



HAL
open science

La lucha contra las discriminaciones ligadas al sexo de los individuos, a su orientación sexual o a su identidad de género en el derecho francés

Philippe Guez

► **To cite this version:**

Philippe Guez. La lucha contra las discriminaciones ligadas al sexo de los individuos, a su orientación sexual o a su identidad de género en el derecho francés. Basset, Ursula C; Fulchiron, Hugues; Bidaud-Garon, Christine; Lafferrière, Jorge N. Tratado de la vulnerabilidad, La Ley Thomson Reuters, 2017, 978-987-0-33401-9. hal-03634535

HAL Id: hal-03634535

<https://hal.science/hal-03634535v1>

Submitted on 7 Apr 2022

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

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

4.2 VULNERABILIDAD Y GÉNERO

LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES LIGADAS AL SEXO DE LOS INDIVIDUOS, A SU ORIENTACIÓN SEXUAL O A SU IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO FRANCÉS

Philippe Guez

1. Captado por el derecho, el concepto de género y de desigualdad de género⁽¹⁾ permite acceder a una mejor comprensión de las situaciones de vulnerabilidad en las cuales se encuentran ciertas personas en razón de su sexo, de sus prácticas sexuales o de su sentimiento de identidad respecto de su sexo de nacimiento. Este concepto permite captar los “roles sociales de los sexos”, es decir, “la manera en que un contexto social, político y cultural particular moldea el sexo biológico”⁽²⁾ y, por lo tanto, dar luz a ciertos fenómenos tales como las desigualdades salariales, de las cuales son principalmente víctimas las mujeres, el rechazo para una pareja de mujeres (o para una mujer sola) de acceder a la ayuda médica para la procreación o las dificultades encontradas por las personas trans para modificar su estado civil⁽³⁾. En el plano jurídico, el terreno ideal para medir el modo en que el derecho pretende combatir o, a la inversa, legitimar las desigualdades de género es el de la lucha contra las discriminaciones⁽⁴⁾. En efecto, la mayor parte de los textos que prohíben las

(1) Para una vista de conjunto reciente de los estudios de género, v. RENNES, J. (dir.), *Encyclopédie critique du genre*, La Découverte, 2016.

(2) CATTO, M.-X. - GATÉ, J. - GIRARD, Ch. HENNETTE-VAUCHER, S. - VERGEL-TOVAR, C., “Questions d'épistémologie: les études de genre en terrain juridique”, en HENNETTE-VAUCHER, S. - MÖSCHEL, M. - ROMAN, D. (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, col. À Droit Ouvert, Dalloz, 2013, p. 3, en especial p. 17 (obra publicada bajo la égida del programa de investigación REGINE: “Investigaciones y Estudios sobre el Género y las Desigualdades en las Normas en Europa”, v. <http://regine.u-paris10.fr>).

(3) *Ibid.*

(4) Informe FONDIMARE, E., “Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination”, *La RevDH*, 5/2014. Además, debemos precisar que el análisis del derecho en función del concepto de género se limita a la lucha contra las discriminaciones *stricto sensu*. Pensamos, por ejemplo, en el modo en que el derecho aprehende las violencias psicológicas, físicas o sexuales de las cuales son principalmente víctimas las mujeres en el espacio público (sobre las cuales, v. LIEBER, M., *Genre, vio-*

discriminaciones toman en cuenta la noción de género por medio de la utilización de criterios tales como el sexo, la orientación sexual o la identidad de género. Antes de llevar a cabo el análisis, conviene precisar la noción de discriminación en el derecho.

2. En sentido jurídico, el término discriminación presenta una connotación peyorativa. Según Danièle Lochak, se caracteriza por “la distinción o la diferencia de tratamiento ilegítima: ilegítima por arbitraria, y prohibida porque es ilegítima”⁽⁵⁾. Existen diferentes concepciones de la consideración de las discriminaciones por el derecho. Ésta puede operar de manera amplia o restrictiva. En sentido amplio, la discriminación remite a toda vulneración ilegítima al principio de igualdad, del cual constituye el corolario. Este enfoque es reconocido por el Consejo Constitucional, el Consejo de Estado y también la Corte Europea de Derechos Humanos⁽⁶⁾. En sentido restringido, la discriminación designa las diferencias de tratamiento a las que están sometidas categorías de personas consideradas como particularmente vulnerables en razón de los rasgos distintivos que las caracterizan (sexo, raza u origen étnico, discapacidad, orientación sexual...). Esta concepción es recogida por el derecho francés en el derecho penal y en el derecho del trabajo, y también por el derecho de la Unión Europea⁽⁷⁾.

3. Habiendo precisado esto, conviene observar que el derecho francés de la no discriminación es relativamente reciente⁽⁸⁾. Emergió progresivamente bajo la influencia del derecho internacional de protección de los derechos humanos y, sobre todo, del derecho de la Unión Europea⁽⁹⁾. Su evolución choca con resistencias que constituyen también frenos a su

lences et espaces publics. La vulnérabilité des femmes en question, Presses de Sciences Po, Paris, 2008) o lucha contra la homofobia, etc.

(5) LOCHAK, D., “Réflexions sur la notion de discrimination”, *Dr. Soc.* 1987, p. 778.

(6) LOCHAK, D., “La notion de discrimination”, *Confluences Méditerranée*, nro. 48, inviernos 2003-2004, p. 13, en especial p. 16.

(7) *Ibid.*

(8) La literatura es particularmente abundante en la materia. Para un enfoque global y reciente de la lucha contra las discriminaciones en el derecho, v. nota de DUMORTIER, Th. - GRÜNDLER, T. - THOUVENIN, J.-M. (dir.), “Les freins à la lutte contre les discriminations”, en *La Revue des droits de l’homme* 9/2016 (<http://revdh.revues.org>); BERENI, L. - CHAPPE, V.-A. - LACALMONTIE, S. (dir.), “Discrimination et droit”, en *Politix*, 2011/2, nro. 94. En derecho social, v. MINÉ, M., *Droit des discriminations dans l’emploi et le travail*, col. Paradigme, Larcier, 2016; BORENFREUND, G. y VACARIE, I. (dir.), *Le droit social, l’égalité et les discriminations*, col. Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2013.

(9) Sobre esta evolución, v. nota de LANQUETIN, M.-Th., voz Discriminación, en *Rep. de Droit du Travail*, Dalloz, 2010.

eficacia⁽¹⁰⁾. En un plano conceptual, el principal obstáculo para la lucha contra las discriminaciones proviene del hecho de que la tradición jurídica francesa sigue atada desde la Revolución Francesa a una concepción formal y universalista del principio de igualdad⁽¹¹⁾, la cual se opone a veces a la promoción de la diversidad, así como a una consideración de las representaciones estereotipadas⁽¹²⁾. El juez, constitucional⁽¹³⁾ y judicial, todavía está marcado por este enfoque tradicional y puede manifestar reticencia “a asumir la complejidad del análisis de situaciones eventualmente discriminatorias”⁽¹⁴⁾.

4. El derecho francés de la lucha contra las discriminaciones se caracteriza por una multitud de regímenes aparecidos en momentos distintos. Es en el derecho penal y más particularmente con la ley del 1 de julio de 1972, relativa a la lucha contra el racismo, que aparecieron las primeras medidas que apuntan a sancionar ciertos comportamientos discriminatorios. Luego, las reglas penales fueron completadas, la represión fue ampliada y una definición de la discriminación figura en el Código Penal desde la nueva codificación de 1992⁽¹⁵⁾. En el derecho social, una ley del 4 de agosto de 1982 introdujo en el Código de Trabajo una lista de los actos prohibidos y criterios ilícitos (arts. L. 1132-1 y ss. del Código de Trabajo, antiguamente L. 122-45), que fue modificada en varias oportunidades por el legislador. En paralelo, el principio de no discriminación penetró en el derecho de la función pública desde una ley del 13 de julio de 1983⁽¹⁶⁾. A esto se agrega la ley del 27 de mayo de 2008⁽¹⁷⁾, que traspone directivas europeas relativas a la igualdad de trato, que recoge un enfo-

(10) DUMORTIER, Th. - GRÜNDLER, T. - THOUVENIN, J.-M. (dir.), *Les freins à la lutte contre les discriminations*, cit.

(11) Cf. CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l’ordre juridique français”, *La RevDH*, 9/2016.

(12) GROSBON, S., “Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française”, *La RevDH*, 9/2016.

(13) Cf. RRAPI, P., “Le ‘contrôle abstrait’ de constitutionnalité comme obstacle à l’identification des discriminations”, *La RevDH*, 9/2016.

(14) DUMORTIER, Th. - GRÜNDLER, T. - THOUVENIN, J.-M., “Introduction”, *La RevDH*, 9/2016, en especial nro. 6.

(15) V. nota de DANTI-JUAN, M., voz Discriminación, en *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2014.

(16) Ley 83-634 del 13/07/1983, sobre derechos y obligaciones de los funcionarios, *JORF*, 4/7/1983, p. 217.

(17) Ley 2008-496 del 27/05/2008, sobre diversas disposiciones de adaptación al derecho comunitario en el ámbito de la lucha contra las discriminaciones, *JORF*, nro. 0123, 28/05/2008, p. 8801. O. Gabriel-Calixte, “La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d’adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations”, *LPA*, 7/1/2009, nro. 5, p. 3.

que más global. Evidentemente, esta multitud de regímenes es fuente de incoherencia y de complejidad⁽¹⁸⁾. Convierte al derecho francés en poco comprensible y más aún cuando, según el ámbito en cuestión, pueden aparecer diferencias notables en materia de motivos de discriminación, de prueba y de sanción.

5. A pesar de su complejidad y de su diversidad, el derecho francés combate las discriminaciones fundadas en el sexo, la orientación sexual o la identidad de género. Existe un principio de no discriminación fundado en estos criterios (1). Tal prohibición no tiene nada de absoluto. Independientemente de las insuficiencias y de los límites de los regímenes de lucha contra las discriminaciones, el análisis de ciertas reglas jurídicas permite pensar que en el derecho persisten situaciones desiguales que podríamos considerar, según el punto de vista adoptado, como discriminatorias (2). Dicho de otro modo, si bien el derecho lucha contra las discriminaciones fundadas en el sexo, la orientación sexual o la identidad de género, también puede contribuir a mantenerlas en ciertos ámbitos.

I. UN PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

6. Para poder ser calificada de discriminación, hace falta en primer lugar que una distinción se base en un motivo ilícito. Esta primera etapa es fácilmente superable, ya que los criterios fundados en el sexo, la orientación sexual o la identidad de género están prohibidos por el derecho francés de la no discriminación (a). Hace falta, luego, que esta distinción fundada en un criterio prohibido sea considerada como ilegítima por la regla de la no discriminación; dicho de otro modo, que entre en su campo de aplicación (b). Queda entonces, para la víctima, concretar la prohibición de la discriminación de la cual es objeto (c).

a) La prohibición de las discriminaciones fundadas en el sexo, la orientación sexual o la identidad de género

7. El hecho de prohibir una distinción fundada en un criterio en particular es significativo de las concepciones que el legislador pretende hacer prevalecer en materia de lucha contra las discriminaciones. Nos informa acerca de los valores que una sociedad pretende proteger, los cuales evolucionan a lo largo del tiempo. Muy a menudo, la afirmación del carácter ilegítimo de una distinción en derecho es el fruto de un pro-

(18) Cf. SLAMA, S., "La disparité des régimes de lutte contre les discriminations: un frein à leur efficacité?", *La RevDH*, 9/2016.

ceso cuyas causas son múltiples (luchas políticas, reivindicaciones militantes, coacciones internacionales y europeas...)⁽¹⁹⁾.

8. Así, el reconocimiento de la igualdad entre los hombres y las mujeres tomó tiempo en afirmarse. El derecho fue, durante mucho tiempo, el principal instrumento que permitió institucionalizar la dominación masculina, en particular en el marco del matrimonio. Tuvimos que esperar hasta 1945 para que las mujeres tuvieran el derecho a votar y hasta 1946 para que el Preámbulo de la Constitución francesa proclamara que “la ley garantiza a la mujer derechos iguales a los del hombre en todos los ámbitos”. Luego, la igualdad de los sexos se afirmó poco a poco en las diferentes ramas del derecho. En paralelo emergió un principio de no discriminación fundado en el sexo⁽²⁰⁾, que primero se manifestó en ciertos instrumentos internacionales y europeos⁽²¹⁾. El derecho interno francés oficializó el sexo como criterio de discriminación a partir de 1975⁽²²⁾ en el Código Penal, en 1982 en el Código del Trabajo y en 1983 en el derecho de la función pública. Este criterio figura en todos los regímenes de lucha contra las discriminaciones del derecho francés. Es regularmente reafirmado y reforzado por el legislador⁽²³⁾, prueba, si la hay, de la inmensa dificultad de realizar en la práctica la igualdad de los derechos entre los sexos.

