

**“Muerta la Familia vivan las familias:
Evolución del derecho de familias en Europa”**

DANIEL BORRILLO.

El fin de la Familia como orden religioso: la muerte divina

El fin de la Familia como orden político: la muerte del monarca

El fin de la Familia como orden social: la muerte del cónyuge

El fin de la Familia como orden sexual: la muerte del *pater familias*

El fin de la Familia heterosexista: la muerte del heteropadre

*

El comienzo de las familias laicas

El comienzo de las familias democráticas

El comienzo de las familias extramatrimoniales

El comienzo de las familias igualitarias

El comienzo de las familias homoparentales

Introducción

Las familias homoparentales se inscriben en el proceso evolutivo denominado “pluralismo familiar” propio a las sociedades occidentales modernas.

El fin del monopolio del derecho canónico en materia familiar (siglo XVIII), la emergencia del concubinato como forma de organización familiar (siglo XIX), la igualdad de la mujer casada, la autorización del divorcio, el control de la natalidad y la igualdad de las filiaciones (siglo XX) han producido una creciente contractualización de las relaciones familiares.

En efecto, el modelo familiar clásico, de vocación monopolista, está fundado en una visión jerárquica y estatutaria (en oposición a la contractual) de las relaciones familiares. Los individuos están subordinados unos a otros (en función del género y la edad) y ocupan un lugar inamovible en el seno de la familia.

El control de la natalidad y el divorcio han permitido atenuar el carácter jerárquico del modelo clásico. El segundo determinando la duración de la relación en función de la voluntad de las partes y el primero limitando el número de descendientes. Estas situaciones han constituido las condiciones de posibilidad de familias no jerarquizadas por el género, germen de la igualdad familiar.

Justamente, la característica principal de las familias homoparentales (siglo XXI) es que éstas no están constituidas por parejas de género diferente, lo que impide una organización jerárquica en función del sexo de sus miembros¹.

Las familias homoparentales han llevado a la práctica el principal objetivo de las nuevas formas de organización familiar: los roles conyugales son intercambiables. Al modelo estatutario, de naturaleza metafísica, las familias homoparentales

¹ BORRILLO, D., “Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial”, *Jueces para la democracia*, nº 35, julio 1999, Madrid, pp. 15-18.

oponen una visión fenomenológica basada en la individualización y la contractualización de los vínculos de pareja y de las relaciones filiales.

Si las fuerzas conservadoras y reaccionarias están tan obsesionadas con las familias homoparentales es precisamente por que ellas representan la muerte de una metáfora familiar que es a la vez una metáfora social y política: preeminencia de lo masculino, superioridad del matrimonio sacramental y naturalización de la heterosexualidad reproductiva.

Tomando como ejemplo la evolución de la organización familiar en la Unión Europea y dentro del marco teórico enunciado, mi intervención es a la vez un análisis y una crítica de este modo de estructuración de la sociedad y la política que denominamos *familia*.

Los elementos de la ruptura

A partir de los años 1970 se produce en Occidente una revolución de la vida privada y familiar cuyas repercusiones se hacen sentir hasta el día de hoy.

En un país como Francia por ejemplo la legalización de la contracepción en 1967 y la despenalización del aborto en 1975 han permitido un control efectivo de la natalidad y por ende de la autonomía de la mujer tanto casada como soltera. Es también en los años 1970 que se generaliza en Europa, principalmente en los países del norte, el divorcio por mutuo consentimiento.

Además, entre 1974 y 1994 se produce una disminución del 25% del número de matrimonios en la Unión Europea. Los nacimientos extramatrimoniales pasan de un 5% en 1965 a un 22% en 1993. Hoy día en Francia alcanzan casi el 50% y en Suecia casi el 60%.

En los años 1970 se pone fin a la diferencia entre la filiación legítima (dentro del matrimonio) e ilegítima (fuera del matrimonio) y la patria potestad pasa a ser compartida.

