

¿NUEVO SISTEMA DE PARENTESCO Y DE FAMILIA PARA EL SIGLO XXI?

Por: Patricia Alzate Monroy, Abogada y Doctora en Derecho

www.am-abogados.com

www.FormatoLegal.com

Hasta no hace más de 30 años la filiación estaba fundamentada en el origen biológico de la consanguinidad sin descartar, por supuesto, la filiación por adopción. El principio de igualdad de la filiación condujo a la plena equiparación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y los hijos adoptados. Los hijos o eran concebidos sexualmente por sus padres (ya fuera dentro del matrimonio, fuera del matrimonio o en unión libre) o eran adoptados. En ese entonces, no cabía ni imaginar que los hijos pudieran ser concebidos artificialmente, a través de la procreación médicamente asistida, ya fuera mediante la fecundación homóloga o mediante la fecundación heteróloga.

1. LA PROCREACIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA (PMA):

En España la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reformada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre reproducción humana médicamente asistida, ha regulado diversos aspectos (médicos, administrativos, penales, civiles) de la aplicación de nuevas técnicas de procreación humana. El primer banco de espermias se creó en 1978 y al tiempo de la promulgación de la Ley 35/ 1988 se calculaba que había 2.000 niños concebidos mediante estas técnicas, previéndose, además, que unas 700.000 parejas podrían beneficiarse de ellas, en 14 clínicas especializadas.

En términos generales podemos decir que los requisitos para utilizar estas técnicas son los siguientes: a) Deberá haber posibilidades razonables de éxito sin poner en riesgo la vida de la madre o del niño por nacer; b) la mujer solicitante deberá ser mayor de edad, estar en buen estado de salud psicofísica y haber manifestado su consentimiento informado de manera libre y consciente; c) los equipos encargados de aplicar estas técnicas tienen el deber de informar a todos los intervinientes sobre los aspectos

biológicos, jurídicos, éticos o económicos de aquellas; d) los consentimientos dados deben hacerse constar en formularios uniformes; e) en cualquier aplicación de las técnicas la mujer tiene derecho a renunciar a proseguirla; f) la historia clínica individual deberá ser tratada reservadamente, lo mismo que la esterilidad de los usuarios de las mismas y todos los aspectos concernientes al nacimiento de los niños así procreados.

El número de pre-embriónes transferidos al útero de la mujer deberá ser el más adecuado científicamente para asegurar razonablemente el embarazo y siempre tratando de evitar los embarazos múltiples. Se prevé el contrato gratuito de cesión de gametos así como la cesión hecha por el donante y el Centro autorizado, y esta donación deberá formalizarse por escrito y de forma anónima; los datos de identidad serán conservados en el secreto más estricto, y en clave, en el Centro y Registro Nacional de Donantes. La madre y los hijos tendrán acceso a la información general de los donantes, pero no a la identidad de los mismos. Excepcionalmente, y en caso de peligro de muerte para el niño, será posible revelar la identidad del donante, pero sin publicidad. El donante deberá ser mayor de edad, tener plena capacidad de obrar y no sufrir enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles. Los Centros velarán para que de un único donante no nazcan más de seis hijos.

La mujer debe ser informada de los peligros que pueden afectar a la descendencia y durante el embarazo debido a una edad inadecuada de la madre. Si ésta está casada el marido debe prestar plenamente su consentimiento de manera libre, consciente y formal, y de no estar casada, se exige el consentimiento de su pareja el cual, una vez prestado, equivale al documento que, en su caso, exige el reconocimiento del niño por nacer. La ley permite las técnicas de la procreación asistida a una mujer sola, cualquiera sea su estado civil, lo cual supone que el niño que nazca carecerá forzosamente de un padre legal. Así mismo se autoriza la fecundación *post mortem* si el marido, o su pareja de hecho ha autorizado por testamento, o en documento público, que la mujer sea fecundada dentro de los seis meses siguientes a la muerte del marido, con el esperma que éste había depositado en un Banco. La ley prohíbe la maternidad por sustitución (maternidad subrogada) y establece que el vínculo de maternidad deriva del alumbramiento. Está prohibida la clonación humana. Sin embargo, ha sido tema de intenso debate en la comunidad científica y desde el punto de vista de la bioética, la manipulación de embriones con fines terapéuticos.

