

La filiación: ¿Hecho o derecho?

por **Lorenzo Peña**
JuriLog. CSIC. CCHS
Madrid, 2011-10-13. Versión 2.1

Este escrito es un esbozo. Es propiedad intelectual de Lorenzo Peña 2011 ©¹

Sumario

0. Introducción
 1. Filiación biológica y filiación social
 2. Preferencia por el tratamiento funcionalista
 3. ¿Puede ser la filiación un contenido jurídico?
 4. Difícil encuadramiento constitucional y convencional del derecho a la filiación
 5. La filiación como derecho de bienestar. Consecuencias jurídicas
 6. Conclusiones
-

§0.— Introducción

El presente trabajo está consagrado a examinar la filiación desde el punto de vista jurídico, especialmente desde la filosofía del Derecho, con un enfoque jusnaturalista.

La filiación puede verse como un hecho jurídico o como un contenido jurídico. Si es un hecho jurídico, entonces es un supuesto fáctico al que la ley ligará ciertas consecuencias jurídicas. Si es un contenido jurídico, entonces el establecimiento mismo de la relación de filiación estará sujeto a una determinación jurídica, que puede ser la de licitud, obligatoriedad o prohibición.

Las dos tesis medulares de este ensayo son:

- 1^a) Que existen dos relaciones de filiación inconfundibles, la filiación genética o biológica y la filiación legal —o, más ampliamente, socio-cultural—; aquella que ha de ser jurídicamente pertinente es la segunda, no sólo como contenido jurídico (concretamente como derecho del niño), sino también como supuesto fáctico —aunque en una amplia gama de situaciones, a su vez, ese supuesto esté causalmente enlazado a la previa relación genética.
- 2^a) Que uno de los derechos humanos fundamentales —como derecho de bienestar o derecho positivo— es el del niño a tener una filiación legal.

Mi propuesta equivale a recomendar una radical reelaboración de toda la legislación de familia, aboliendo el distingo entre filiación adoptiva y filiación natural para retener sólo el concepto jurídico de filiación y paternidad legal, desvinculada del lazo genético salvo cuando el interés del menor y las aspiraciones legítimas de los progenitores aconsejen hacer coincidir ambas relaciones.

¹. Permítase la reproducción textual e íntegra de este ensayo, sin omitir ni la propiedad intelectual del autor, Lorenzo Peña, ni su calidad de esbozo o borrador.

Vinculados a los temas que se abordan en este trabajo están muchos otros: la procreación médicamente asistida —en particular aquella que implica donación de gametos; los derechos del embrión; la gestación solicitada, y más especialmente la gestación profesional; la paternidad en parejas del mismo sexo; la relación entre hijos engendrados en la pareja y fuera de ella; el tratamiento de situaciones de filiación ficticia alcanzadas por medios delictivos (niños robados); el derecho a la paternidad y a la maternidad; los deberes y derechos de los hijos para con los padres y viceversa (o sea las consecuencias jurídicas del disfrute del derecho a la filiación aquí proclamado); el conflicto entre la pretensión de un individuo a averiguar sus orígenes (genéticos) y el derecho ajeno a la intimidad; el derecho de cada uno a su propia identidad (un derecho —si es que existe— cuyo contenido dependerá de qué conceptos metafísicos adoptemos de individuo y de identidad). Material para futuras investigaciones.

§1.— Filiación biológica y filiación social

¿Qué es la filiación? Todas las sociedades animales y también muchas especies animales no-sociales conocen relaciones que, con fundamento verídico, podemos conceptualizar como de filiación. Sin embargo, esta palabra no es unívoca, porque —al margen de muchas otras matizaciones y variaciones— podemos entender por «filiación» dos relaciones claramente distintas, aunque ciertamente unidas entre sí por ciertas conexiones que suelen sustentar el paso de la una a la otra.

En primer lugar, tenemos un relación genética, la de engendramiento, a la cual voy a denominar «filiación biológica». En qué consista la filiación biológica depende de la especie. En algunas especies de invertebrados y aun de vertebrados consiste en que suceda una eyección de gametos y éstos se junten. En especies de mamíferos como la humana consiste en que tenga lugar un coito por el cual penetra en el cuerpo de la hembra un espermatozoide que se une a un óvulo fecundándolo, produciendo un cigoto que después es gestado por dicha hembra y, tras esa maduración, parido. La filiación biológica humana es, por consiguiente, la relación entre un individuo nuevo y dos individuos mayores de la misma especie resultante de haber estado los tres involucrados en ese proceso de engendramiento, gestación y alumbramiento. Ninguna otra relación es una filiación biológica.

La filiación social es un lazo existente entre un individuo joven de una especie y uno, dos o más individuos adultos de la misma, por la cual éstos conviven con él, asumiendo su tutela, crianza, alimentación e incorporación a la vida adulta.

El nexo entre ambas filiaciones es real, porque es habitual —en un gran número de especies, incluida la humana— que sólo los dos individuos que son genitores del individuo joven asuman ese papel de tutela y crianza (o, más frecuentemente, que sólo lo haga la madre).

La filiación biológica es unívoca, estando determinada por los rasgos innatos de la especie. No es, sin embargo, simple. Por el contrario, encierra en sí una

enorme complejidad. Cada progenitor tiene, primero, que producir en sus gónadas los gametos; éstos tienen luego que acercarse, a través de la unión carnal de esos progenitores, para finalmente fundirse y desencadenar el descrito proceso.