Notamos que, en sí mismo, tal principio es neutro, ya que concierne tanto a los hombres como a las mujeres, aunque, en la práctica, son sobre todo las mujeres las que son víctimas de las discriminaciones sexistas. Observemos, no obstante, que al lado del sexo, el derecho prohíbe una distinción que concierne específicamente a las mujeres, al sancionar las discriminaciones fundadas en el embarazo. Este criterio, más preciso, permite combatir las diferencias de situación entre un hombre y una mujer, pero también entre dos mujeres cuando una de ellas no está embarazada.

(19) Cf. RENNES, J., “Illégitimer des distinctions en droit. Stratégies politiques et enjeux épistémologiques”, *Politix*, 2011, nro. 94, p. 35.

(20) MILEWSKI, Fr. y PÉRIVIER, H. (dir.), “Les discriminations entre les femmes et les hommes”, *Revue de l'OFCE*, 2010/3, nro. 114.

(21) Sobre esta evolución, v. JUNTER, A. y RESSOT, C., “La discrimination sexiste: les regards du droit”, *Revue de l'OFCE*, 2010/3, nro. 114, p. 65.

(22) Ley 75-625 del 11/7/1975, *JORF* 13/7/1985, p. 7226.

(23) V. últimamente la ley 2014-873 del 4/8/2014 para la igualdad real entre los hombres y las mujeres (*JORF* nro. 0179, 5/8/2014, p. 12949), que adopta un enfoque integral al intervenir en los ámbitos más variados (V. REGINE, “Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes nro. 2014-873 du 4 août 2014”, *D.*, 2014, p. 1895).

9. Traspasando la lucha de las discriminaciones fundadas en el sexo, el derecho interno tuvo en cuenta las discriminaciones que golpeaban particularmente a los homosexuales⁽²⁴⁾. Mientras la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se mostraba sensible a la suerte de la persona homosexual⁽²⁵⁾, la noción de “costumbres” devino en un motivo prohibido de discriminación en el Código Penal⁽²⁶⁾, y luego en el Código del Trabajo⁽²⁷⁾. Evidentemente, esta noción apunta, ante todo, pero no exclusivamente, a la homosexualidad. Luego, sin que este criterio haya sido suprimido, un nuevo criterio, la “orientación sexual”, que apareció inicialmente en el derecho de la Unión Europea con el Tratado de Ámsterdam en 1997, fue añadido en 2001 a la lista de los casos de discriminación prohibidos⁽²⁸⁾. Esta noción, que duplica a la de “costumbres”, no está definida en la ley⁽²⁹⁾. Si bien parece apuntar uniformemente a la heterosexualidad, la homosexualidad y la bisexualidad⁽³⁰⁾, la orientación sexual parece haber sido concebida para luchar contra las discriminaciones que golpean a los homosexuales⁽³¹⁾.

(24) BORRILLO, D. - FROMOND, Th., *Homosexualité et discrimination en droit privé*, col. Études et Recherches, La Documentation Française, 2007; CABALLERO, F., *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, nros. 367 y ss.

(25) V. en particular CEDH, 21/12/1999, “Salguiero da Silva Mouta c. Portugal”, *JCPG*, 2000, I, nro. 203, chron. Fr. Sudre; *Dr. Fam.*, 2000, com. 45, obs. A. Gouttenoire-Cornut; *RTD Civ.*, 2000, p. 433, obs. J.-P. Marguénaud.

(26) Ley 85-772 del 25/07/1985, sobre diversas disposiciones de orden social, *JORF*, nro. 172, 26/7/1985, p. 8471.

(27) Ley 90-602 del 12/07/1990, relativa a la protección de las personas contra las discriminaciones en razón de su estado de salud o de su discapacidad, *JORF*, nro. 161, 13/07/1990, p. 8272.

(28) Ley 2001-1066 del 16/11/2001, relativa a la lucha contra las discriminaciones, *JORF*, nro. 267, 17/11/2001, p. 18311.

(29) Según los principios de Yogyakarta (del nombre de la ciudad indonesia donde se reunió en noviembre de 2006 un grupo de expertos que adoptó los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en materia de orientación sexual y de identidad de género”, www.yogyakartaprinciples.org), la orientación sexual puede ser definida como “la capacidad de cada uno de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual hacia individuos del sexo opuesto, del mismo sexo o de más de un sexo, y de mantener relaciones íntimas y sexuales con estos individuos” (p. 6, nota nro. 2). Sobre la pertinencia y las ambigüedades de una definición jurídica de la orientación sexual, v. BORRILLO, D. - Fromond, Th., cit., p. 17.

(30) Incluso otras orientaciones sexuales menos conocidas (asexualidad, gris-sexuales, semi-sexuales...), cf. MICHESLON, N., “Identités sexuelles: qu'est-ce qu'être pansexuel, skoliosexuel... et autres orientations méconnues”, *Le Huffington Post*, 26/10/2015.

(31) CABALLERO, F., cit., nro. 374.

10. Utilizada por varios textos internacionales⁽³²⁾, la noción de identidad de género puede definirse como “la experiencia íntima y personal profunda que cada persona tiene de su género, ya sea que corresponda o no a su sexo de nacimiento, incluyendo la conciencia personal del cuerpo y las diferentes formas de expresión del género como la vestimenta, el discurso y las maneras”⁽³³⁾. Se encuentran principalmente concernidas las personas transexuales e intersexuadas. Más reciente, la consideración de esta noción por el derecho francés de la lucha contra las discriminaciones se dio por etapas. En un primer momento, una ley del 6 de agosto de 2012 reconoció la “identidad sexual” como motivo de no discriminación⁽³⁴⁾. Este criterio se inspiraba en la noción de “identidad de género” que el legislador no había querido recoger. En efecto, durante los debates que precedieron el voto de esta ley, la oposición parlamentaria se había pronunciado contra la introducción de esta noción en el derecho francés, viendo en ella una referencia a la “teoría del género”, sujeta a polémica⁽³⁵⁾. Con el fin de no retrasar la adopción de la ley, el legislador prefirió recoger la expresión “identidad sexual”. Luego, la ley del 18 de noviembre de 2016, de modernización de la justicia del siglo XXI⁽³⁶⁾, sustituyó la noción de “identidad sexual” por la de “identidad de género” en el seno de los motivos de discriminación prohibidos por la ley del 27 de mayo de 2008. A continuación, este movimiento siguió en el derecho penal⁽³⁷⁾ y en el derecho del trabajo⁽³⁸⁾.

11. El sexo, la orientación sexual o la identidad de género no son los únicos motivos de discriminación que pueden atarse a la noción de género. Podríamos agregar otros criterios entre los recogidos por el Código Penal y el Código del Trabajo, como el embarazo, la apariencia física o

(32) V., p. ej., los “Principios de Yogyakarta”, citados, el Informe Hammarberg (comisario de los derechos humanos, *Derechos humanos e identidad de género*, Consejo de Europa, 2009, www.commissioner.coe.int); Comisión Internacional de Juristas, *Orientación sexual, identidad de género y derecho internacional de los derechos humanos*, Guía práctica nro. 4, 2009, www.icj.org.

(33) Comisario de los derechos humanos, cit., p. 6, retomando la definición aceptada por los “Principios de Yogyakarta”.

(34) Ley 2012-954 del 06/08/2012, relativa al hostigamiento sexual, *JORF*, nro. 0182, 07/08/2012, p. 12921, art. 4°.

(35) FONDIMARE, E., “Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination”, cit., especialmente nros. 1 y 12.

(36) Ley 2016-1547 del 18/11/2016, de modernización de la justicia del siglo XXI, *JORF*, nro. 0269, del 19/11/2016.

(37) Ley 2017-86 del 27/01/2017, relativa a la igualdad y a la ciudadanía, *JORF*, nro. 0024, del 28/01/2017.

(38) Ley 2017-256 del 28/02/2017, de programación relativa a la igualdad real en ultramar y sobre otras disposiciones en materia social y económica, *JORF*, nro. 0051, del 01/03/2017.

las características genéticas. Estos motivos no fueron retomados por el art. 1º de la ley del 27 de mayo de 2008, aplicable a las discriminaciones fuera del derecho del trabajo, compuesta solamente de una decena, mientras que el derecho penal y el del trabajo retienen más de una veintena. Lo mínimo que podemos decir es que la ausencia de una disposición única que junte todos los motivos prohibidos no mejora la comprensión del derecho francés de lucha contra las discriminaciones⁽³⁹⁾. A ello se agrega el hecho de que las listas de criterios de discriminación recogidos en derecho del trabajo, en derecho penal y en la ley del 27 de mayo de 2008 son limitativas, lo que perjudica la coherencia del derecho de la no discriminación⁽⁴⁰⁾.

Podemos también destacar que la ley del 27 de mayo de 2008 incluye en la noción de discriminación las acciones de hostigamiento con connotación sexual o de hostigamiento ligado a otro motivo prohibido. Es perfectamente concebible que el hostigamiento sexual constituye siempre una discriminación fundada en el sexo “en la medida en que apunta a un comportamiento centrado en el sexo de la persona; poco importa que se trate de una persona del mismo sexo o del sexo opuesto”⁽⁴¹⁾. El sexismo⁽⁴²⁾ o la homofobia deberían también poder ser vinculados a este

(39) SLAMA, S., “La disparité des régimes de lutte contre les discriminations: un frein à leur efficacité?”, cit., nro. 57 y ss.

Para hacerlo, el método correcto consistiría en incorporar en la ley del 27/05/2008 el conjunto de los motivos de no discriminación que figuran en el Código Penal y el Código del Trabajo (cit., nro. 63). Éste no fue el procedimiento seguido por el legislador en el derecho del trabajo, que recientemente intervino en tres oportunidades. En un primer momento, la ley 2016-1547 del 18/11/2016 suprimió la lista de los criterios ilícitos que figuraban en el art. L. 1132-1 del Código del Trabajo, remitiendo a la vez a aquellos que figuraban en la ley del 27/05/2008. Luego, la ley 2017-86 del 27/01/2017 retrocedió, pero fue censurada sobre este punto por el Consejo Constitucional en razón del carácter ininteligible de la disposición que restablecía la lista de los motivos prohibidos (Cons. Const., 26/01/2017, 2016-745 DC). Hubo que esperar a la ley 2017-256 del 28/02/2017 para que el art. L. 1132-1 del Código del Trabajo enumerara nuevamente los criterios de discriminación prohibidos (sobre este vaivén legislativo, v. CALVÈS, G., “Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire”, *D.* 2017, p. 653).

(40) Como se formuló acertadamente, una lista no limitativa, que retomara por ejemplo la formulación del art. 14 de la CESDH (“en particular...”) permitiría “hacer cesar la inflación permanente de motivos de no discriminación según los motivos de moda y la eficacia de la movida ante los parlamentarios de ciertos *lobbies* y asociaciones” (SLAMA, S., cit., en especial nro. 68).

(41) LANQUETIN, M.-T., cit., nro. 83, citando a MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006.

(42) En este sentido, v. HCE/fh (Alto Consejo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres), *Informe relativo a la lucha contra los estereotipos*, 20/10/2014, en especial p. 49.

tipo de hostigamiento. Desde la ley del 6 de agosto de 2012, el Código Penal comprende el hostigamiento sexual como una forma de discriminación (art. 225-1-1). Pero éste no es el caso del Código del Trabajo, que contempla el hostigamiento de manera autónoma (arts. L. 1153-1 a L. 1153-6). Lo mismo sucede con las acciones sexistas que la legislación del trabajo no considera como un tipo de discriminación⁽⁴³⁾. Hay aquí una ilustración suplementaria de la falta de legibilidad del derecho francés de la lucha contra las discriminaciones⁽⁴⁴⁾.

12. Con el fin de luchar eficazmente contra ciertas formas de discriminación menos visibles o menos insidiosas, los criterios de sexo, orientación sexual e identidad de género deberían tomar en cuenta los estereotipos que asignan a los hombres y las mujeres roles diferentes⁽⁴⁵⁾. El caso “Price Waterhouse vs. Hopkins” de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1989 es una perfecta ilustración de ello⁽⁴⁶⁾. En el caso, Ann Hopkins no había sido promovida al puesto de socia que codiciaba en la asesoría Price Waterhouse, no porque fuera una mujer, sino porque su comportamiento no correspondía al modelo de conducta femenina que su empleador quería promover. Para argumentar a favor de la empleada, la Corte no podía fundarse en una búsqueda clásica de discriminación fundada en el sexo, que, en el caso, no se había caracterizado. Tuvo que incorporar el concepto de género en su razonamiento y tener en cuenta los estereotipos sexistas que pudieron motivar a los socios que rechazaron la promoción de Ann Hopkins. Como vemos, “el interés de una consideración del género y de los estereotipos más allá del sexo es permitir comprender que la discriminación fundada en el sexo no se limita a una característica física, sino que apunta a presunciones sobre el comportamiento de las mujeres y los hombres, su rol y su apariencia”⁽⁴⁷⁾. Un razonamiento análogo puede ser adoptado a favor

(43) V. LEBORGNE-INGELAERE, “Discrimination, harcèlement et agissement sexiste à la lumière de la loi du 8 août 2016”, *JCPS*, 2016, 1328; G. Loiseau, “Les agissements sexistes”, *D.*, 2016, p. 2299.