Todas estas cifras tienen una correlación directa con el aumento de la actividad profesional de las mujeres. En el conjunto de la Unión Europea el número de mujeres activas se acerca cada vez más al de los hombres: entre 1986 y 1994, la tasa de actividad de las mujeres ha pasado de 40 a 45%, en tanto que la de los hombres disminuía de 69% a 66%. En Francia el porcentaje de actividad de las mujeres entre 25 y 54 años ha progresado de 45% en 1968 a 79% en 1994; las mujeres representan hoy día en Francia el 48% de la población activa.

La desnaturalización de la maternidad (del instinto maternal) y la crítica del feminismo a la construcción social del sentimiento materno han permitido la emergencia de la práctica de las maternidades de sustitución (o "vientre de alquiler" como peyorativamente se las denomina). La maternidad de sustitución cuestiona de manera radical el esencialismo biológico, como lo subraya la psicóloga francesa Delesai de Parseval, ya que separa la maternidad en dos o tres sujetos madres: la madre genética, la madre gestadora y la madre de intención...

Además a finales de los años 80 comienza a desarrollarse un proceso evolutivo de reconocimiento de las uniones homosexuales. Dinamarca en 1989, Noruega en 1993, Suecia 1994, Islandia 1996, Holanda 1997, Bélgica 1998, Cataluña 1998, Aragón 1999, Francia 1999... fueron los primeros países en reconocer la unión entre personas del mismo sexo².

En Hungría, la Corte constitucional decidió el 1 de marzo de 1996 que las parejas homosexuales debían gozar del estatuto de parejas de hecho como las parejas de concubinos heterosexuales (el parlamento portugués voto una ley similar el 15 de marzo de 2001).

² BORRILLO, D., "Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne", McGill Law Journal, vol. 46, August 2001 pp. 877-922.

Podemos distinguir dos formas de unión civil en Europa: la unión civil *contractual* y la unión civil *institucional* según que se aproximen o no al derecho matrimonial. En la primera categoría, abierta a las parejas heterosexuales se encuentran, entre otras, las leyes de cohabitación legal belga, las uniones estables de las comunidades autónomas españolas (Valencia 2001), el Pacs francés, las leyes de las ciudades de Ginebra (2001) y Zurich (2002) en Suiza. En la segunda categoría se encuentran las leyes de los países escandinavos y de Alemania, siendo reservadas a las parejas del mismo sexo y otorgando más derechos que la unión de tipo contractual.

Una decisión del Tribunal Europeo de derechos humanos (“Karner contra Austria”, 14/07/2006), que tiene fuerza obligatoria en los 46 Estados signatarios de la Convención europea de derechos humanos, reconoce la pareja homosexual a efectos de la subrogación del contrato de arrendamiento del piso común. Se trataba de dos hombres que vivían juntos desde hacía 5 años y uno de ellos (el titular del contrato de alquiler) había muerto de SIDA en 1994. La Corte suprema de Austria había considerado que la ley que permite el traspaso del contrato de alquiler al cohabitante en caso de muerte o abandono del titular se aplica exclusivamente a las uniones heterosexuales. Al condenar a Austria, el Tribunal Europeo crea las condiciones de un mínimo de reconocimiento jurídico que debe ser respetado en los países del Consejo (por ejemplo: Polonia, Albania, Turquía o Armenia).

Sólo tres estados europeos reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo: Holanda, Bélgica y España. El proyecto del partido socialista francés para las elecciones de 2007 incluye el reconocimiento del matrimonio y la adopción.

Nuevas formas de conyugalidad y de filiación.

Esta nueva realidad sociológica (pluralismo familiar) es frecuentemente explotada por los sectores conservadores que ven en ella la decadencia de la familia. Pero al

presentar como una verdad del sentido común dicha decadencia, esos mismos sectores omiten decir a qué tipo de familia hacen referencia.