2. DE SÓLO PAREJAS HETEROSEXUALES A TAMBIÉN PAREJAS HOMOSEXUALES:

Junto al hecho “novedoso” del último tercio del siglo pasado sobre la regulación legal de la procreación médicamente asistida, ha surgido otro hecho “novedoso” como es el de la regulación legal de las uniones de parejas del mismo sexo. Actualmente no sólo está legalmente permitida la fecundación artificial sino que también está legalmente permitida la unión de hecho de parejas homosexuales. Incluso ya hay algunos países que legalmente permiten el “matrimonio para parejas del mismo sexo”, entre ellos España (Ley 13/2005, de 1 de julio).

La heterosexualidad surgía con toda naturalidad como un requisito esencial del matrimonio y de las uniones legales entre un hombre y una mujer. En Occidente, pocos son los países que actualmente regulan “el matrimonio entre personas del mismo sexo”; y no muchos son los países que regulan las “uniones estables entre personas del mismo sexo”. Tales hechos se han saldado con una fuerte polémica social, cuando no con reacciones legislativas contrarias, tendentes a reforzar la heterosexualidad de la unión matrimonial.

La Constitución de la Unión Europea firmada en Roma, dentro del Título II (Libertades) artículo II.69 y bajo el epígrafe “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia” regula esos derechos, “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, lo que también se dice en el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La regulación del art. II.69 ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo, con lo cual estamos ante una cuestión dejada a la libre determinación de cada Estado. El art. 81 de la Constitución Europea prohíbe toda discriminación por razón de la orientación sexual.

La regulación de las formas de convivencia de parejas homosexuales -más allá de la simple convivencia de hecho- varía de un Estado a otro, pasando por un amplio abanico de posibilidades intermedias, mediante la regulación de parejas registradas -con uno u otro nombre- a las que se dota de un Estatuto más o menos próximo al del matrimonio, con normas específicas para la adopción y la filiación.

Antes de la promulgación en España de la Ley 13/2005, de 1 de julio, en algunas

Comunidades Autónomas, estaban legisladas las uniones homosexuales y en algunas de esas Leyes Autonómicas prácticamente se equiparaban al matrimonio las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales.

Actualmente existen muchos tipos de familia: la familia tradicional de fundación matrimonial heterosexual, la familia originada de una unión libre estable y heterosexual, la familia mono-parental, la familia fundada en el matrimonio homosexual, la familia fundada en la unión libre homosexual, y podríamos seguir con un largo etcétera.

3. ¿LA FILIACIÓN Y EL “HOMOPARENTESCO”?

El “homoparentesco” es un término acuñado por algunos antropólogos y sociólogos franceses. Podemos observar que en el derecho de filiación de finales del siglo XX ha influido de manera significativa la novedosa legislación sobre procreación médicamente asistida (PMA) y sobre matrimonio y uniones de hecho para parejas homosexuales. Por ejemplo, ya no sólo se habla del padre biológico sino de padre genético (identificado con el donante del espermia) y un padre procreador que corresponde a quien ha procreado naturalmente al hijo. Hay una paternidad social que se deduce del hecho de que un menor es educado y criado por un adulto que no es su padre biológico.

Y en cuanto al vínculo de maternidad, la madre es la mujer que ha dado a luz al niño, o que lo ha adoptado, presunción que también se aplica, en otros países donde está permitido legalmente a la madre subrogada, cuyo vínculo de maternidad es inimpugnable, pues la única posibilidad de que la madre que ha encargado el embarazo se haga cargo del niño es adoptándolo. En cuanto al principio de paternidad, se conservan las presunciones clásicas, que no se aplican, sin embargo, a las parejas de hecho ni a las parejas homosexuales. Estas presunciones pueden impugnarse, salvo en el caso de la procreación asistida.

¿Las técnicas de la PMA alteran el principio de la procreación? Algunos países reconocen el derecho de la persona a conocer sus orígenes genéticos, bien sea porque lo reconoce la ley o porque ha sido declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional como manifestación general del derecho a la personalidad, apoyado en el art. 7 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989. En los casos de

inseminación heteróloga el hijo puede encontrar su identidad, lo que no supone imperativamente el derecho de transformar el vínculo biológico en jurídico. En España, el art. 5 de la Ley 35/1988 permite solicitar en cualquier momento información general sobre los caracteres físicos del donante, pero sin conocer su identidad; sólo en casos graves para la salud del hijo, o cuando exista un procedimiento criminal, se puede conocer la identidad de aquél, aunque sin repercusión de ninguna clase en la filiación.