(44) SLAMA, S., “La disparité des régimes de lutte contre les discriminations: un frein à leur efficacité?”, cit.

(45) Sobre éstas, v. nota de ROMAN, D., “Les stéréotypes de genre: ‘vieilles lunes’ ou nouvelles perspectives pour le droit?”, en HENNETTE-VAUCHER, S. - MÖSCHEL, M. - ROMAN, D. (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, cit., p. 93; SUK, J., “Les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes?”, *ibid.*, p. 205; FONDIMARE, E., “Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination”, cit, en especial nros. 20 y ss.

(46) 490 US 228 (1989). Sobre este caso, v. MERCAT-BRUN, M., “Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis: une notion juridique sous tension”, *Travail, genre et société*, 2012/2, nro. 28, p. 63, en especial, ps. 77 y ss.

(47) MERCAT-BRUN, M., cit., p. 81.

de los homosexuales y transexuales, que no serían conformes al modelo de un comportamiento masculino o que serían juzgados como “muy femeninos”⁽⁴⁸⁾.

El procedimiento consistente en referirse a estereotipos de género también fue seguido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Konstantin Markin c. Rusia”⁽⁴⁹⁾. En este caso, a un militar ruso que había obtenido la guarda de sus tres hijos se le rechazó una licencia parental de tres años. Según las autoridades militares, solamente podía otorgársele una licencia de tres meses, con el motivo de que la de tres años estaba reservada *únicamente* a las mujeres militares. La Gran Sala confirmó la condena de Rusia por discriminación en el goce del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 14, combinado con el art. 8º de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos). Según la Corte, “los estereotipos ligados al sexo —tal la idea de que son más bien las mujeres las que se ocupan de los niños y más bien los hombres los que trabajan para ganar dinero— no pueden en sí pasar a constituir una justificación suficiente de la diferencia de tratamiento en cuestión, así como tampoco los estereotipos del mismo orden fundados en la raza, el origen, el color o la orientación sexual”.

El derecho francés de la no discriminación no se refiere a la noción de estereotipo de género, aún si un cambio en este sentido parece tímidamente dibujarse. Un fallo de la Corte de Casación del 11 de enero de 2012 sostuvo así una discriminación fundada en “la apariencia física del asalariado referida a su sexo”, en un caso de despido del jefe de salón de un restaurant que rechazaba sacarse los aretes durante el servicio⁽⁵⁰⁾. Esperemos que tal procedimiento prospere, para así evitar que una acepción estricta de los criterios de sexo, orientación sexual o identidad de género sea obstáculo para el reconocimiento de ciertas formas de discriminación.

13. Por último, conviene observar que, en la práctica, varios motivos pueden originar la diferencia de tratamiento ilícita de la cual es víctima la persona discriminada. Si, por ejemplo, a una mujer de color en situación de precariedad se le rechaza un empleo, es posible que haya sido víctima a la vez de una discriminación fundada en la raza, en el sexo y en la particular vulnerabilidad resultante de su situación eco-

(48) MERCAT-BRUN, M., cit., p. 79.

(49) Corte EDH, Gran Sala, 22/03/2012, nro. 30078/06, carta del CREDOF *Actualités Droits-Libertés*, 27/03/2012, por N. Hervieu (<https://revdh.org>).

(50) Cas. Soc., 11/1/2012, nro. 10.28-213, *Bull. Civ.* V, nro. 12; *JCPG*, 2012, 281, nota de MERCAT-BRUNS, M.; *JCPS*, 2012, 1164, nota de BOSSU, B.; *Dr. Soc.*, 2012, p. 346, obs. LHERNOULD, J.-P.

nómica⁽⁵¹⁾, o bien en todos estos criterios acumulados. Debemos observar que muy a menudo son las mujeres las que son principalmente víctimas de discriminaciones multicriterio o intersectoriales. Sin embargo, éstas no son directamente tomadas en cuenta por el derecho interno⁽⁵²⁾. Dicho de otro modo, el hecho de que una discriminación pueda reposar sobre varios criterios no constituye una circunstancia agravante, mientras que la víctima se encuentra en una situación todavía más difícil. Sin dudas el juez puede recoger varios criterios de discriminación. Pero el derecho francés de la lucha contra las discriminaciones “se comprende por una enumeración de motivos prohibidos, concebidos como separados unos de otros”⁽⁵³⁾, lo que torna difícil la consideración de un enfoque intersectorial. Es por ello que los pleitos recibidos por los tribunales privilegian generalmente un motivo único de discriminación.

b) El ámbito de las discriminaciones

14. Antes de analizar los principales ámbitos de la lucha contra las discriminaciones en el derecho interno, conviene previamente precisar la noción de discriminación. Ya sea que esté fundada en el sexo, la orientación o la identidad sexual o en otro criterio, la definición de las discriminaciones es determinada por los diferentes regímenes jurídicos del derecho de la no discriminación. Estas definiciones fueron luego precisadas por la ley del 27 de mayo de 2008, que retomó las prescripciones de las directivas comunitarias relativas a la igualdad de trato. De un modo general, el derecho francés distingue entre las discriminaciones directas y las discriminaciones indirectas.

15. La discriminación directa es la situación en la cual, con el fundamento de un motivo prohibido precisado por la ley, una persona es

(51) Este criterio, que existe desde hace tiempo en el derecho internacional y en cierto número de derechos extranjeros, fue introducido muy recientemente en el derecho francés por la ley 2016-832 del 24/6/2016, que apunta a luchar contra la discriminación en razón de la precariedad social (*JORF*, 25/6/2016). Sobre esta cuestión, v. RODOPOULOS, I., “L’absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination reconnus par le droit français: un frein normatif à l’effectivité de la lutte contre les discriminations?”, *La RevDH*, 9/2016.

(52) Informe MÖSCHEL, M., “L’intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif à l’emploi en France”, en HENNETTE-VAUCHEZ, S. - PICHARD, M. - ROMAN, D., *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, p. 697.

(53) KOMBILA, H., “Les entraves à l’approche ‘intersectionnelle’ canadienne de la discrimination”, *La RevDH*, 9/2016, en especial nro. 8.

tratada de un modo menos favorable que lo es, fue o habrá sido otra en una situación comparable.

La discriminación indirecta es una disposición, un criterio o una práctica neutra en apariencia, pero susceptible de conllevar por un motivo prohibido una desventaja particular para unas personas respecto de otras personas. Heredada del derecho de la Unión Europea⁽⁵⁴⁾, esta noción apareció primero en el derecho del trabajo, donde fue ratificada por la ley del 16 de noviembre de 2001, y luego fue generalizada a todos los casos de discriminación, a excepción del derecho penal⁽⁵⁵⁾.

La noción de discriminación indirecta amplía considerablemente el campo de la discriminación. En efecto, muy a menudo, el autor de una discriminación no mostrará notoriamente el o los motivos que lo condujeron a discriminar a una persona respecto de otra. Del mismo modo, en los hechos puede constatarse una discriminación, aun sin que su propio autor haya querido establecer deliberadamente una diferencia de trato ilícita. La discriminación indirecta permitirá, a partir del resultado concreto de una disposición o de una práctica, sancionar su carácter discriminatorio. Tratándose más particularmente de las discriminaciones ligadas al género, la discriminación indirecta permite poner en evidencia “el carácter estructural de las desigualdades de género”⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, a pesar de la esperanza que puede suscitar, sigue siendo, por el momento, rara vez sancionada en el derecho interno.

16. Los principales ámbitos de la lucha contra las discriminaciones en el derecho interno son el derecho penal, el derecho social y el derecho público, en particular el derecho de la función pública. A esto conviene agregar la ley del 27 de mayo de 2008, no codificada, que adopta un enfoque más global. Otros textos dispersos prohíben las discriminaciones en sus campos de aplicación respectivos, como por ejemplo en materia locativa.

17. El Código Penal permite la condena del autor de la discriminación en dos series de hipótesis. En primer lugar, cuando la discrimina-

(54) Si bien el derecho de la Unión Europea está en el origen de la introducción de la noción de discriminación indirecta en el derecho francés, su origen es americano. Es una creación pretoriana de la Corte Suprema estadounidense en el fallo “Griggs c. Duke Power” de 1971 (401 US 424 (1971)). V. NIVARD, C. - MÖSCHEL, M., “Discriminations indirectes et statistiques: entre potentialités et résistance”, en HENNETTE-VAUCHER, S. - MÖSCHEL, M. - ROMAN, D. (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, col. À Droit Ouvert, Dalloz, 2013, p. 77, especialmente p. 78).

(55) LASSERRE CAPDEVILLE, J., *JCl. Pénal*, arts. 225-1 a 225-4, fasc. 20, Discriminación, 2011, en especial nro. 1.

(56) FONDIMARE, E., “La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe”, *La RevDH*, 9/2016, en especial nro. 4.

ción es cometida por una persona física o moral y consiste en rechazar proporcionar un bien o un servicio, en obstaculizar el ejercicio normal de una actividad económica, en rechazar contratar o aceptar un pedido de pasantía, en sancionar o despedir a una persona o en subordinar una oferta de empleo, una solicitud de pasantía o de formación a una condición discriminatoria (art. 225-2 del Código Penal). En segundo lugar, cuando la discriminación es cometida por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, y que consiste ya sea en rechazar el beneficio de un derecho otorgado por la ley⁽⁵⁷⁾, ya sea en obstaculizar el ejercicio normal de una actividad económica cualquiera (art. 432-7 del Código Penal). Tratándose más particularmente de las discriminaciones en razón del sexo, el Código del Trabajo consta de un cierto número de incriminaciones que, lejos de completar las del Código Penal, se superponen parcialmente con ellas⁽⁵⁸⁾, lo que limita considerablemente su interés⁽⁵⁹⁾. Agreguemos también que, con el fin de luchar contra las palabras discriminatorias, el derecho penal de prensa sanciona la publicación difamatoria o injuriosa en razón del sexo, la orientación sexual

(57) V. p. ej., CA Papeete, 01/09/2011, nro. 292-133, *JCPG*, 2011, nro. 1132, nota de P. GOURDON, ante la ampliación del matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo en el derecho francés. Este fallo confirma la condena a una pena de multa por discriminación pronunciada en primera instancia contra el alcalde de la comuna de Taputapuatea (isla de Raiatea, Polinesia Francesa), que había rechazado proceder al matrimonio de una pareja, de la cual la futura novia, nacida de sexo masculino, había obtenido la modificación de su estado civil a consecuencia de una conversión sexual completa. Desde la ley del 17/05/2013, un razonamiento similar se aplica al alcalde que rechaza celebrar un matrimonio homosexual (v. Trib. Correc. Marseille, 29/09/2015, nro. 15125000055, *AJDA*, 2015, p. 1775). Podemos destacar que los electos no se benefician de ninguna "cláusula de conciencia" para oponerse a la celebración de un matrimonio gay o lésbico, lo que fue juzgado como conforme a la Constitución (Cons. Const, 18/10/2013, nro. 2013-353 QPC, *Dr. Fam.*, 2013, com. 159, nota de J.-R. BINET).

(58) Cf. los arts. L. 1142-1 y L. 1142-2 del Código del Trabajo, que disponen que, salvo cuando la pertenencia a uno u otro sexo responde a una exigencia profesional esencial y determinante, nadie puede: 1) mencionar o hacer mencionar en una oferta de empleo el sexo o la situación familiar del candidato buscado; 2) rechazar contratar una persona, pronunciar un traslado, rescindir o rechazar renovar el contrato de trabajo de un asalariado en consideración del sexo, de la situación familiar o del embarazo sobre la base de criterios de elección diferentes según el sexo, la situación familiar o el embarazo; 3) tomar, en consideración del sexo o del embarazo, cualquier medida, en particular en materia de remuneración, de formación, de afectación, de calificación, de clasificación, de promoción profesional o de traslado.

(59) Cf. FORTIS, E., "Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008: entre incertitudes et impossibilités", *AJ Pénal*, 2008, p. 303.

o la identidad de género⁽⁶⁰⁾. Lo mismo sucede con la provocación a las discriminaciones prevista por el Código Penal⁽⁶¹⁾.

