestante la posibilidad de retractarse, indemnizando los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a los comitentes. Del mismo modo, la gestante puede interrumpir el embarazo en las condiciones legales, ya que se trata de un embrión propio. Si después del nacimiento desea quedarse con el niño, podrá hacerlo, a condición de que renuncie a cualquier acción de paternidad e informe debidamente a los comitentes y al médico del seguro.

Aunque se debería dejar en manos de las partes, pienso que la onerosidad constituye una garantía. En primer lugar, para la gestante, que ve su servicio remunerado, y también para la sociedad en su conjunto, en la que los talentos y capacidades de unas (las gestantes) benefician a la comunidad, acrecentando la libertad de procrear y la justicia distributiva, gracias a los servicios bien remunerados [\(57\)](#).

La misma ideología naturalista ha llevado al legislador francés a prohibir la implantación embrionaria post mortem. Dicha prohibición de transferir in utero el embrión ya concebido luego de la muerte del padre resulta sorprendente, ya que la madre puede donar el embrión a una pareja estéril, darlo a la ciencia o autorizar su destrucción. El argumento esgrimido para mantener la prohibición es el del niño huérfano, como si fuese preferible no nacer que nacer en una familia monoparental... Sin embargo, el Consejo de Estado ha autorizado, a pedido de la accionante, la exportación del espermia del marido difunto a España (de donde es originaria la mujer y donde la inseminación es legal) para que se proceda a una inseminación post mortem [\(58\)](#).

En lugar de aprovechar los avances científicos para romper definitivamente con el presupuesto biológico en materia de filiación y promover una visión voluntarista del parentesco, la ley francesa ha justificado el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un modo de paliar un accidente de la naturaleza: la esterilidad o la transmisión de enfermedades graves. En Argentina, el nuevo Código ha optado por una solución más justa, ubicando la voluntad procreacional como fuente de la filiación.

Pero, ¿por qué reservarla a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)? ¿Por qué no extender la voluntad procreacional a todas las formas de procreación?

Un contrato de procreación sería aquél por el cual una o varias personas se obligan respecto de una o más personas a poner a disposición de manera natural o por técnicas de reproducción asistida sus capacidades reproductivas (óvulo, espermia, útero, vientre) con el objeto de permitir la concretización de un proyecto parental. Se puede tratar de un contrato gratuito u oneroso, sinalagmático y aleatorio, ya que produce obligaciones recíprocas para las partes cuyas prestaciones dependen de un resultado incierto: la procreación. Por su importancia, se trataría de un contrato formal cuya validez estaría subordinada a la forma de la escritura pública. El consentimiento ha de ser pleno, libre e informado, pudiéndose revocar en todo momento mediante notificación a la otra u otras partes y a la autoridad médica que ha proveído a la técnica reproductiva. Se trata de un contrato intuitu personae a ejecución sucesiva cuyo objeto es poner las fuerzas reproductivas al servicio del proyecto parental, este último es la causa fuente del contrato. La causa final del contrato es la voluntad común de engendrar. Tratándose de un contrato que crea una estipulación a favor de un tercero (el niño), su nacimiento podría considerarse como consentimiento del tercero beneficiario.

El parto anónimo (accouchement sous x) que permite el abandono legal del niño al momento del nacimiento (art. 326, CCiv. francés) constituye una figura jurídica de tipo voluntarista en el sentido de que la madre puede impedir la creación del vínculo filial por su propia voluntad. Por una ficción jurídica, la ley considera que el parto nunca tuvo lugar [\(59\)](#). El

bebé es entregado a la Administración y si pasados dos meses la mujer no se retracta, puede ser dado en adopción. Dicha posibilidad es otorgada sólo a la mujer, el padre no puede renunciar a la filiación del niño si la madre decide guardarlo. Por el contrario, sí puede reconocer al niño abandonado durante el mismo período de dos meses. Queda por construir una suerte de anonimato también para el genitor, si no desea asumir la paternidad, de tal manera que únicamente la voluntad y no la biología se considere fuente de la filiación. Se trataría entonces de generalizar, gracias a la posibilidad del abandono legal, la voluntad procreacional como fuente común de todas las formas de filiación. Lo cual pondría fin al determinismo naturalista y ubicaría a la voluntad en el centro del dispositivo parental. Respecto del interés del menor a conocer sus orígenes, él se encuentra garantizado en Francia únicamente si la mujer que dio a luz está de acuerdo y a condición de que haya dejado algún tipo de información para localizarla [\(60\)](#). En caso de conflicto de interés entre el niño y la mujer, como para el aborto, la ley francesa ha optado por la libertad de la mujer de abandonar el niño al nacimiento para que éste pueda beneficiarse de una adopción.