El llamado “derecho al hijo” o “derecho a la procreación” no está expresamente garantizado. Sin embargo, muchos autores consideran que el libre desarrollo de la personalidad incluye el derecho a ejercer la capacidad sexual con la finalidad de tener o no tener hijos propios; el derecho a la procreación es el derecho a utilizar los medios adecuados para tener hijos, sea naturalmente, sea por vía de la adopción.

Teniendo en cuenta las novedades legislativas sobre la PMA y las nuevas formas de matrimonio y de uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, la problemática en cuanto a los aspectos civiles de la adopción es muy variada en cada país y podría sintetizarse así: ¿adopción única o plural? ¿ruptura o conservación de los vínculos con la familia biológica? ¿eficacia de la adopción sólo respecto de los adoptantes o también en relación con la familia de éstos? ¿equiparación a todos los efectos con la filiación biológica o conservación de algunas diferencias? ¿revocabilidad o irrevocabilidad de la adopción? ¿Y con respecto a la adopción intrafamiliar cuando el nuevo cónyuge pretende adoptar al hijo legítimo del otro después del divorcio de este último? Y la llamada adopción abierta que permite conservar los contactos entre los adoptantes y los padres biológicos? ¿Seguirá siendo excepcional en la práctica la adopción para personas solas? ¿Y en cuanto a la nueva forma de paternidad social, permitiendo adoptar a las parejas homosexuales?

Respecto de esto último existen propuestas de reconocimiento de una paternidad social a tiempo parcial o limitado, teniendo en cuenta los casos en que los adoptantes solicitan y obtienen el divorcio después de la adopción (psicológicamente el adoptado viene a sufrir un segundo abandono). Habría que recordarse que lo que prima es el interés del menor, lo cual no deja de ser un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación concreta corresponde al juez.

Lo cierto es que la ley no ofrece una definición de familia. En la actualidad asistimos a

una proliferación de modelos familiares que nos incita a reflexionar sobre la concepción de familia: 1) familias nucleares basadas en el matrimonio heterosexual, 2) familias adoptivas, 3) familias mixtas, 4) familias de acogida, 5) familias homosexuales que recurren a la procreación asistida. No existe ni en la ley civil ni en la Constitución una definición de la familia. En realidad lo que existe es una definición mínima de parentesco como un sistema que atribuye unos hijos a unos padres y unos padres a unos hijos. Según las épocas y culturas, se combinan de modo diferente tres elementos: el matrimonio, la filiación y la residencia.

En Occidente, hasta el momento y de forma generalizada, se concibe la familia como un padre y una madre unidos por el matrimonio, con unos hijos a los que se les confiere la filiación derivada de esa paternidad y maternidad unidas por el matrimonio; ésta origina a su vez otras relaciones familiares como son los hermanos, los abuelos, tíos, nietos, sobrinos, primos, etc.

Sin embargo, algunos juristas, etnólogos, antropólogos y psicólogos piensan que se pueden tener varias figuras paternas y varias figuras maternas (como es el caso de las familias de acogida), o se puede tener un solo padre o una sola madre cuando el padre y la madre no viven forzosamente juntos (como en el caso de los divorciados). Ante estos hechos, se preguntan ¿no cabe plantearse la posibilidad de que exista otro tipo de vínculo de parentesco entre el hombre y la mujer y el niño? ¿no cabe inclinarse por otras formas de estructura familiar, en las que el niño, aunque nazca todavía de la unión de lo masculino y lo femenino, no viva por completo o no viva nunca con un padre y una madre, sino con dos “madres” o dos “padres”? Esta forma de familia sólo afecta, por definición, a la población homosexual, cuya importancia numérica es difícil de determinar y sin que deje de ser mínima.

Resulta muy ilustrativo de los nuevos sistemas de parentesco, la lectura de un libro titulado “Padres como los demás (homosexualidad y parentesco)” de la antropóloga francesa Anne Cadoret, en el que plantea que la familia homosexual, es decir los padres homosexuales y sus hijos, pueden configurarse a través de cuatro fórmulas: 1. a raíz de una nueva formación familiar mixta con un compañero del mismo sexo tras una unión heterosexual; puede proceder 2) de un sistema de co-parentalidad en el que gays y lesbianas que viven solos o en pareja se ponen de acuerdo para tener un hijo que se criará entre las dos unidades familiares, materna y paterna, la primera exclusivamente

femenina y la segunda sólo masculina; también se puede establecer 3) gracias a la adopción de un niño o 4) al nacimiento de un hijo engendrado con técnicas de procreación asistida (PMA), a través de inseminación artificial con donante o madre de alquiler. Todas estas fórmulas resuelven, cada una a su manera, el problema de la identidad familiar del hijo, abordando dos cuestiones esenciales: la importancia de lo biológico como fundamento del parentesco y la adecuación entre pareja parental y pareja conyugal.