En ciertos casos, la aplicación del derecho penal será descartada y la diferencia de trato legitimada (art. 225-3 del Código Penal). Así sucede en el caso de discriminaciones fundadas en el sexo cuando tal motivo “constituye una exigencia profesional esencial y determinante, y siempre y cuando el objetivo sea legítimo y la exigencia proporcional”. Una solución idéntica es recogida en materia de acceso a los bienes y servicios “cuando esta discriminación está justificada por la protección de las víctimas de violencia con carácter sexual, de las consideraciones ligadas al respeto de la vida privada y de la decencia, la promoción de la igualdad de los sexos o de los intereses de los hombres o de las mujeres, la libertad de asociación o la organización de actividades deportivas”.

El pleito penal sigue siendo más bien marginal en materia de discriminación. El derecho penal cubre un campo más estrecho que el derecho del trabajo y parece menos interesante para la víctima en la medida en que la acción penal no se beneficia de las evoluciones del derecho de la no discriminación en materia civil, destinadas a facilitar su aplicación (discriminaciones indirectas, régimen probatorio reducido, v. *infra* nros. 21 y ss.). Además, el *quantum* de las penas sigue siendo bastante pequeño. Sin embargo, su función simbólica no debe ser desestimada. El derecho penal sigue siendo ineludible “ya que su primer sentido es

(60) Desde la ley 2004-1486 del 30/12/2004 (*JORF*, nro. 304, 31/12/2004, p. 22567), las difamaciones e injurias en razón del sexo y de la orientación sexual son incriminadas (estas incriminaciones tienen lugar en los arts. 32 y 33 de la ley del 29/07/1881). La ley 2012-954 del 06/08/2012 agregó a las personas a las que se apunta en razón de su identidad sexual, y este criterio fue reemplazado por el de la identidad de género por la ley 2017-87 del 27/01/2017.

Una de las primeras personas perseguidas por la aplicación de la nueva ley fue un diputado que había declarado, en particular, que “la homosexualidad es inferior a la heterosexualidad” y que “si la lleváramos a lo universal, sería peligroso para la humanidad”. Su condena por los primeros jueces (CA Douai, sala 6a, 25/01/2007, nro. 06/00803-C, *Comm. Com. Électr.*, 2007, com. 112, obs. A. LEPAGE; *Légipresse*, 2007, III, p. 137, obs. B. ADER; *JCPG*, 2007, I, nro. 210, § 6, chron. E. DREYER) fue censurada por la Corte de Casación, quien estimó que las palabras litigiosas no traspasaban los límites de la libertad de expresión (Cas. Crim., 12/11/2008, nro. 07-83.398, *Bull. Crim.* 2008, nro. 229; *JCPG*, 2008, II, nro. 10206, nota de E. DREYER; *D.*, 2009, p. 402, nota de J. PRADEL; *Comm. Com. Électr.*, 2009, com. 8, obs. A. LEPAGE; *Légipresse*, 2009, III, p. 12, nota de G. TILLEMENT; *Rev. Sc. Crim.*, 2009, p. 129, obs. J. FRANÇILLON). Podemos alegrarnos, sin embargo, al constatar que la Corte de Casación rechazó el recurso que cuestionaba la legitimidad de la incriminación con motivo de que vulneraba la libertad de expresión protegida por el art. 10 de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos.

(61) Art. 24, inc. 9º, de la ley del 29/07/1881.

expresar los valores que una sociedad se da a sí misma”⁽⁶²⁾, tal como el rechazo del sexismo.

18. Además de las sanciones penales, la lucha contra las discriminaciones puede dar lugar a sanciones civiles. Así, en materia de alquiler de vivienda, el art. 1º de la ley del 6 de julio de 1989 prohíbe toda discriminación en materia de acceso al alojamiento⁽⁶³⁾.

Pero es más particularmente en el derecho del trabajo que el régimen de la lucha contra las discriminaciones es el más elaborado. En materia de empleo privado, la nulidad del acto discriminatorio está prevista a título de sanción por la ley (art. L. 1132-4 del Código del Trabajo). En su origen, esta nulidad sólo concernía el despido o la sanción disciplinaria. Ahora son todos los aspectos de la relación de trabajo los que están concernidos. Ninguna decisión patronal escapa así a la nulidad si resulta de una discriminación (retraso de carrera, modificación de las condiciones de trabajo, falta de pago de un premio, rechazo de una promoción, etc.). Más delicado es el rechazo de contratación fundado en una discriminación. En la medida en que no hay ningún acto por anular, la sanción de la nulidad parece inadaptada. El empleador se expone esencialmente a una condena a daños e intereses por una pérdida de chance de contratación⁽⁶⁴⁾.

Agreguemos que, en ciertos casos muy excepcionales, el empleador podrá hacer uso de una diferencia de trato prohibida cuando responde “a una exigencia profesional esencial y determinante, y siempre y cuando el objetivo sea legítimo y la exigencia proporcional” (art. L. 1133-1 del Código del Trabajo). Tratándose más particularmente de las discriminaciones sexistas, el art. R. 1142-1 del Código del Trabajo consta de una lista de empleos para el ejercicio de los cuales la pertenencia a uno u otro sexo constituye la condición determinante (artistas llamados a interpretar un rol femenino o un rol masculino, *mannequins* encargados de presentar vestimenta y accesorios, modelos masculinos y femeninos).

19. En el seno del régimen de la lucha contra las discriminaciones previsto por el Código del Trabajo, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género sólo son algunos motivos prohibidos, entre otros. Al lado de este régimen, existen otras disposiciones particulares del mismo Código relativas a la igualdad profesional entre los hombres y las mujeres,

(62) LANQUETIN, M.-Th., voz Discriminación, cit., en especial nro. 11.

(63) En la práctica, las discriminaciones en el acceso al alojamiento son muy raras y sancionadas. V. MENDUIÑA GORDÓN, E., “Le principe de liberté contractuelle, un frein à l’effectivité du droit de la non-discrimination dans l’accès au logement privé?”, *La RevDH*, 9/2016.

(64) AUZERO, G. - DOCKÈS, E., *Droit du travail*, 30a ed., Dalloz, 2016, nro. 712.

que prohíben específicamente la consideración del sexo, de la situación familiar o de embarazo de una persona, y esto principalmente en materia de contratación, de remuneración y de promoción⁽⁶⁵⁾, salvo “cuando la pertenencia a uno u otro sexo responde a una exigencia profesional esencial y determinante, y siempre y cuando el objetivo sea legítimo y la exigencia proporcional” (art. 1142-2, inc. 1º, Código del Trabajo). Podríamos ver allí una redundancia con las disposiciones del Código del Trabajo especialmente dedicadas a la no discriminación (arts. L. 1132-1 y ss.). Esta redundancia se explica por el hecho de que, en el derecho francés, el principio de la igualdad de trato es distinto del principio de no discriminación⁽⁶⁶⁾. Así, en materia de remuneración, la Corte de Casación reconoció en 1996 el principio “a igual trabajo, igual salario”⁽⁶⁷⁾. Luego, a partir de diversos textos, la jurisprudencia “descubrió” la existencia de un principio de “igualdad de trato entre todos los asalariados de una misma empresa”⁽⁶⁸⁾, con un alcance más amplio, ya que concierne toda ventaja otorgada por el empleador.

En el plano conceptual, distinguir entre la igualdad de trato y la lucha contra las discriminaciones puede ser fuente de confusión. A este respecto, podemos observar que el derecho de la Unión Europea elaboró el principio de no discriminación esencialmente a partir de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres. Tal enfoque parece coherente en la medida en que si una ruptura de igualdad tiene por origen el sexo de la persona, hay efectivamente una diferencia de trato en la fuente que

(65) V. art. L. 1142-1 del Código del Trabajo, que dispone que nadie puede: 1) mencionar o hacer mencionar en un ofrecimiento de empleo el sexo o la situación familiar del candidato buscado. Esta prohibición es aplicable a toda forma de publicidad relativa a una contratación y sean cuales fueren los caracteres del contrato de trabajo considerado; 2) rechazar la contratación de una persona, pronunciar un traslado, rescindir o rechazar renovar el contrato de trabajo de un asalariado en consideración del sexo, de la situación familiar o del embarazo sobre la base de criterios de elección diferentes según el sexo, la situación familiar o el embarazo; 3) tomar en consideración del sexo o del embarazo cualquier medida, en particular en materia de remuneración, de formación, de afectación, de calificación, de clasificación, de promoción profesional o de traslado.

(66) Para un análisis de estas dos nociones, v. PORTA, J., “Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité”, en BORENFREUND, G. e VACCARIE, I., *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, cit., p. 9.

(67) Cas. Soc., 29/10/1996, nro. 92-43.680, *Bull. Civ. V*, nro. 359; *Dr. Soc.*, 1996, p. 1013, nota de A. LYON-CAEN; *Dr. Ouvrier*, 1997, p. 148, obs. P. MOUSSY; *D.*, 1999, somm. p. 159, obs. M.-Th. LANQUETIN. *Adde* Ph. WAQUET, “Retour sur l'arrêt *Ponsolle*”, *RDT*, 2008, p. 22.

(68) Cas. Soc., 30/1/2008, nro. 06-46.447, *JCPS*, 2009, nro. 1274, nota de J.-Fr. CÉSARO; Cas. Soc., 10/6/2008, nro. 06-46.000, *Bull. Civ. V*, nro. 130; *Dr. Soc.* 2008, p. 981, *chron Ch. RADÉ*; Cas. Soc., 1/7/2009, nro. 07-42.675, *Bull. Civ. V*, nro. 168; *Dr. Soc.*, 2009, p. 1002, obs. Ch. RADÉ.

se basa en un motivo ilícito; dicho de otro modo, una discriminación. Otro enfoque es también posible si partimos de la idea de que el principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad, el cual presenta diferentes aristas. La igualdad de trato y la lucha contra las discriminaciones expresan la misma idea, pero en momentos diferentes. Las reglas que imponen una igualdad de trato fijan un objetivo y sancionan al empleador cuando no fue alcanzado. Las reglas de no discriminación sancionan una diferencia constatada en los hechos cuando se basan en un criterio prohibido. Ahora bien, es posible que una desigualdad de trato no tenga por origen un motivo ilícito de discriminación. El principio de igualdad de trato podrá entonces ponerse en marcha para restablecer la igualdad.

20. En el derecho público, el principio de no discriminación obliga a la Administración en sus relaciones con los usuarios, pero también respecto de sus agentes. A semejanza del derecho del trabajo, el principio de igualdad enriquece muy fuertemente el derecho de la función pública, ya sea que se trate del acceso a los empleos públicos o del desarrollo de la carrera de los funcionarios. Según el estatuto de los funcionarios (aplicable en la ocasión a todos los agentes públicos), “ninguna distinción, directa o indirecta, puede ser hecha entre los funcionarios” en razón, en particular, de su sexo⁽⁶⁹⁾, orientación sexual o identidad de género⁽⁷⁰⁾. No obstante, se precisa que algunas distinciones pueden ser hechas con el fin de tener en cuenta eventuales ineptitudes físicas para ejercer ciertas funciones⁽⁷¹⁾, del mismo modo en que, excepcionalmente, pueden verse reclutamientos distintos para las mujeres y los hombres, cuando la pertenencia a uno u otro sexo constituye una condición determinante del ejercicio de las funciones⁽⁷²⁾.

Es chocante constatar que el estatuto de los funcionarios utiliza la palabra “distinción” y no “discriminación”. Esto es revelador de que el derecho de la función pública y, de un modo general, el derecho administrativo razona más en términos de defensa de la igualdad de trato que

(69) Ley 83-634 del 13/07/1983 (modificada por la ley 2001-397 del 09/05/2001), art. 6° bis, inc. 1°.

(70) Ley 83-634 del 13/07/1983 (modificada por la ley 2017-86 del 27/01/2017), art. 6°, inc. 2°.

(71) Ley 83-634 del 13/07/1983 (modificada por la ley 2016-483 del 20/04/2016), art. 6°, inc. 3°.