La familia estable, ensalzada como modelo de la vida social, es una entidad cerrada constituida por personas que pertenecen a la misma clase, la misma nacionalidad y la misma religión. Dicha familia está fundada en un orden rígido de géneros y en una división del trabajo que relega la mujer a la domesticidad.

La política que cristaliza dicha ideología se denomina “familiarismo”.

El familiarismo es una concepción del mundo social, como lo señala Remi Lenoir³. El familiarismo convierte el modelo familiar tradicional en el principio de todas las cosas inclusive de la vida pública: organización de la vida política (voto familiar), organización de la distribución de la riqueza (justicia familiar) y moral de la vida pública (orden familiar) como asimismo una ética de la vida privada (familias numerosas). El petenismo en Francia, el salazarismo en Portugal, el fascismo en Italia y el franquismo en España constituyeron, en mayor o menor grado, puestas en practica de la ideología familiarista.

Precisamente, dicha tradición familiarista se perpetúa (Rémi Lenoir) mediante el rechazo al derecho de los homosexuales a fundar una familia. No resulta extraño que la Iglesia Católica haya decidido librar una batalla encarnizada contra las nuevas formas de vida familiar. Las políticas familiaristas de los Estados totalitarios han sido siempre elaboradas, propiciadas o fomentadas por la iglesia.

Al defender el modelo familiar tradicional como fundamento natural de la sociedad, las fuerzas conservadoras no pretenden tanto condenar aquellos que no se acomodan a ese modelo (piénsese en la cantidad de políticos españoles o italianos que defienden el modelo familiar clásico y que en sus vidas privadas tienen varios divorcios, amantes e hijos ilegítimos) sino hacer todo lo posible para

³ R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, Paris 2003.

que la ficción continúe funcionando. Aunque nadie lo respete en la práctica, es necesario defender el modelo públicamente para que produzca efectos políticos. ¿Cuales son dichos efectos? Preeminencia de la tradición contra la deliberación democrática, institucionalización de la moral patriarcal como forma natural del orden doméstico y político; preeminencia del orden social instaurado por la Iglesia contra la elección individual de las personas con sus singularidades. Lucha contra la modernidad, considerada como el origen de todos los males...

Familias elegidas

Como lo subraya Kath Westom (“Las familias que elegimos”, Bellaterra 2003), las familias gays y lesbianas consagran como principio organizativo la elección en oposición a la consanguinidad propia a las familias heterosexuales. La pareja heterosexual reproductiva cesa de ser la base de la vida familiar.

El movimiento LGBT produjo el triunfo de una visión moderna, individualista, contractualista y desacralizada de la vida familiar, concebida de ahora en adelante al servicio del individuo y no éste al servicio de aquella⁴.

Si el movimiento feminista puso fin al “contrato de género” denunciado como la perpetuación de la desigualdad social y política de la mujer. El movimiento Lésbico y Gay radicaliza dicha evolución pues rompe con la base misma de la diferencia de sexos como constitutiva del contrato matrimonial y de la filiación. Por eso el nuevo código civil español no habla ya de “marido” y “mujer”, denominaciones de tipo residual que hacen referencia a la especificidad de las funciones masculinas y femeninas, sino de “cónyuges” o “consortes”, terminología más adecuada con la exigencia de igualdad entre las partes ya que los derechos y obligaciones no están determinados por el sexo de los contrayentes.

⁴ BORRILLO, D., “Who is Breaking with Tradition ? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity”, Yale Journal of Law and Feminism, vol. 17, N°1, 2005, pp. 89-97.

La apertura del derecho al matrimonio para las parejas del mismo sexo nos obliga a asumir sin cortapisas los principios políticos de la modernidad. La desacralización de las nupcias, la disociación entre sexualidad y reproducción, la fundación de la filiación en la voluntad y no en la biología así como la contractualización de las relaciones familiares ponen de manifiesto la radicalización de la modernidad que el matrimonio LGBT produce. De ahora en adelante no podemos seguir pretendiendo que las instituciones familiares están fundadas en un orden natural que trasciende la voluntad individual: cada ciudadano, homo o heterosexual, construye su propia familia.