V. La privatización del contencioso familiar

El lugar cada vez más importante de la voluntad se manifiesta no sólo respecto del derecho de fondo sino también en el derecho procesal. De manera general, el derecho europeo promueve la mediación en el ámbito privado. La directiva 2008/52 de 21 de mayo de 2008 señala que "la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y que preserven una relación amistosa y viable entre las partes...".

En derecho francés, una cantidad de procedimientos de naturaleza privada pone de manifiesto la necesidad de dejar en manos de las partes la resolución de conflictos familiares. Un cierto grado de privatización existe, pues el juez a menudo asume una función de validación del acuerdo, como es el caso en el pedido de homologación de una pensión alimenticia que permite otorgar a ésta fuerza ejecutoria.

Los modos alternativos de resolución de conflictos muestran que las jurisdicciones estatales no tienen el monopolio en el momento de dirimir litigios entre particulares. En el derecho de familia francés, las diferentes maneras de hacerlo son la conciliación, la mediación y el acuerdo. La conciliación es una función del juez que tiene como objetivo acercar a las partes para reconciliarlas (art. 21, Código Procesal Civil). En los casos de divorcio por común acuerdo, dicha función ha dejado de ser obligatoria, pero se mantiene para los otros tipos de divorcio. Las partes pueden usar los servicios de un mediador familiar [\(61\)](#) y en muchos casos el juez propone dicha forma de resolución del conflicto. Se trata de profesionales habilitados que ejercen a menudo en el seno de asociaciones especializadas en la mediación. La mediación

familiar es la forma más extendida de regular los conflictos relativos a la autoridad parental (ley 2002-305 del 4/3/2002) y divorcio (ley 2004-439, 26/5/2004). Tanto la conciliación como la mediación, si tienen éxito, dan lugar a la redacción de una convención que puede ser homologada por el juez, en tal caso adquiere inmediatamente carácter ejecutivo.

A pesar del desarrollo de dichos modelos alternativos, el lugar del juez sigue siendo importante, sobre todo para controlar el interés del niño o el libre consentimiento de los adultos.

Los acuerdos son de diferentes tipos, puede tratarse de medidas establecidas por la ley, por ejemplo, la elección de la residencia familiar que los cónyuges realizan de común acuerdo (art. 215, Código Civil). Tratándose de actos conservatorios o administrativos necesarios para la gestión del patrimonio del menor, la ley presupone que existe el acuerdo de la otra parte que ejerce la responsabilidad parental.

En los casos de divorcio por común acuerdo, la Asamblea francesa ha adoptado una medida que permite la supresión de la intervención judicial, aunque en el proyecto de ley se establece que las partes necesitan la asistencia letrada para la redacción de la convención.

La desjudicialización del divorcio y la creciente cultura de la mediación ponen de manifiesto la evolución contractualista a nivel del derecho procesal. De lege ferenda, podríamos decir que en ausencia de conflicto y si no hay hijos, no existe razón alguna para que el juez intervenga tanto a nivel del divorcio como a nivel de los acuerdos patrimoniales consecuentes.

VI. Conclusión

La contractualización de la familia es el resultado lógico de la progresiva democratización de la vida privada y la victoria de una concepción del individuo emancipado, definido en función de sí mismo, capaz de decidir del curso de su vida y medir las consecuencias de sus actos [\(62\)](#).

La desconfianza de los derechos subjetivos, considerados como demasiado individualistas, y la correlativa sospecha del contrato, considerado como demasiado inestable, impiden la concretización de un derecho a la vida familiar emancipado de la dimensión institucional y moral de la familia.

En nombre del interés superior del niño, la preservación de la dignidad humana o el orden

público familiar, el Estado decide quién debe y quién no debe reproducirse. Cuando las personas pueden hacerlo por la vía natural, el problema no se plantea, ya que la libertad reproductiva no conlleva una discriminación, toda vez que las filiaciones legítima, natural, incestuosa o adulterina gozan de la misma legitimidad en el derecho francés. Pero si "naturalmente" las familias pueden ser múltiples y variadas, monoparentales o pluriparentales, recompuestas o ensambladas, ¿por qué cuando se trata de construir una familia a partir de las TRHA sólo la familia nuclear es posible en Francia?

La respuesta no es jurídica sino política. Ante el vértigo producido por el avance científico y el temor a la contractualización de los vínculos familiares, el derecho francés optó por cubrirse con el manto tranquilizador de la naturaleza, inclusive traicionando ciertos principios del Estado de derecho. Volver a la teoría del derecho subjetivo y del contrato en materia de pareja y filiación constituye la garantía de una verdadera pluralidad de la vida familiar garantizada a todos los individuos.