(72) Ley 83-634 del 13/07/1983 (modificada por la ley 2016-483 del 20/04/2016), art. 6° bis, inc. 2°. Como hemos podido observar, “la tasa de testosterona es entonces siempre susceptible de constituir una condición legal de reclutamiento distinto en ciertos cuerpos de la función pública, aun si es en casos de figuras muy excepcionales” (SLAMA, S., “La disparité des régimes de lutte contre les discriminations: un frein à leur efficacité?”, cit., en especial nro. 126).

en términos de lucha contra las discriminaciones. En efecto, hay que recordar que el Consejo de Estado considera al principio de igualdad, entendido de modo formal, como un principio general del derecho. Sin embargo, un cambio se perfila bajo la influencia del derecho de la Unión Europea. Inspirándose en la jurisprudencia de la Corte de Justicia, el juez administrativo “importó” al derecho público francés el concepto de discriminación indirecta⁽⁷³⁾. La búsqueda y la sanción de discriminaciones indirectas son un medio para restablecer la igualdad cuando es afectada en los hechos por una aplicación abstracta del principio de igualdad⁽⁷⁴⁾. Tratándose más particularmente de las discriminaciones sexistas, el balance es actualmente decepcionante. Mientras que las discriminaciones indirectas fundadas en otros criterios, como la nacionalidad, han sido reconocidas y cuestionadas, ninguna discriminación indirecta fundada en el sexo fue por ahora sancionada por el Consejo de Estado⁽⁷⁵⁾.

c) La aplicación del principio de no discriminación

21. Con el fin de que la discriminación pueda ser sancionada, la persona que se estima víctima debe emprender una acción de justicia⁽⁷⁶⁾. Tal procedimiento puede chocar contra numerosos obstáculos en razón de la vulnerabilidad de la víctima y de las funciones de autoridad a menudo ejercidas por el autor del acto discriminatorio⁽⁷⁷⁾. En la práctica, las

(73) ILIOPOULOU, A., “Le principe de non-discrimination devant le juge communautaire et national”, en ROSSETO, J. - BERRAMDANE, A. (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Presses Universitaires François Rabelais, 2007, p. 243, en especial nro. 25. A este respecto, conviene destacar que la ley del 27/05/2008 se aplica en materia de función pública (v. CLUZEL-MÉTAYER, L., “Les collectivités territoriales face aux discriminations dans l'emploi”, *Dr. Adm.*, 2011, prat. 3).

(74) GENEVOIS, B., voz Principios generales del derecho, en *Rép. de contentieux administratif*, Dalloz, 2010, nro. 125.

(75) FONDIMARE, E., “La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe”, cit., en especial nro. 13.

(76) Para una tipología de las diferentes acciones en el pleito del trabajo, v. SERVERIN, É. - GUIOMARD, F., *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2013 y GUIOMARD, F., “Constituer une typologie des actions en justice en matière d'égalité et de discrimination?”, en BORENFREUND, G. - VACARIE, I., *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, cit., p. 61.

(77) Un estudio relativamente antiguo (1987) de Kristin Bumiller realizado en los Estados Unidos y recientemente traducido y publicado en francés (BUMILLER, K. *et al.*, “Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique de la protection juridique”, *Politix*, 2011/2, nro. 94, p. 131) brinda una visión muy pesimista de la recepción del derecho de la no discriminación por numerosas víctimas que, “puestas en el entrecruzamiento de las relaciones sociales de género, de clase y de raza”, no presentan pleitos ante los tribunales, prefiriendo “pensarse bajo el prisma que valoriza a los “sobrevivientes” de la discriminación, más que bajo el -socialmente degradante- de víctima”.

discriminaciones son frecuentes y las acciones introducidas para hacerlas cesar y sancionar muy poco numerosas. Sin embargo, desde los años 2000, el legislador se esfuerza por hacer más efectiva la lucha contra las discriminaciones. A pesar de los esfuerzos emprendidos, la aplicación del principio de no discriminación choca aún con numerosos obstáculos de diversa naturaleza⁽⁷⁸⁾.

22. Leyendo los textos, varias disposiciones hacen más fácil la acción en justicia, que prescribe en la mayor parte de los casos a los cinco años, a contar desde la revelación de la discriminación⁽⁷⁹⁾. Tratándose más particularmente de las discriminaciones en el derecho del trabajo, el asalariado víctima de una discriminación no debe temer la reacción patronal. Es por ello que si es despedido, y su despido tiene por única causa la acción en justicia emprendida por él o en su favor sobre el fundamento de las disposiciones del Código del Trabajo relativas a las discriminaciones, el despido será castigado con nulidad, ya que “constituye en realidad una medida tomada por el empleador en razón de esta acción en justicia”⁽⁸⁰⁾.

Más allá del interés personal de las víctimas, las acciones pueden ser tomadas por agrupaciones que tienen por objeto la defensa de un interés colectivo⁽⁸¹⁾. De un modo general, el legislador reconoció y alienta el rol de las asociaciones y de los sindicatos en la lucha contra las discriminaciones. Así, en materia penal, la ley reconoce a las asociaciones que se proponen luchar contra las discriminaciones fundadas en el sexo, las costumbres, la orientación sexual o la identidad de género la facultad de ejercer los derechos reconocidos a la parte civil⁽⁸²⁾. En el derecho del trabajo, los sindicatos y las asociaciones de lucha contra las discriminaciones pueden compensar la situación de vulnerabilidad en la cual se en-

(78) Cf. DUMORTIER, Th. - GRÜNDLER, T. - THOUVENIN, J.-M. (dir.), *Les freins à la lutte contre les discriminations*, cit.

(79) Este plazo se aplica en el derecho privado y más particularmente en las relaciones del trabajo (art. L. 1134-5 del Código del Trabajo), así como en el derecho de la función pública (art. 7º bis de la ley 83-634 del 13/07/1983). En el derecho penal, es posible aplicar el plazo de seis años (desde la ley 2017-242 del 27/02/2017, JORF, nro. 50, 28/02/2017), que es el plazo de prescripción del derecho común en materia delictiva. En materia de difamación y de injurias públicas y de provocación a la difamación, el plazo de prescripción es de un año. Sobre la prescripción en materia de discriminación, v. en particular V. DELNAUD, “Prescription et discrimination”, *D.*, 2008, p. 2533.

(80) Art. L. 1134-4 del Código del Trabajo.

(81) Sobre esta cuestión en general, v. OMARJEE, I. - SINOPOLI, L. (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, col. Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2014.

(82) Art. 2-6 del Código de Procedimiento Penal (modificado por la ley 2017-86 del 27/01/2017).

cuentra la víctima ejerciendo una acción de sustitución⁽⁸³⁾. Esta acción les permite actuar en lugar de la víctima sin tener que justificarla con un mandato. Pero la víctima puede poner término a la acción emprendida en su nombre⁽⁸⁴⁾, lo que deja la puerta abierta a presiones del empleador. Tal es, al parecer, la principal razón por la cual las acciones de sustitución son poco utilizadas por los sindicatos⁽⁸⁵⁾. Agreguemos que desde la ley llamada de modernización de la justicia del siglo XXI, una acción de grupo fue introducida en materia de discriminación⁽⁸⁶⁾. Aunque sea demasiado temprano para apreciar la eficacia de esta nueva acción, parece sin embargo bastante poco exigente, ya que apunta a favorecer la resolución amigable de la discriminación colectiva⁽⁸⁷⁾.

23. Las víctimas de discriminaciones ligadas al género pueden también solicitar la ayuda del Defensor de los Derechos⁽⁸⁸⁾, autoridad constitucional independiente que absorbió en 2011⁽⁸⁹⁾ la Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones y para la Igualdad (AALDI), creada en 2004⁽⁹⁰⁾. Este nuevo actor de la lucha contra las discriminaciones puede ser convocado por las víctimas, por una asociación o un representante elegido por el pueblo o actuar de oficio. Dispone de importantes atribuciones en materia de investigación y de mediación. El Defensor de los Derechos puede emitir recomendaciones y, sobre todo, asistir a la víctima a lo largo de todo el procedimiento. En este marco, le es posible presentar observaciones cuando es invitado a hacerlo por el juez o por las partes y solicitar ser escuchado; su audiencia es entonces de derecho.

24. Una vez que el obstáculo del recurso al juez fue atravesado, la prueba de la discriminación debe poder ser fácilmente entregada, sin lo

(83) Arts. L. 1134-2 (para los sindicatos) y L. 1134-3 (para las asociaciones) del Código del Trabajo.

(84) Cuando la acción es emprendida por un sindicato, la víctima dispone de un plazo de 15 días para oponerse, contando desde la fecha en la cual la organización sindical le notificó de su intención de actuar (art. L. 1134-2, inc. 3º, del Código del Trabajo). Cuando la instancia es convocada por una asociación, la víctima puede ponerle término en todo momento (art. L. 1134-3, inc. 3º, del Código del Trabajo).

(85) Cf. GUIOMARD, F., "L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse?", *La RevDH*, 9/2016, en especial nro. 18.

(86) V. en part. BUGADA, A., "Action en justice. Justice du XXIe siècle: l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail", *Procédures*, 2017, étude 6; Ch. BOILLOT, "Action de groupe et règlement amiable", *JCPG*, 2017, étude 155.

(87) GUIOMARD, F., cit.

(88) Art. 71-1 de la Constitución creada por la ley constitucional 2008-724 del 23/7/2008, *JORF*, nro. 171, 24/7/2008, p. 11890.

(89) Ley orgánica 2011-333 del 29/03/2011, relativa al Defensor de los Derechos, *JORF*, nro. 75, 30/03/2011, p. 5497.

(90) Ley 2004-1486 del 30/12/2004, *JORF*, nro. 304, 31/12/2004, p. 22567.

cual su acción está destinada al fracaso. Con el fin de reforzar la efectividad de la lucha contra las discriminaciones, el legislador, bajo la influencia del derecho de la Unión Europea, redujo la carga de la prueba en beneficio de la víctima⁽⁹¹⁾. Concretamente, la prueba de la discriminación se efectúa en dos tiempos. Por empezar, la víctima debe presentar hechos que permitan hacer presumir la existencia de la discriminación, directa o indirecta, que ella alega. Luego, una vez que estos elementos fueron establecidos, le corresponde al demandado probar que la medida que se pretende discriminatoria está justificada por elementos objetivos extraños a toda discriminación. Esta regla probatoria se aplica en materia civil y en materia administrativa, pero no juega ningún papel en materia penal en razón del principio de presunción de inocencia. Si bien la tarea de la víctima se encuentra aliviada, nos equivocáramos al pensar que todas las dificultades probatorias se encuentran superadas. En efecto, la producción de elementos de hecho que permitan presumir la existencia de una discriminación puede revelarse como temible cuando aquéllos son detentados por el demandado (por ejemplo, el empleador). Con el fin de proteger más a las víctimas y, por lo tanto, de facilitar el acceso al juez, el movimiento que apunta a alivianar la carga de la prueba podría profundizarse precisando que “la duda beneficia a la víctima de la discriminación”⁽⁹²⁾.

La reducción de la carga de la prueba vale también en materia de discriminación indirecta. La víctima deberá establecer que una medida en apariencia neutra es una desventaja para un grupo particular de personas (las mujeres, por ejemplo), en oposición a otro (los hombres, por ejemplo). La utilización de la herramienta estadística permitirá, la mayoría de las veces, presumir la existencia de la discriminación⁽⁹³⁾. Es, por cierto, principalmente el recurso a las estadísticas el que, en la práctica, revelará “una realidad concreta y probada, testimonio de una desigualdad estructural que puede ser calificada de discriminación indirecta”⁽⁹⁴⁾. Tratándose de las discriminaciones indirectas fundadas en el género, son principalmente las discriminaciones entre los hombres y las mujeres

(91) Art. 4º de la ley 2008-496, del 27/05/2008; art. L. 1134-1 del Código del Trabajo.

(92) DANIS-FATÔME, A., “Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations?”, *La RevDH*, 9/2016, en especial nro. 35.

(93) Sobre el recurso a razonamientos estadísticos en la prueba de las discriminaciones, v. LECLERC, O., “Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations”, en BORENFREUND, G. - VACARIE, I., *La droit social, l'égalité et les discriminations*, cit., p. 77.

(94) V. NIVARD, C. - MÖSCHEL, M., “Discriminations indirectes et statistiques: entre potentialités et résistance”, cit., especialmente ps. 81-82.

las que están concernidas⁽⁹⁵⁾. En efecto, no existen, de acuerdo a nuestro conocimiento, estadísticas pertinentes que tengan en cuenta la orientación sexual o la identidad de género.

Con el fin de ser utilizada de manera adecuada, la herramienta estadística debe permitir una comparación entre el grupo discriminado y un grupo de referencia pertinente. Dicho de otro modo, no es suficiente constatar que, en un ámbito considerado, las mujeres son mayoritariamente afectadas por una disposición o por una medida. También debemos establecer que el grupo de hombres utilizado para la comparación se encuentra en una situación comparable. La determinación del comparador apropiado es, tal vez más que las estadísticas, determinante para caracterizar una discriminación indirecta⁽⁹⁶⁾.