El rechazo del matrimonio homosexual muchas veces no es más que la hostilidad hacia la modernidad política, social y jurídica. El horror que produce la homoparentalidad es proporcional al temor de fundar la vida social en valores inmanentes y no en una metafísica naturalista. Los argumentos que se utilizan contra la igualdad para las parejas homosexuales no son novedosos, se han usado contra los matrimonios interraciales, contra la libre disposición del cuerpo por las mujeres, contra el sufragio universal, contra el estado de bienestar..... Todas estas evoluciones fueron también consideradas por los conservadores como situaciones apocalípticas⁵. Pero dejemos a los conservadores con sus temores y volvamos a la realidad jurídica europea⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa no tanto en la noción de familia como la elaboran los sistemas jurídicos nacionales sino en la noción de “vida familiar”. Una abundante jurisprudencia europea protege no tanto aquello que los Estados consagran como familia en sus leyes sino lo que los individuos construyen como vínculos afectivos en sus diversas formas (matrimonio, cohabitación...) y filiación (biológica y adoptiva). La noción de vida familiar desarrollada por el

⁵ BORRILLO, D. « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité » in *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, PUF, Paris, 2006.

⁶ Los efectos de la reforma jurídica en material de igualdad sexual, Universidad de verano del Escorial, Madrid, julio 2005.

Tribunal es un concepto mucho mas próximo de la realidad. De la manera en que los individuos tejen lazos de solidaridad afectiva, económica y emocional.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo

En un interesante asunto “X, Y, Z c. Reino Unido” del 22 de abril de 1997, el Tribunal Europeo estima que el vínculo que une a un transexual (mujer/hombre) y una mujer heterosexual no puede asimilarse a una pareja de lesbianas ya que el transexual se comporta como un hombre desde su operación de conversión sexual. Dicha pareja había decidido tener hijos por medio de la inseminación artificial de la mujer con donante anónimo. La persona transexual no ha podido sin embargo registrarse como padre de los niños ya que la ley inglesa no aceptaba en esa época el cambio de estado civil. El Tribunal tuvo que responder a la siguiente pregunta: ¿una mujer (el transexual operado pero sin cambio de estado civil) puede ser considerada como el padre de un hijo nacido por inseminación artificial de su compañera ?

Yo creo que indirectamente el Tribunal europeo respondió que sí⁷. En efecto, dice el Tribunal que “las partes viven de una manera que no se diferencia en nada de la vida familiar tradicional” y recuerda que el concepto de vida familiar comprendido en el artículo 8 de la Convención “no se limita a las familias fundadas en el matrimonio sino que puede también englobar otras relaciones de hecho (“Marckx contra Bélgica” del 13 de junio de 1979; “Keegan contra Irlanda” del 26 de mayo de 1994; “Kroon contra Holanda”, 27 octubre de 1994; etc.). Para determinar si una relación puede ser analizada como una “vida familiar”, el Tribunal estima que es útil tener en cuenta ciertos elementos como el hecho de saber si los miembros de la pareja viven juntos y desde cuándo, si tienen o no hijos comunes, etc.

⁷ BORRILLO, D., “La protection juridique des nouvelles formes familiales: le cas des familles homoparentales”, Mouvements n°8, Paris, marzo/abril 2000, pp. 54-59.

En el caso del transexual, éste se ha comportado socialmente como el cónyuge de la mujer y como el padre de los hijos biológicos de esta última. La inseminación artificial fue el fruto de un proyecto de la pareja. El transexual se ha ocupado siempre de los hijos y éstos lo han considerado como un padre desde el nacimiento. Por ello, el Tribunal consideró que existen “lazos familiares *de facto* que unen el transexual, su compañera y el hijo de ésta”

Aunque el Tribunal no condenó al Reino Unido por no otorgar la patria potestad al transexual demandante, el caso es muy interesante ya que abre la puerta a nuevos modos de crear relaciones familiares. Estas no dependen de ahora en adelante de los corsés establecidos en los códigos civiles sino de la imaginación de los individuos en sus relaciones afectivas.