Continúa diciendo la autora citada que quienes establecen una relación de co-parentalidad retoman el principio de la similitud progenitores-padres y quieren dar al hijo un padre y una madre presentes, aunque sus padres no hayan constituido jamás “una sola carne”. Los partidarios de la adopción respetan también la regla de los padres progenitores; pero éstos están ausentes y el parentesco concreto del niño(a) se asienta en un parentesco social constituido por un solo hogar. Los adeptos de la procreación asistida, por su parte, coinciden con los padres adoptivos en que tampoco quieren que el niño alterne entre dos hogares. Pero, a diferencia de los padres adoptivos, desean un niño de su propia sangre, reforzando así el peso simbólico de lo biológico en el establecimiento del parentesco.

Esta antropóloga francesa plantea en su libro casos concretos y muy interesantes de la vida real. Por ejemplo, Brigitte, profesora de letras, embarazada gracias a una inseminación artificial con donante desconocido, se asesoraba con su pareja lesbiana sobre las formas de adopción posibles, con el fin de establecer un vínculo de parentesco reconocido entre su compañera y su hijo. Otros, como Francisco y Eduardo, el primero médico y el segundo director de recursos humanos en una importante empresa, comentaban su proyecto de co-parentalidad: habían conocido a una pareja de lesbianas y se planteaban tener hijos con ellas. Otros que han vivido esta experiencia les comentaban que tienen una hija pequeña que vive con su madre y la novia de ésta, pero a la que ven su padre y su compañero algunos fines de semana. Los “padres” residen a 200 kms. de distancia de las “madres”. Otra pareja homosexual deseaba adoptar. Todos ellos ya no discuten tanto su derecho a casarse, sino a demostrar la existencia de ese nuevo parentesco homosexual ya que, según ellos, la homosexualidad -masculina o femenina- no es contradictoria con el parentesco. Sostienen que la similitud que representa la homosexualidad prevalece sobre la diferencia en la elección de una fórmula concreta de acceso al parentesco. Se pregunta la autora ¿Qué tienen en común la adopción, la procreación asistida y la co-parentalidad, salvo el único hecho de que el

progenitor no puede procrear al niño con la persona amada?

Las parejas homosexuales ya no sólo reivindican el matrimonio homosexual, sino también el reconocimiento y aprobación del “homoparentesco”, puesto que afirman que la filiación existe en las familias homosexuales. Al reclamar el reconocimiento de una posición parental para cada uno de los dos miembros de la pareja, no exigen únicamente una función de parentalidad (“somos padres tan buenos como los demás”), sino también la proclamación de su posición de parentesco y de su acuerdo de pareja, que ya no pasa por la complementariedad sexual, reflejo de la complementariedad del engendramiento. No es que nieguen la diferencia sexual, ni que nieguen la existencia diferenciada de lo masculino y lo femenino, pero sí rechazan considerarla como el único fundamento del deseo, de la sexualidad, de la familia... del matrimonio y de la filiación.

Sustentan que tener un hijo, ser padres, conlleva la realización de diversas funciones: concebir, traer al mundo, criar, alimentar, educar, proteger, situar en una profesión, conferir un estado civil, etc. Y que en nuestra sociedad, al permitir, por una parte, la procreación o filiación al margen de las relaciones sexuales, y al favorecer, por otra parte, la monoparentalidad por medio de subvenciones para padres o madres solteros, favorecen implícitamente el reconocimiento del homoparentesco. Los gays y lesbianas que aspiran a formar una familia se sitúan en el movimiento de “reivindicación” personal del bebé. Las lesbianas, por ser mujeres, siempre pueden reivindicar su identidad materna, sea cual sea la fórmula de parentesco elegida. Los gays, por su parte, pueden recurrir a la madre de alquiler o adopción para ser “padres”. Afirman que en estas fórmulas “dúo” las tareas domésticas se realizan entre dos hombres o dos mujeres, de manera que la diferencia de sexo ya no influye en el reparto de tareas.