2. LA PERSISTENCIA DE LAS DISCRIMINACIONES

25. Existen aún reglas jurídicas cuya aplicación conduce, directa o indirectamente, a mantener una diferencia de trato fundada en el género. La legitimidad de la continuidad de la distinción debe ser analizada con el fin de verificar si podemos ver en ello la persistencia de una discriminación fundada en el sexo (a), la orientación sexual (b) o la identidad de género (c).

a) Las discriminaciones fundadas en el sexo

26. La igualdad de los sexos está ampliamente realizada en el derecho, al menos en un plano formal. La mayor parte de las reglas que otorgaban a la mujer un *status* jurídico inferior al del hombre han desaparecido a lo largo del siglo XX. Las reglas jurídicas presentan generalmente un carácter no sexuado. Sin embargo, las desigualdades de hecho entre los sexos persisten. Con el fin de combatirlas más eficazmente, el legislador no dudó en adoptar medidas en beneficio únicamente de las mujeres. Por ejemplo, en materia de igualdad profesional. Además, reformas que instauran la paridad y la mezcla fueron adoptadas desde hace unos quince años. Limitados, al comienzo, a la representación política, los mecanismos paritarios ganaron otros terrenos (derecho económico, de-

(95) V. Cas. Soc., 06/06/2012, nro. 10.21-489, *Bull. Civ.*, V, nro. 168, *Dr. Soc.*, 2012, p. 1619, rapp. H. GOSSELIN; *RDT*, 2012, p. 245, obs. M. MINÉ; *JCPG*, 2012, 908, nota de M. MERCAT-BRUN, quien analiza como una discriminación indirecta el rechazo de afiliación al retiro de ejecutivos (AGIRC) para una categoría de asalariados, en una profesión que es mayoritariamente femenina (las asistentes sociales del MSA).

(96) NIVARD, C. - MÖSCHEL, M., cit., p. 88, quienes toman el ejemplo de Cas. Soc., 06/06/2012, cit.

recho de los negocios, representación colectiva de los asalariados, derecho de la función pública)⁽⁹⁷⁾. Independientemente de la eficacia de estos dispositivos, va de suyo que esta ausencia de neutralidad de la regla de derecho tiene por objetivo la igualdad concreta entre los hombres y las mujeres y no la instauración de discriminaciones fundadas en el sexo.

27. Sin embargo, algunas distinciones entre los sexos subsisten en otros ámbitos, principalmente en el derecho de familia. Si bien ya no corren en materia de cónyuges desde la legalización del matrimonio homosexual (v. *infra*, nros. 31 y ss.), siguen siendo persistentes en materia de filiación por procreación carnal. Así, los hombres y las mujeres no están en la misma situación cuando llega un niño no deseado. En efecto, el hombre no puede eludir la acción de búsqueda de la paternidad (art. 327 del Código Civil). Ahora bien, la mujer que no desea convertirse en madre puede decidir interrumpir su embarazo o abandonar el niño al nacer con, en este último caso, la posibilidad de solicitar el secreto de su identidad en el momento del parto (art. 326 del Código Civil). Antes de la ley del 19 de enero de 2009, el establecimiento forzado de la filiación materna no era posible cuando la madre había parido anónimamente. Tal situación podría ciertamente haber sido calificada de discriminación. El hecho de que en adelante sea posible actuar en búsqueda de la maternidad, aun si la madre solicitó el secreto de su identidad, dejaría pensar que no existiría ninguna diferencia de trato entre el hombre y la mujer. Tal es, por cierto, la posición de la Corte de Casación que, ante una solicitud de cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre el art. 327 del Código Civil, sostuvo una concepción formal de la igualdad, para decir que no había lugar para la transmisión al Consejo Constitucional⁽⁹⁸⁾. Esta respuesta no es satisfactoria en la medida en que, en los hechos, la acción de búsqueda de maternidad es prácticamente imposible en casos de parto anónimo. Además de las dificultades de identificación de la madre, que están lejos de ser desdeñables, debemos recordar que la mayoría de los niños nacidos por parto anónimo son objeto de una adopción plena que, una vez pronunciada, torna imposible el establecimiento de la filiación con sus padres de nacimiento (art. 356 del Código Civil). ¿Debemos ver en ello una forma de discriminación indirecta? Podemos dudar de ello si recordamos primero la idea de que la anticoncepción depende de la

(97) Cf. HENNETTE-VAUCHEZ, S. - PICHARD, M. - ROMAN, D., *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, cit., ps. 503 y ss., con las contribuciones de BOUCOBZA, I. - GIRARD, Ch. (paridad en política, p. 507), ODOUL-ASOREY, I. (representación colectiva de los asalariados, p. 525), BUI-XUAN, O. (mezcla en la alta función pública, p. 541) y MONIOLLE, C. (representatividad de los sexos en los jurys de concursos de la función pública, p. 561).

(98) Cas. 1a Civ., 28/03/2013, nro. 3-40.001, *D.*, 2013, p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS; *RTD Civ.*, 2013, p. 361, obs. J. HAUSER.

responsabilidad de cada uno⁽⁹⁹⁾, hombre o mujer. Además, si bien existe innegablemente una diferencia de trato entre el hombre y la mujer frente al parentesco antes del nacimiento del niño, *ésta* puede justificarse por el hecho de que “desde la concepción hasta el nacimiento, el desarrollo del embrión y luego del feto depende del cuerpo de la mujer”⁽¹⁰⁰⁾.

28. Otra distinción importante concierne a los fundamentos de la paternidad y de la maternidad en materia de filiación fundada en la procreación. En el derecho francés, el padre es el progenitor, mientras que la madre es identificada como la gestadora⁽¹⁰¹⁾. Esta diferencia de fundamento puede conducir a tratar diferentemente la filiación paterna y la filiación materna, y esto, a veces, de un modo que puede parecer discutible. El ejemplo de la gestación subrogada es una perfecta ilustración de ello. Si bien la GS está prohibida en el derecho francés (art. 16-7 del Código Civil), la filiación del niño nacido y concebido por medio de esta técnica de procreación —generalmente realizada en el extranjero— es objeto de un tratamiento diferenciado respecto de los padres requirentes. En el estado actual del derecho positivo, solamente el padre requirente, si es el progenitor del niño, puede establecer su paternidad⁽¹⁰²⁾. A

(99) ROY, O., *Droit de la famille*, 4a ed., Archétype 82, 2017, nro. 575.

(100) DIONISI-PEYRUSSE, A., “Le droit de la filiation issu de la loi du 19 janvier 2009 ratifiant l’ordonnance du 4 juillet 2005”, *D.*, 2009, p. 966.

(101) Cf. DIONISI-PEYRUSSE, A. - PICHARD, M., “Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code Civil)”, en HENNETTE-VAUCHEZ, S. - PICHARD, M. - ROMAN, D., *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, cit., p. 49.

(102) Cas., en pleno, 03/07/2015, 2 fallos, nro. 14-21.323 y 15-50.002, *D.*, 2015, p. 1819, nota de H. FULCHIRON y Ch. BIDAUD-GARON, p. 1773, obs. D. SINDRES y p. 1919, obs. P. BONFILS y A. GOUTTENOIRE; *AJ Fam.*, 2015, p. 496, obs. Fr. CHÉNÉDÉ y p. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *RTD Civ.*, 2015, p. 581, obs. HAUSER; *Dr. Fam.*, 2015, comm. 166, obs. J.-R. BINET; *RLDC*, 2015/129, nro. 5944, p. 40, nota de M.-Ch. LE BOURSICOT, que toma nota de la condena de Francia por la Corte Europea de Derechos Humanos en los fallos “Menesson” y “Labassée” (CEDH, 26/06/2014, 2 fallos, nro. 65192/11 y nro. 65192/11, *D.*, 2014, p. 1797, nota de F. CHÉNÉDÉ y p. 1806, nota de L. D’AVOUT; *AJ Fam.*, 2014, p. 499, obs. B. HAFTTEL y p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *RDSS*, 2014, p. 887, nota de C. BERGOIGNAN ESPER; *RTD Civ.*, 2014, p. 616, obs. J. HAUSER; *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 144, nota de S. BOLLÉE. Adde H. FULCHIRON y C. BIDAUD-GARON, “Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts ‘Labassée’ et ‘Menesson’ de la CEDH du 26 juin 2014”, *D.*, 2014, *chron.* p. 1773 y “Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts ‘Labassée’, ‘Menesson’ et ‘Campanelli-Paradiso’ de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 1). Luego de los fallos “Labassée” y “Menesson”, Francia fue condenada en dos oportunidades por la Corte Europea de Derechos Humanos en razón de su rechazo de transcribir sobre los registros franceses del estado civil las actas de nacimiento emitidas en el extranjero para niños nacidos por GS (CEDH, 21/07/2016, nro. 9063/14 y nro. 10410/14,

la madre requirente, en cambio, se le rechazará esta posibilidad, y ello aun cuando ella sea la madre genética del niño⁽¹⁰³⁾. No habiendo parido al niño, no puede establecer su filiación materna. Tampoco puede recurrir a la filiación adoptiva, ya que la jurisprudencia considera que hay un desvío del instituto de la adopción⁽¹⁰⁴⁾. Tal situación es no solamente perjudicial para la madre requirente, sino también para el niño. No es seguro que la imposibilidad de establecer el vínculo de filiación de la madre requirente sea conforme al interés del niño. Aquélla podría también ser analizada como una discriminación en el sentido de los arts. 8º y 14 de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos. La asimetría de los fundamentos de la paternidad y de la maternidad produce también incidencias en otros ámbitos⁽¹⁰⁵⁾. De un modo general, puede plantearse la cuestión de saber si el derecho de la filiación no debería ser elaborado a partir de lo que une a los hombres y a las mujeres en la procreación (*i.e.*, la transmisión de genes), más que sobre lo que los diferencia (*i.e.*, la gestación)⁽¹⁰⁶⁾.

“Foulon et Bouvet c. France”, *Dr. Fam.*, 2016, comm. 201, nota de H. FULCHIRON y CEDH, 19/01/2017, nro. 44024/13, “Laborie c. France”, *Dr. Fam.*, 2017, comm. 34, nota de H. FULCHIRON).

(103) En los fallos “Menneson” y “Labassée”, “Foulon et Bouvet” y “Laborie”, la Corte EDH no dio solución en lo que concierne a la filiación del padre requirente.

(104) Cas., en pleno, 31/05/1991, *D.*, 1991, jur. p. 417, rapp. Y. CHARTIER y nota de D. THOUVENIN; *JCPG*, 1991, II, nro. 21752, comm. J. BERNARD, nota de Fr. TERRÉ; *RTD Civ.*, 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER.

(105) También es así en caso de establecimiento falso del vínculo de filiación (v. DIONISI-PEYRUSSE, A. - PICHARD, M., “Le genre dans le droit de la filiation...”, cit., en especial p. 64). En efecto, la filiación paterna falta —resultante de un reconocimiento por gentileza o de la ausencia de impugnación del juego de presunción de paternidad por parte del marido— produce efectos en tanto no haya sido impugnada y se torna inimpugnable luego de la prescripción de la acción de impugnación (que puede ser corta y prescribir a los cinco años, cuando el título fue reforzado por una posesión de estado de cinco años, art. 333, inc. 2º, del Código Civil). Ahora bien, el Ministerio Público sólo tiene la posibilidad de impugnarla cuando el reconocimiento es fraudulento (*i.e.*, suscripto en vistas de obtener una ventaja cuya finalidad es extraña al interés del niño). En cambio, una mujer que reconociera un niño que no parió se expone a una acción del Ministerio Público que podría actuar para destruir el vínculo de filiación materna. Los arreglos entre particulares pueden así conducir a hacer de un hombre un padre, pero no de una mujer una madre. Tal situación no es satisfactoria. Genera una discriminación entre hombres y mujeres y fragiliza la filiación del niño, ya que el autor del reconocimiento paterno falso puede actuar para impugnarlo. De un modo general, “la impugnación por el Ministerio Público plantea el delicado problema del interés del niño cuya filiación es destruida en razón de un fraude del cual no es culpable” (ROY, O., cit., nro. 633).

(106) Informe DIONISI-PEYRUSSE, A. - PICHARD, M., “Le genre dans le droit de la filiation...”, cit.

b) Las discriminaciones fundadas en la orientación sexual

29. El derecho francés se muestra hoy indiferente respecto de la orientación sexual de la persona. En lo esencial, las disposiciones jurídicas discriminantes han desaparecido gradualmente de nuestro derecho positivo. Así, la homosexualidad no es más penalmente sancionada, mientras que la homofobia se encuentra inculpada en nuestro sistema penal. Además, el derecho de la lucha contra las discriminaciones combate las diferencias de trato que se basan en la orientación sexual en materia de empleo o de provisión de un bien o un servicio. Por último, el legislador se esfuerza por suprimir las reglas de derecho que discriminan a las personas en razón de su orientación sexual. Últimamente, una ley del 26 de enero de 2016 levantó la exclusión de los homosexuales masculinos de la donación de sangre⁽¹⁰⁷⁾, aun cuando la CJUE había validado el dispositivo francés que permitía esta exclusión⁽¹⁰⁸⁾.