La igualdad como proceso inacabado

El año pasado realizamos un estudio comparativo financiado por el INED (Institut National d'Études Démographiques), donde analizamos nueve países europeos que tienen una legislación nacional que reconoce las uniones del mismo sexo⁸. Dentro de la evolución europea, dicho estudio ha puesto de manifiesto la diferencia entre los países. Los derechos que otorga la unión civil no son los mismos en los diferentes Estados europeos. Holanda, Suecia, Finlandia, Noruega, Islandia y Dinamarca ofrecen más ventajas a las parejas de la unión civil (*registered partnership*) que Alemania, Francia o Bélgica por ejemplo.

Esta situación creará nuevos problemas jurídicos y constituirá una barrera para la libre circulación en el espacio comunitario ya que las parejas unidas civilmente en un estado no tendrán los mismos derechos en otros estados miembros y las parejas casadas tendrán muchas dificultades para ser reconocidas en otros países (el

⁸ More or Less Together : levels of legal consequences of marriage cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries. Documents de travail INED, Kees Waaldijk (Ed.), INED n° 125, 2005.

Ministro de justicia francés ya se ha pronunciado contra el reconocimiento de los matrimonios homosexuales mixtos entre franceses y españoles por ejemplo).

En los nueve países estudiados encontramos una evolución que comienza con la adopción de leyes de igualdad de mayoría sexual para las relaciones sexuales homosexuales (Holanda 1975, Dinamarca y Suecia 1979, Francia 1982, Bélgica 1985); luego aparecen leyes que protegen contra la discriminación fundada en la orientación sexual (Noruega 1980, Francia, Dinamarca y Suecia en 1985...), luego vino el reconocimiento de la cohabitación (Suecia y Noruega 1978), después la introducción de leyes de unión civil y, por último, el matrimonio. Así vemos pues que el proceso de igualdad de las orientaciones sexuales lleva mas de treinta años.

España actualmente se encuentra a la cabeza, junto con Holanda y Bélgica, de los países que reconocen la igualdad de familias. Pero si comparamos España con Québec, vemos que la ley española rechaza la presunción de paternidad en el caso de la inseminación con donante. Del mismo modo, las parejas heterosexuales pueden casarse por la iglesia en España y dicho matrimonio produce efectos civiles en tanto que las parejas del mismo sexo sólo pueden acceder al matrimonio celebrado ante el juez.

Para terminar

Para no caer en una visión idealista, quisiera llamar vuestra atención acerca de la manera en que las parejas homosexuales y las familias homoparentales pueden también reconducir los viejos modelos jerárquicos. Daré el ejemplo de las familias lesboparentales en las cuales muy frecuentemente sólo la madre biológica es denominada mamá por el o los hijos. La compañera de la madre es denominada madrina o “mamou” ...

Otra vez, vemos como lo biológico termina invadiendo inclusive los modelos de filiación mas modernos...

También el modelo biológico otorgó un lugar preeminente a la mujer y eso se ve inclusive en las familias homoparentales: en Europa 1% de las parejas gays tienen niños contra 15% de las parejas lesbianas.

Del mismo modo algunas legislaciones europeas exigen la esterilización del individuo que solicita un cambio de sexo como si la transexualidad fuese incompatible con el papel parental.

Estas situaciones nos llevan a pensar que la igualdad jurídica no significa necesariamente igualdad social y que el cambio de mentalidades lleva mucho mas tiempo que la modificación de las leyes.

Una vez que la homoparentalidad sea aceptada socialmente debemos estar atentos para evitar crear nuevas discriminaciones entre los gays y las lesbianas “serios y responsables” que viven en pareja y tienen hijos y los “irresponsables y promiscuos” que escogen la soltería ...