El contrato nos permite pensar los vínculos familiares a partir de la aspiración a una creciente autonomía de los miembros de la familia y no podemos echar por la borda la libertad. Muchas veces detrás del argumento de la protección de la parte más débil se oculta un entramado normativo tendiente a uniformizar y a perpetuar el statu quo. No creo que existan lazos más sólidos que aquéllos creados por la voluntad. La contractualización no es sólo una cuestión de libertad sino también de igualdad. En efecto, desde una perspectiva subjetivista e individualista, es oportuno preguntarse si el derecho de familia funciona como un mecanismo capaz de potencializar las capacidades personales o si, por el contrario, contribuye a perpetuar la desigualdad. Mientras haya personas que nazcan en familias diferentes, habrá desigualdad de oportunidades. Como recuerda Rawls: "...el principio de igualdad de oportunidades sólo puede realizarse parcialmente y de modo imperfecto, al menos mientras exista de alguna forma la familia. El grado en que se desarrollan y fructifican las capacidades naturales se ve afectado por todo tipo de condicionamientos sociales y actitudes de clase. Incluso la disposición al esfuerzo y al éxito dependen de la felicidad en la familia y de las circunstancias sociales" [\(63\)](#).

Contrariamente al derecho laboral, los contratos de adhesión o las cláusulas de protección del consumidor, en materia familiar los mecanismos de limitación de la libertad individual no han conducido a una mayor igualdad; por el contrario, al establecer monopolios en materia matrimonial, en el orden de la filiación o respecto de la sucesión mortis causa, el derecho de familia participa a la perpetuación de la desigualdad. No me refiero a aquélla interna de los miembros de la familia sino a la desigualdad económica y social en su conjunto. Algunos ejemplos concretos ilustran mi tesis, me detendré en tres de ellos: la afinidad, la legítima y los regímenes matrimoniales.

El primer instituto que sorprende al jurista liberal es el de parentesco por afinidad, ¿por qué

imponer un vínculo jurídico con la familia del cónyuge y hacer a una parte de ella acreedora de una obligación alimenticia cuando en realidad la única afinidad escogida es la persona del cónyuge y no necesariamente su familia? Dicho instituto favorece, además, una suerte de endogamia de clase, ya que, como muestran los estudios de sociología de familia, las personas tienden a unirse con miembros de su misma clase, de tal modo que la afinidad potencializa el statu quo.

Del mismo modo, la legítima no sólo limita la libertad patrimonial sino que disminuye la igualdad global de los miembros de la sociedad. ¿Por qué razón, por ejemplo, un científico viudo con dos hijos profesionales a los que les ha ofrecido una educación universitaria de calidad no puede dejar todo su patrimonio a una fundación pública de lucha contra el cáncer después de su muerte? Cuando, en realidad, dicha transmisión constituye un beneficio social mucho más importante que la sucesión obligatoria en favor de sus hijos, quienes no sólo no lo necesitan sino que además se verán enriquecidos sin haber realizado esfuerzo alguno.

Los regímenes matrimoniales, en tanto que organización coercitiva del patrimonio familiar, constituyen otro elemento que limita la libertad sin aumentar la igualdad social. ¿Por qué las personas casadas deben someterse a un régimen matrimonial? ¿Por qué, incluso habiendo elegido la separación de bienes, el derecho presume la copropiedad de los bienes muebles al momento de la liquidación? ¿Por qué incluso sin hijos y con residencia secundaria se protege la vivienda familiar? En resumidas cuentas, si dos personas casadas desean ser tratadas como solteras desde el punto de vista patrimonial, ¿por qué el derecho lo prohíbe?

La presunción de ganancialidad y la confusión patrimonial que crea todo régimen matrimonial tiende a endogamizar el sistema económico, haciendo que los bienes conyugales circulen con mayor facilidad dentro que fuera de la familia y si a ello añadimos las ventajas fiscales en materia de donación intrafamiliar y la ausencia o baja fiscalidad por herencia, notamos que el derecho patrimonial matrimonial es un obstáculo a la igualdad social.

Y si en lugar de proteger la parte más débil, el orden público familiar participa a la desresponsabilización del Estado. El entramado de normas imperativas relativas a las obligaciones alimenticias, prestaciones compensatorias y demás cargas familiares constituyen una manera particularmente hábil del Estado (en particular desde la crisis del Estado de bienestar) para descargar en la familia ciertas funciones que este último debería asumir.