Tal constatación no debe hacernos olvidar que en la escala mundial, la igualdad entre las orientaciones sexuales está lejos de haberse adquirido⁽¹⁰⁹⁾. Esta situación, por cierto, es tenida en cuenta en el derecho interno. Así, en el derecho del trabajo, ningún asalariado puede ser sancionado, despedido o ser objeto de una medida discriminatoria por haber rechazado, en razón de su orientación sexual, un traslado geográfico a un Estado que incrimine la homosexualidad (art. L. 1132-3-2 del Código del Trabajo). Por lo demás, subsisten aún reglas de derecho cuya aplicación difiere según la orientación sexual de la persona, aun si son un neto retroceso desde la legalización del matrimonio homosexual por la ley del 17 de mayo de 2013⁽¹¹⁰⁾. Observemos, no obstante, que una diferencia

(107) Ley 2016-41 del 26/01/2016, de modernización del sistema de salud, *JORF*, nro. 0022, 27/01/2016, texto nro. 1. Sobre este texto, v. ROMAN, D., "Panorama droit et genre, janvier 2015-mars 2016", *D.*, 2016, p. 919.

(108) CJUE, 29/04/2015, caso C-528/13, *D.*, 2015, p. 1470, nota de A. DEBET, y 2016, p. 752, obs. J.-C. GALLOUX; *AJ Fam.*, 2015, p. 251, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *La RevDH-ADL*, 01/07/2015, nota de Y. PELOSI. Sobre esta cuestión, v. LEBLOND, L., "L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang)", *La RevDH*, 9/2016.

(109) V., en particular, Informe del Alto Comisariado de los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia frente a las personas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género*, 04/05/2015, A/HRC/29/23; Comisario de los derechos humanos, *La discriminación fundada en la orientación sexual y la identidad de género en Europa*, ed. Consejo de Europa, 2012.

(110) Ley 2013-404 del 17/05/2013, que amplía el matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo, *JORF*, nro. 114, 18/05/2013, p. 8253. V. en particular LEROYER, A.-M., "La loi nro. 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe. Au passé, présent et futur", *D.*, 2013, p. 1697; FULCHIRON, H., "Le mariage pour tous. Un enfant pour qui?", *JCPG*, 2013, nro. 658; LEBORGNE, A., "Marions-les, marions-les!", *RJPF*, 2013, nro. 6, p. 6; V. RAOUL-CORMEIL, "La consécration

de trato no es necesariamente sinónimo de discriminación. Puede estar justificada por un imperativo de interés general o por una justificación objetiva y razonable. Sólo será considerada como una vulneración al principio de igualdad si se la reconoce como ilegítima por la sociedad y es sancionada por un texto.

30. Así, antes de la adopción de la ley del 17 de mayo de 2013, la cuestión de saber si la prohibición del matrimonio homosexual vulneraba el derecho al matrimonio y constituía una discriminación prohibida era discutida. Por un lado, la Corte Europea de Derechos Humanos, en un fallo del 24 de junio de 2010 (caso “Shalk and Kopf c. Autriche”), había juzgado que no había ninguna obligación para un Estado de ampliar el acceso al matrimonio a una pareja del mismo sexo⁽¹¹¹⁾, mientras que el Consejo Constitucional, en una decisión del 28 de enero de 2011, había juzgado que esta cuestión era de competencia del legislador⁽¹¹²⁾. Mientras tanto, la pareja homosexual y la familia homoparental seguían sufriendo diferencias de trato que, ante los cambios de mentalidad, podían parecer difícilmente justificables.

Ciertamente, el legislador terminó por admitir el concubinato homosexual, que la jurisprudencia rechazaba reconocer⁽¹¹³⁾, y por instaurar una unión abierta para todas las parejas, incluso las del mismo sexo: el pacto civil de solidaridad. Pero el PACS ofrecía un *status* menos protector que el matrimonio. Podía también ser percibido como el símbolo de una discriminación en la medida en que encarnaba el rechazo para las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio civil⁽¹¹⁴⁾.

de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013”, *Gaz. Pal.*, 24/08/2013, nro. 236, p. 9. *Adde* las diferentes contribuciones publicadas en las revistas *AJ Fam.* 2013 (ps. 332 y ss.), *Dr. Fam.* 2013 (“Du mariage pour tous à la famille homosexuelle”, dossiers 16 a 34) y en *Petites affiches* (“La loi du 17 mai 2013: évolution ou révolution?” bajo la dir. de A. Batteur, nro. 133, 04/07/2013).

(111) CEDH, 24/06/2010, caso 30141/04, *Dr. Fam.*, 2010, com. nro. 143, nota de E. LAGARDE; *JCPG*, 2010, nro. 1013, nota de H. FULCHIRON.

(112) Cons. Const., 28/01/2011, nro. 2010-92 QPC, *D.*, 2011, p. 1042, obs. J.-J. LEMOULAND y D. VIGNEAU, p. 1723, obs. V. BERNAUD y 2012, p. 1034, obs. M. DOUCHY-OUODOT; *AJ Fam.* 2011, p. 157, obs. F. CHÉNÉDÉ; *RTD Civ.*, 2011, p. 326, obs. J. HAUSER. *Adde* A. DANIS-FATÔME, “Le ‘non’ français au mariage homosexuel: une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne”, *RTDH*, 2012, p. 143.

(113) V. en particular Cas. Soc., 11/07/1989, *D.*, 1990, *jur.* p. 582, nota de Ph. MALAURIE; *JCPG*, 1990, II, nro. 21553, nota de MEUNIER; *RTD Civ.*, 1990, p. 53, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI; Cas. 3a Civ., 17/12/1997, *D.*, 1998, *jur.* p. 111, concl. J.- F. WEBER, nota de J. -L. AUBERT; *JCPG*, 1998, II, nro. 10093, nota de A. DJIGO; *RTD Civ.*, 1998, p. 347, obs. J. HAUSER.

(114) BORRILLO, D. - FORMOND, Th., *Homosexualité et discrimination en droit privé*, cit., especialmente p. 113.

En materia de filiación, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos terminó por admitir que la homosexualidad no podía ser un obstáculo para la adopción de un niño por una sola persona⁽¹¹⁵⁾. No obstante, los concubinos homosexuales no podían adoptar conjuntamente un niño; esta posibilidad se ofrecía sólo a las parejas casadas. Tal situación parecía a primera vista no ser discriminatoria en la medida en que los concubinos heterosexuales se encontraban en la misma situación. Sin embargo, podíamos ver una forma de discriminación indirecta ya que era posible para una pareja heterosexual que deseaba adoptar un niño casarse. Tratándose de la adopción simple del niño de la pareja, ésta había sido rechazada por la Corte de Casación con el motivo de que tiene por efecto transferir el ejercicio de la autoridad parental al adoptante⁽¹¹⁶⁾. Esta posición fue confirmada por el Consejo Constitucional⁽¹¹⁷⁾, así como por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual, en el caso “Gas et Dubois c. France”, juzgó que la imposibilidad para una persona homosexual de adoptar el hijo de su pareja no constituía una diferencia de trato fundada en la orientación sexual, ya que se aplicaba también a las parejas heterosexuales⁽¹¹⁸⁾.

31. Con la adopción del matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo, las diferencias de trato fundadas en la orientación sexual han retrocedido considerablemente en el ámbito del derecho de familia. En adelante, todas las parejas, homosexuales y heterosexuales, pueden optar por las diferentes formas de vida conyugal ofrecidas por la ley (concubinato, PACS, matrimonio). Si se casan, se benefician igualmente de los efectos del matrimonio, en particular en materia de adopción (adopción conjunta o adopción, bajo ciertas condiciones, del hijo del cónyuge). No obstante, únicamente las reglas relativas a la filiación adoptiva pueden ser utilizadas por los cónyuges homosexuales. Las reglas relativas a la filiación fundada en los vínculos de sangre sólo conciernen a las parejas casadas de sexo opuesto.

(115) CEDH, Gran Sala, 22/01/2008, caso nro. 43546/02, *D.*, 2008, panor. p. 1786, obs. J.-J. LEMOULAND y D. VIGNEAU, *jur.* p. 2038, nota de P. HENNION-JACQUET; *JCPG*, 2008, II, 10071, nota de A. GOUTTENOIRE y F. SUDRE; *RTD Civ.*, 2008, p. 249, obs. J.-P. MARGUÉNAUD y p. 287, obs. J. HAUSER; *RDSS*, 2008, p. 380, obs. C. NEIRINCK.

(116) Cas. 1a Civ., 20/02/2007 (2 fallos), nro. 06-15.647 y nro. 04-15.676, *JCPG*, 2007, II, nro. 10068, nota de C. NEIRINCK; *D.* 2007, p. 1047, nota de D. VIGNEAU; *AJ Fam.*, 2007, p. 182, obs. Fr. CHÉNÉDÉ; *Dr. Fam.*, 2007, com. 80, nota de P. MURAT.

(117) Cons. Const., 06/10/2010, nro. 2010-39 QPC, *Dr. Fam.*, 2012, com. 82, nota de C. NEIRINCK; *Procédures*, 2012, com. 148, obs. N. FRICERO; *AJ Fam.*, 2010, p. 489, obs. C. MECARY; *RTD Civ.*, 2010, p. 776, obs. J. HAUSER.

(118) CEDH, 15/03/2012, caso nro. 25951/07, *D.*, 2012, p. 1241, nota de A. DIONIS-PEYRUSSE; *AJ Fam.*, 2012, p. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC; *RTD Civ.*, 2012, p. 275, obs. J.-P. MARGUÉNAUD y p. 306, obs. J. HAUSER.

Podemos notar que aún no está permitido en el derecho francés para una pareja de concubinos adoptar en conjunto un niño o adoptar el hijo de su pareja. Si bien tal restricción se aplica a todas las parejas, independientemente de su orientación sexual, no por ello no constituye una discriminación de la cual son víctimas las parejas no casadas.

32. Por lo tanto, no toda situación de desigualdad desapareció en materia familiar. Así, las mujeres homosexuales no pueden acceder a la ayuda médica para la procreación (PMA), la cual, en el derecho francés, es principalmente concebida como un remedio para la esterilidad de una pareja heterosexual, casada o no, en edad de procrear. Si bien la orientación sexual no juega ningún papel discriminante cuando una mujer soltera no puede recurrir a la PMA, no es lo mismo cuando el acceso a este modo de procreación es rechazado a una pareja de mujeres. A este respecto, conviene observar que la mayor parte de los Estados que legalizaron el matrimonio homosexual han admitido el recurso a la ayuda médica a la procreación para las parejas de personas del mismo sexo⁽¹¹⁹⁾. Es el caso, en particular, de Bélgica⁽¹²⁰⁾ y de España. Muchas mujeres esquivan por cierto el derecho francés recurriendo a una inseminación artificial con un tercero donante (IAD) en el extranjero. Desde la ley del 17 de mayo de 2013, estas mujeres podrán, a continuación, hacer adoptar al niño por sus esposas. En efecto, luego de un período de flotación judicial, la Corte de Casación, en dos opiniones del 22 de septiembre de 2014, consideró que el hecho para una mujer de concebir un niño por una IAD realizada en el extranjero no era obstáculo para la adopción del niño así concebido por la esposa de la madre⁽¹²¹⁾. Las autoridades francesas parecen estar satisfechas con esta situación, sin por ello apurarse

(119) B. DE BOYSSON, "L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels: quelles perspectives?", *Dr. Fam.*, 2013, dossier 25, en especial nro. 26.

(120) Sobre el derecho belga, v. en particular GALLUS, N., "Filiation, parenté, parentalité et homoparentalité en droit belge", en ROY, O., (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 81 y HERBRAND, C., "La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique: reflet de la diversité familiale?", en GALLUS, N. (dir.), *Droit des familles, genre et sexualités*, Anthémis/LGDJ, 2012, p. 321.