Pero ¿qué modelo masculino debe darse a un hijo criado por mujeres? ¿Qué modelo femenino puede darse a un hijo criado por hombres? A esto responden que para ellos es muy importante la elección del padrino o de la madrina, en su caso... obviamente, heterosexuales. Además, también cuentan con la figura de los abuelos (igualmente heterosexuales). Ante lo que nos preguntamos ¿cómo fundamentan su pretendida homoparentalidad, si la estructuran sobre la heterosexualidad? ¿En qué se basarían si ya no existieran padrinos y abuelos heterosexuales?

En vista de que se requiere un hombre y una mujer para dar vida a un hijo, de que ese

componente masculino y ese otro femenino deben transmitirse para dar vida a un niño(a), ¿no se deduce que este hombre y que esta mujer deben formar una pareja conyugal? A lo que los movimientos de gays y lesbianas responden que debe marcarse la separación entre parentesco y biología. Dicen que no debe confundirse engendramiento con parentesco, ya que hay una diferencia entre filiación y descendencia: la filiación se fundamenta en relaciones de consanguinidad, sin privilegiar la ascendencia materna o paterna. En cambio, la descendencia designa a los ancestros -o a los herederos- y selecciona a ciertos parientes en detrimento de otros; es el principio de todos los sistemas lineales. Afirmando, por tanto, que el parentesco se estructura a partir de realidades que no guardan relación alguna con la unión de los sexos o el engendramiento de los hijos.

Todas estas cuestiones que hasta hace no más de treinta años nos hubieran parecido sacadas de la “ciencia ficción”, resultan ser ya una realidad en nuestra sociedad actual. Como profesionales del Derecho, y especialmente del Derecho de Familia, podremos estar de acuerdo o en desacuerdo con este tipo de nuevas realidades familiares y, aunque estadísticamente aún sean mínimas, debemos enfrentar una realidad y es que en España, al permitirse legalmente el matrimonio entre parejas del mismo sexo, mediante la reciente Ley 13/2005 de 1 de julio, con ello se ha “revolucionado” el concepto tradicional del matrimonio, de familia y de parentesco.

¿Que se trata de “ficciones jurídicas” para hacer frente a estos nuevos retos del derecho de familia? Lo cierto es que estas nuevas realidades familiares existen y que la filiación ya es posible de muchas otras maneras distintas a la unión sexual entre el hombre y la mujer. Y que los especialistas en Derecho de Familia tenemos que hacer frente a estos cambios tan significativos en los sistemas de parentesco y de familia impulsados por el progreso y los retos que nos propone la ciencia, la investigación y la tecnología.

Podríamos concluir anotando lo que dice el autor Martínez García J.L. en su libro *La Imaginación Jurídica*: “... si el pensamiento iusnaturalista ha querido ver el derecho desde la verdad, desde una realidad auténtica, el constructivismo prefiere hacerlo desde la ficción. El punto de vista de la ficción, con su apelación a la invención, a los múltiples recursos de la imaginación, y con una inquietante dosis de irrealidad, aparece como una vía estimulante y poco frecuentada de acceso al derecho. La posibilidad de la ficción es una de las más típicas y a la vez extrañas propiedades del lenguaje humano. Y la primera ciencia social que se ha ocupado intensamente de esta problemática ha sido

precisamente la más pragmática de todas: el derecho con su teorización y utilización de los procedimientos de la *"fictio iuris"*. El jurista consigue instaurar y consolidar su poder sobre la realidad porque paradójicamente posee como pocos el poder de la ficción. El derecho es capaz de configurar activamente la realidad desplegando su normatividad, pero sorprendentemente "la validez de una norma no es algo real". Su lógica está fabricada de ficción. La ficción no es, como se ha creído siempre, herramienta ocasional del jurista: está presente en la misma trama de su discurso..."

Lo que sí está claro es que en nuestro mundo contemporáneo se reivindica continuamente la importancia de "lo natural". Lo natural significa aquello que no es artificial. Se predica la bondad y la autenticidad de lo natural en todos los aspectos: salud, alimentación, comportamiento, ecología, medio ambiente, etc. Varios son los Juristas que se preguntan: Y ¿por qué no predicarlo así en el mundo del derecho, especialmente del derecho matrimonial y de familia? ¿Por qué tanta oposición entre lo natural y lo cultural en el derecho de familia y el matrimonio?