Si tomamos en serio el principio jurídico fundacional de que sólo el individuo es sujeto de derecho, tenemos que construir un derecho de familia basado en la privacy, renunciando para ello a todas las formas de naturalismo y colectivismo en las que baña aún el ordenamiento jurídico. Si el matrimonio es ciertamente tratado hoy día como un contrato, sin embargo, se

asemeja más a uno de adhesión que a un contrato intuitu personae. Del mismo modo, si la voluntad procreacional aparece como fuente de la filiación, la biología continúa gobernando el parentesco, haciendo del hombre un padre legal contra su voluntad y en Argentina, donde no existe el parto anónimo, obligando a la genitora a ser madre. Desde el punto de vista patrimonial, la contractualización encuentra aún fuertes barreras como los regímenes matrimoniales, las obligaciones de asistencia y la legítima, lo cual no solamente atenta contra la libertad sino también contra la igualdad social, como hemos intentado demostrarlo en estas páginas.

¿Que sería un derecho sin familia? La respuesta no es simple, he intentado sencillamente esbozar una alternativa, aquélla de un derecho contractual de la vida familiar regulado por los principios del derecho común. No se trata de tutelar a la familia sino a los miembros que la componen. Aunque parezca paradójico, dicho modelo supone la existencia de un Estado de bienestar desarrollado que permite asumir las necesidades de los individuos (sobre todo de los más necesitados), de lo contrario el ideal de autonomía, libertad individual e igualdad se encuentra comprometido, ya que el contrato no puede garantizarlo sin la base de un sistema político que garantice la distribución de la riqueza y la igualdad de oportunidades.

NOTAS

(1) El Código Civil francés define al Pacte civil de solidarité (PaCS) en su art. 515-1 como "un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común".

(2) Dechaux, J.-H., *Sociologie de la famille*, La Découverte, París, 2009.

(3) En España, por ejemplo, se reconoce efectos civiles a todo matrimonio religioso que cumpla con la normativa sobre su inscripción en el Registro y no exclusivamente al matrimonio canónico de la Iglesia Católica. A tal efecto, existen convenios entre el Estado y la Iglesia Católica, la Iglesia Evangélica, las Comunidades Israelitas y las Comunidades Islámicas en España (a este último efecto, es preciso aclarar que no se permite la bigamia).

(4) Millard, E., "Débats autour de la personnalisation juridique", en Chauviere, M.; Saussier, M.; Bouquet, B.; Allard, R. y Ribes, B., *Les implicites de la politique familiale*, Dunod, París, 2000, ps. 11/18.

(5) Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lloveras, N., *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 29.

(6) Lloveras, N., "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en Lloveras, N. (dir.), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Alveroni, Buenos Aires, 2010, p. 23.

(7) Belluscio, A. C., *Derecho de familia*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016.

(8) Savatier, R., *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, París, 1945.

(9) Art. 8º: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia...".

(10) Art. 7º: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".

(11) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

(12) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

(13) Sales i Jordi, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona, 2015.

(14) Carbonnier, J., "A cada uno su familia y a cada uno su derecho", en *Ensayo sobre las leyes*, trad. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988.

(15) Arriagada, I., "La diversidad familiar y desigualdad de las familias latinoamericanas", artículo online: www.ucaldas.edu.co/docs/seminario_familia/PONENCIA_IRMA_ARRIAGADA.pdf.

(16) De Singly, F., *Le Soi, le couple et la famille*, Éditions Nathan, París, 1996.

(17) Levy-Strauss, C. (1949), *Las estructuras elementales del parentesco*, Planeta, Buenos

Aires, 1981.