(121) Cas., opinión, 22/09/2014 (2 opiniones), nro. 14-70.006 y 14-70.007, concl. J.-D. SARCELET, rapp. R. Le Cotty; *D.*, 2014, p. 2131, nota de A.-M. LEROYER; *AJ Fam.*, 2014, p. 555, obs. FI. CHÉNÉDÉ y p. 522, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *Dr. Fam.*, 2014, com. 160, obs. Cl. NEIRINCK; *Gaz. Pal.*, 04/12/2014, nro. 338, p. 8, nota de Cl. BRUNETTI-PONS; *LPA*, 26/12/2014, nro. 258, p. 7, nota de N. LITAIZE; *RDSS*, 2014, p. 1145, nota de L. BRUNET; *RJPF*, 2014-11/24, nota de Th. GARÉ; *RLDC*, 2014/121, nro. 5652, p. 41, nota de M. Ch. LE BOURSICOT; *RTD Civ.*, 2014, p. 872, obs. J. HAUSER; *JDI*, 2015, com. 1, nota de I. BARRIÈRE BROUSSE; *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 144, nota de S. BOLLÉE. *Adde* J. HAUSER, "L'externalisation de la fabrique des enfants?", *JCPG*, 2014, 1004; J. MOULY, "La "délocalisation procréative": fraude à la loi ou habileté permise?", *D.*, 2014, p. 2419; H. FULCHIRON, "Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de la Cour de cassation", *D.*, 2015, p. 21; Ph. GUEZ, "L'insémination

por legalizar esta práctica⁽¹²²⁾. Esta situación de espera corre el riesgo de prolongarse, favoreciendo aún más el “turismo procreativo”⁽¹²³⁾. Podría también conllevar el desarrollo de inseminaciones artificiales “artesanales” practicadas fuera de todo marco legal.

La ampliación de la PMA a las parejas de mujeres pondría fin a una doble discriminación: una discriminación fundada en la orientación sexual y una discriminación financiera entre aquellas que tienen y aquellas que no tienen los medios para financiar una PMA en el extranjero. Si tal reforma fuera emprendida, debería acompañarse con una reflexión sobre el modo de establecimiento de la filiación de la esposa de la madre. En efecto, ésta no está obligada a adoptar al niño, al igual que la madre no está obligada a consentir esta adopción, y ello aun cuando el niño haya sido concebido en el marco de un proyecto parental en común. Si la pareja se separa poco tiempo después del nacimiento del niño, su filiación corre el riesgo de no ser establecida respecto de la mujer que lo trajo al mundo. Ahora bien, cuando una PMA se lleva a cabo en el seno de una pareja heterosexual en el derecho francés, la filiación del niño es establecida respecto de sus padres como si estuviera fundada en vínculos de sangre. La cuestión es, entonces, plantearse si no habría que, a semejanza de ciertos derechos extranjeros, establecer el vínculo de filiación respecto de la esposa de la madre de un modo diferente al de la adopción (¿presunción de parentalidad?, ¿designación automática del otro padre en el acta de nacimiento?, ¿reconocimiento?)⁽¹²⁴⁾.

33. La situación de las parejas de hombres es diferente. Si deciden recurrir a la gestación subrogada, sufren de la misma manera que las parejas heterosexuales la prohibición de la GS en el derecho francés. En el te-

artificielle avec tiers donneur en droit international privé”, en A. MARAIS (dir.), *La procréation pour tous?*, col. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2015, p. 69.

(122) Luego de muchas hesitaciones, el gobierno decidió que la PMA sería considerada en una futura ley sobre la familia. Pero frente a la removilización de los opositores al “matrimonio para todos”, se decidió no presentar el texto al Parlamento y esperar la opinión del Comité Consultivo Nacional de Ética. A pesar de que los miembros del CCNE han sido en parte renovados, no es inútil recordar que ya se pronunció contra la adopción de la PMA para las parejas homosexuales en 2005 (CCNE, “Acceso a los orígenes, anonimato y secreto de la filiación”, opinión nro. 90, 24/11/2005, <http://www.ccne-ethique.fr>).

(123) V. en particular LEMOULAND, J.-J., “Le tourisme procréatif”, *LPA*, 28/03/2001, nro. 62, p. 24 y BOSSE-PLATIÈRE, H., “Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française”, *Informations sociales*, 2006/3, nro. 131, p. 88.

(124) V. en particular CAP, S. - GALICHET, L. - MAISONNASSE, Fl. - MOLIÈRE, A. - TETARD, S., “Le statut juridique du co-parent de même sexe: aperçu de droit comparé”, en FULCHIRON, H. - SOSSON, J., *Parenté, filiation, origines. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p. 89.

rreno de la filiación, conviene igualmente distinguir la situación de dos esposos cuando uno de ellos es el padre biológico del niño. En la misma hipótesis, solamente este último podrá establecer su filiación respecto del niño concebido por GS (v. *supra* nro. 29). A su cónyuge, al igual que la madre requirente en una pareja heterosexual, se le rechaza la posibilidad de adoptar el niño de su marido⁽¹²⁵⁾. No existe, a este respecto, ninguna discriminación según que la pareja esté o no formada por personas del mismo sexo.

Tal solución podría sin embargo ser percibida como discriminatoria si la comparamos con aquella en la cual se encuentra una pareja de mujeres casadas. ¿Por qué, en efecto, permitir a una mujer adoptar el hijo de su cónyuge concebido por una PMA realizada en el extranjero y rechazar a un hombre adoptar el hijo de su cónyuge concebido y traído al mundo gracias a los servicios de una madre portadora? Tal distinción podría explicarse comparando estas dos técnicas de procreación. En efecto, a diferencia de la GS, la PMA no está prohibida en el derecho francés, sino estrictamente supervisada. De ahí que se podría justificar la prohibición de la adopción del niño concebido por GS.

c) Las discriminaciones fundadas en la identidad de género

34. Las discriminaciones fundadas en la identidad de género son hoy en día combatidas por el derecho (v. *supra*, nro. 10). Se manifiestan la mayoría de las veces cuando la apariencia de la persona ya no corresponde a su identidad civil. A este respecto, la situación del derecho francés antes de la reforma de 2016 podía parecer insatisfactoria. Ciertamente, la jurisprudencia admitió desde 1992 la posibilidad para un individuo de obtener la modificación de la mención de su sexo en el estado civil⁽¹²⁶⁾. Pero las condiciones fijadas para la obtención de tal cambio parecieron muy exigentes para los trans. En efecto, la persona debía establecer no solamente la realidad del “síndrome” transexual, sino también el carácter irreversible de la transformación de su apariencia como consecuencia de un tratamiento médico-quirúrgico⁽¹²⁷⁾. Además de las mutilaciones

(125) CA Dijon, sala 3a, 24/03/2016, nro. 15/0057, *D.*, 2016, p. 783, obs. I. GALLMEISTER y p. 1045, obs. H. GAUDEMET-Tallon y F. JAULT-SESEKE; *RTD Civ.*, 2016, p. 335, obs. HAUSER; *JCPG*, 2016, 423, obs. A. MIRKOVIC; *Dr. Fam.*, 2016, com. 137, nota de H. FULCHIRON.

(126) Cas., en pleno (2 casos), 11/12/1992, *JCPG*, 1993, II, 21991, concl. M. JÉOL, nota de G. MÉMETEAU; *RTD Civ.*, 1993, p. 97, obs. J. HAUSER.

(127) Cas. 1a Civ., 07/06/2012, nro. 10-26.947 (1er caso) y nro. 11-22.490 (2o caso), *D.*, 2012, p. 1648, nota de Fr. VIALLA; *AJ Fam.*, 2012, p. 405, obs. G. VIAL; *RDSS*, 2012, p. 880, nota de S. PARICARD; *RTD Civ.*, 2012, p. 502, obs. J. HAUSER; *JCPG*, 2012, nro. 753, nota de Ph. REIGNÉ y Cas. 1a Civ., 13/2/2013, nro. 11-14.515 (1er caso) y nro. 12-

inducidas por esta última condición, parecía que el proceso de conversión sexual era a menudo muy largo de cumplir. Hasta tanto este proceso no hubiera terminado y fuese reconocido jurídicamente -lo que podía tardar varios años-, la persona transexual se encontraba en una situación de vulnerabilidad que la exponía particularmente a las discriminaciones. El mismo caso se daba cuando era llevada a revelar su estado (*coming out*) a terceros, en particular en un marco profesional.

35. La ley del 18 de noviembre de 2016 de modernización de la justicia del siglo XXI flexibilizó las condiciones del cambio de sexo en el estado civil, las cuales figuran desde entonces en el Código Civil (arts. 61-5 y ss.)⁽¹²⁸⁾. Para obtener tal cambio, el demandante debe emprender un procedimiento judicial (art. 61-6 del Código Civil) durante el cual deberá demostrar por medio de una reunión suficiente de hechos que la mención relativa a su sexo en las actas del estado civil no corresponde a aquel con el que se presenta y por el cual es conocido. El art. 61-5 del Código Civil indica que la prueba de los principales hechos puede ser aportada por todos los medios y da una lista de los elementos que pueden ser tenidos en cuenta (que la persona se presente públicamente como perteneciente al sexo reivindicado; que sea conocida con el sexo reivindicado en su entorno familiar, amistoso o profesional; que haya obtenido el cambio de nombre con el fin de que corresponda al sexo reivindicado). En suma, el demandante debe justificar una “posesión de estado” del sexo que reivindica. Por último, y sobre todo, el hecho de no haber sido sometido a tratamientos médicos, una operación quirúrgica o una esterilización, no puede motivar el rechazo de acceder a la solicitud (art. 61-6, inc. 3º).

La desaparición de esta condición debe ser aprobada en cuanto es respetuosa de la integridad de la persona. Notemos que desde la adopción de la ley de 2016, el antiguo procedimiento francés de cambio de sexo que imponía la irreversibilidad de la transformación de la apariencia de la persona fue condenado por la Corte Europea de Derechos Humanos⁽¹²⁹⁾. Así, en ausencia de esterilización previa obligatoria, un individuo podrá cambiar de sexo, pero permaneciendo apto para pro-

11.949 (2o caso), *D.*, 2013, p. 499, obs. I. GALLMEISTER; *RTD Civ.*, 2013, p. 344, obs. HAUSER; *Dr. Fam.*, 2013, com. nro. 48, nota de Ph. REIGNÉ.

(128) Sobre esta, v. en particular MARAIS, A., “Le sexe (si) que je veux, quand je veux!”, *JCPG*, 2016, 1164; VIALLA, F., “Loi de modernisation de la justice au XXIe siècle: changement de la mention de sexe à l’état civil”, *D.*, 2016, p. 2351; PARICARD, S., “Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures”, *AJ Fam.*, 2016, p. 585; CARAYON, L., “Panorama droit et genre, janvier 2016-décembre 2016”, *D.*, 2017, p. 935.

(129) CEDH, 06/04/2017, “A. P., Nicot et Garçon c. France”, caso 79885/12, 52471/13 y 52596/13, *D.* 2017, p. 1027, nota de J.-P. VAUTHIER y F. I.; *La RevDH - ADL*, 03/05/2017, nota de B. MORON-PUECH. *Adde* B. MORON-PUECH, “L’arrêt ‘A. P., Nicot et Garçon con-

crear con su antiguo sexo. Una mujer devenida hombre podría estar así “embarazado”, mientras que un hombre devenido mujer podría concebir un niño con una mujer. Se plantea entonces la cuestión de saber cómo aplicar las reglas de la filiación paterna a una persona de sexo femenino y las de la filiación materna a una persona de sexo masculino. Además de que estas hipótesis son más bien marginales, tal situación podría ser superada si el transexual fuera considerado con su antigua identidad cuando procrea con su sexo de origen⁽¹³⁰⁾. Otra solución consistiría en repensar las reglas relativas a la filiación carnal, haciéndolas recaer en el denominador común de los hombres y las mujeres en la procreación, a saber, la transmisión de los genes (v. *supra*, nro. 28)⁽¹³¹⁾.

A pesar de los notables progresos, el nuevo procedimiento de cambio de sexo puede parecer decepcionante. Podemos temer, en efecto, que los elementos que permiten constituir la posesión de estado del sexo reivindicado y, sobre todo, su duración varíen de una jurisdicción a otra. Con el fin de luchar contra las discriminaciones, el cambio de sexo debe suceder rápido. Dos soluciones podrían entonces adoptarse. Recoger, como en la Argentina, un sistema declarativo o semi-declarativo. O desplazar el debate sobre la pertinencia de la mención del sexo en el estado civil⁽¹³²⁾. Esta última propuesta parece difícilmente concebible en el estado actual del derecho positivo⁽¹³³⁾. Una vía media consistiría en suprimir la mención del sexo en los documentos de identidad más usuales (documento de identidad, pasaporte) —como era el caso en Francia hace unos treinta años— con el fin de permitir al individuo vivir en lo cotidiano en armonía con su identidad de género⁽¹³⁴⁾.

tre France” ou le maintien problématique d’une approche biologisante de l’identité sexuée”, *D.* 2017, p. 994.

(130) PARICARD, S., art. cit.

(131) Informe DIONISI-PEYRUSSE, A. - PICHARD, M., “Le genre dans le droit de la filiation...”, cit.

(132) CARAYON, L., “Panorama droit et genre, janvier 2016-décembre 2016”, cit.

(133) GUEZ, Ph., “Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l’état civil?”, *La RevDH*, 8/2015.

(134) *Ibid.*, en especial nro. 20.