- (18) Hua, Cai, Une société sans père ni mari: les Nas de Chine, PUF, Paris, 1997.
- (19) Evans-Pritchard, E., Witchcraft, Oracles and Magic Among the Azande, Oxford University Press, 1937.
- (20) Rivière, C., Introduction à l'anthropologie, Hachette, Paris, 2005.
- (21) Flandrin, J.-L., Le sexe et l'Occident, Editions du Seuil, Paris, 1981.
- (22) Halpérin, J.-L., "Le droit privé de la Révolution: héritage législatif et héritage idéologique", Annales Historiques de la Révolution Française, 328, avril-juin 2002, La Révolution et le droit, ps. 135/151.
- (23) Burguière, A., "La Révolution et la famille", Annales. Economie, Société, Civilisations, 1991, vol. 46, nro. 1, ps.151/168.
- (24) Leyes del año II relativas a los hijos naturales (2 de noviembre de 1793) y sobre las sucesiones del 6 de enero de 1794.
- (25) Archives Parlementaires, t. XXVI, Paris, 1887, ps. 166/167.
- (26) Archives Parlementaires, t. XLIX, Paris, 1896, p. 610.
- (27) Mientras que para los revolucionarios el matrimonio era considerado un contrato entre partes libres, para Napoleón será el vector de la solidaridad social y una cuestión de Estado.
- (28) Rousseau, J.-J., Du contrat social, cap. 1:2, 1762.
- (29) Ver Monoz-Dardé, V., "Inégalités: doit-on alors abolir la famille?", Comprendre, nro. 2 (PUF, 2001).
- (30) Engels, F., El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, 1884.
- (31) Parsons, T., The Structure of Social Action, The Free Press, New York, 1937.
- (32) Roussel, L., La famille incertaine, Odile Jacob, Paris, 1989.
- (33) Bourdieu, P., "Des familles sans nom", Actes de la Recherche en Sciences Sociales, 1996, vol. 113, nro. 1, ps. 3/5.
- (34) Lénor, R., Généalogie de la morale familiale, Seuil, Paris, 2003.
- (35) Burguière, A., "La famille sous l'éclairage de l'histoire", Figures de la Psychanalyse, 2/2015, nro. 30.
- (36) Lévi-Strauss, C. (1958), Antropología estructural, Eudeba, Buenos Aires, 1968.
- (37) La noción de orden público de protección es introducida en la doctrina francesa por Georges Ripert bajo el término "ordre publique économique" en 1934 para distinguirlo del orden público tradicional (de dirección) del art. 6º del Código Civil.
- (38) Malaurie, Ph. y Fulchiron, Hughes, Droit de la famille, LGDJ, Paris, 2001.
- (39) Labbé, X., Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?, Presses Universitaires du Septentrion, Paris, 1996.
- (40) Cass. Civ., 3/1/1980.

(41) Rude-Antoine, E., "La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée", *Journal des Anthropologues*, 71/1997.

(42) www.internacional.elpais.com/internacional/2015/10/23/actualidad/1445616774_444728.html.

(43) Loi 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille modifiée par la loi 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille rendue effective par le décret 2004-1159 du 29 octobre 2004 portant application et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et par la Circulaire de présentation CIV/18/04.

(44) Meilhac-Perri, Marion, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, thèse Université de Bourgogne, 2014.

(45) Conseil d'Etat, *Sciences de la vie: de l'éthique au droit*, La Documentation Française, Paris, 1988.

(46) La inseminación con donante anónimo puede hacerse únicamente con hombres de menos de 45 años y mujeres que no hayan alcanzado los 37 para alimentar la ilusión de la pareja en edad de procrear.

(47) Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E., "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado*, año 1, nro. 1, Buenos Aires, ps. 3 y ss.

(48) Elias, N., *La sociedad de los individuos*, Península, Barcelona, 1990.

(49) Iacub, M., *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, Paris, 2009.

(50) Ass. Plen. Cour Cass. 31/5/1991, RTDciv. 1991, 517, obs. D. Huet-Weiller.

(51) Cass. Civil 1er, 13/9/2013, *Dalloz* 2013 actu, 17-092013.

(52) TEDH, "Mennesson y Labassée v. Francia", 26/6/2014.

(53) SLY, K. M., "Baby-Sitting Consideration: Surrogate Mother's Right to Rent Her Womb for a fee", *Gonzaga Law Rev.* 1982-1983;18[3]:539-65.

(54) Guillarme, B., "La liberté de procréer doit être une liberté fondamentale", www.sautezdanslesflaques.wordpress.com/2014/10/06/la-liberte-de-procreer-doit-etre-une-liberte-fondamentale/.

(55) La Corte Suprema de California, en el caso "Johnson v. Calvet" (20/5/1993) ha considerado que el dinero pagado por una gestación por sustitución es la contrapartida de la prestación de un servicio.

(56) RAE, V. S., *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?*, CT Greenwood Publishing, Wesport, note nro. 25, 1994.

(57) Por primera vez la gestación deja de ser gratuita para convertirse en un servicio remunerado. Desde una perspectiva feminista, la GPS constituye, en ese sentido, el último de los escalones de la igualdad.

(58) CE, 31/5/2016, Mme C. A.

(59) Iacub, M., "Naître sous X", *Savoirs et Clinique*, 1/2004 (nro. 4), ps. 41/57, www.cairn.info/revue-savoirs-et-cliniques-2004-1-page-41.htm.

(60) El organismo que se ocupa de ello es el Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CONAOP).

(61) Decreto 2003-116, por el que se crea el diploma de mediador familiar.

(62) Giddens, A., *The Transformation of Intimacy, Love and Eroticism in Modern Societies*, Polity Press, Cambridge, 1992.

(63) Rawls, J., *Teoría de la justicia*, p. 96.