Tras varios miles de millones de años de evolución, la naturaleza, en nuestro planeta, inventó la sexualidad (la bisexualidad, más exactamente) como modo de reproducción que tiene ventajas con respecto a la pululación y a la fisión, que hasta entonces habían sido los únicos existentes. La bisexualidad anisogámica estriba en un amplio cúmulo de elementos anatómicos y hechos fisiológicos que se condensan en el engendramiento, según lo he resumido más arriba. En otros planetas o en otros mundos posibles puede que se hayan escogido otras vías, quizá con más de dos sexos, procesos más complicados y resultados diversos.

Sea de ello lo que fuere, es seguro que hoy la ciencia de la reproducción nos permite analizar ese hecho del engendramiento, descomponerlo en partes y sustituir unas u otras de esas partes del procedimiento por conductas artificiales.²

En todos esos casos (y en muchos otros que van a venir en seguida), el arte y la ciencia ocupan, parcialmente, el lugar de la naturaleza, de suerte que ya no cabe hablar de engendramiento, de filiación biológica, sino de otra cosa, aunque se parezca más o menos y aunque guarde similitudes con aspectos determinados del engendramiento propiamente dicho.

Si, pese a tales complejidades ocultas, la relación de filiación biológica o de engendramiento es —podemos decir— sencilla y unívoca, la filiación social es mucho más compleja, variable y modulable.

La antropología estructural de Claude Lévi-Strauss se opuso a la teoría funcionalista en sociología; ésta concebía los roles sociales en clave de las tareas que quienes los asumen están llamados a desempeñar en el seno de una sociedad. Por el contrario, Lévi-Strauss calcó en etnografía ciertos esquemas tomados de la lingüística estructural, inspirados en Roman Jakobson. Postula unos átomos fijos de parentesco, ciertos vínculos de consanguinidad y afinidad (por ende de filiación biológica), que serían elementos inmutables cuyas combinaciones, según reglas sintácticas, producirían las estructuras de parentesco empíricamente investigables.

Sean cuales fueren los méritos y los atractivos de ese acercamiento atomístico estructuralista, los estudios de David M. Schneider restablecieron el crédito de una visión funcionalista, que Schneider enriquece con sus trabajos para mostrar su calidoscópica variabilidad y su maleabilidad. La mayor aportación de Schneider fue justamente la distinción conceptual entre filiación biológica y filiación social, así como la prueba de que tal distingo no existe sólo en ciertas sociedades humanas no-occidentales, sino en el subconsciente de la propia cultura anglosajona; la cual, si —en teoría— valora en extremo el vínculo de sangre, a la vez, de manera

² V. Jean-Pierre Dadoune, *Histoire ordinaire et extraordinaire des cellules sexuelles*, París: Hermann, 2011.

en parte soterrada o menos visible, suele bascular hacia el lazo cultural y social entre adultos y jóvenes como constitutivo de la auténtica relación de filiación y paternidad.

Si los lazos de engendramiento son (relativamente) simples y, en cambio, los de la filiación social enormemente complejos y variables, no hay ninguna correspondencia lineal o unívoca entre ambas filiaciones —según lo puso de manifiesto Schneider en sus trabajos de etnografía—. Hay sociedades que desconocen algunos elementos del engendramiento o que tienen sobre tales elementos ideas que no concuerdan con las nuestras ni con las de la ciencia, por lo cual no pueden basar el nexo normativo-cultural de padres e hijos en esos datos, que ellos desconocen o entienden de otro modo (de un modo erróneo, sin duda, atendiendo a los conocimientos científicos de hoy, conocimientos que no son evidentes de suyo ni compartidos por todos los seres humanos por el hecho de serlo).

El divorcio entre ambas filiaciones no se deber lleva demasiado lejos. Sería exagerado tensar tanto la discrepancia que llegaríamos a considerar que son casos de relación paterno-filial los vínculos que se dan entre un grupo de adultos que atienden un orfanato y los huérfanos que en él viven. En casos así, en vez de estirar el concepto, sería mejor decir que está ausente un nexo de filiación social, sobre todo si eso sucede en una sociedad en la que ideológicamente se tiende a concebir la filiación social como paralela, similar o hasta idéntica a la filiación biológica.

Sin embargo, hay un dato que, en muchas sociedades humanas, se interpone entre la filiación biológica y la social, a saber: la adopción, con sus múltiples variantes. La adopción no es un invento humano. La practican muchas especies. La adopción permite que un individuo joven de la especie sea tratado como hijo por individuos adultos que no son sus genitores.

En la mayoría de las sociedades históricas han prevalecido estructuras familiares que han tendido a asimilar la filiación biológica con la social (a salvo de desviaciones como el reconocimiento de la adopción y la filiación putativa o ficticia). Son dos las explicaciones de esa tendencial coincidencia.

La primera es que obedece a un dictado de la naturaleza, a un existencialismo humano, a un instinto, a la fuerza de la sangre, que a la postre se impondría frente a nuestras prácticas y nuestros caprichos.

La segunda explicación es funcional: el modo de organización hogareña de la familia nuclear de madre, padre e hijos ofrece ventajas organizativas; es un modo que se revela más eficaz y eficiente que las alternativas, más conducente al bien común de la sociedad, al disfrute de sus integrantes, al equilibrio entre sociedad e individuos y a la distribución de los recursos.³

³. En su reciente libro *L'origine des systèmes familiaux* [París: Gallimard, 2011] el demógrafo y politólogo Emmanuel Todd afirma que, al menos en Eurasia, es el modo de organización social más primitivo y que su recuperación ha tenido el benéfico efecto de posibilitar el desarrollo intelectual, social y económico de los últimos siglos en gran parte del continente, mientras que otras formas de organización lo obstaculizan.

Las dos explicaciones pueden tener las mismas consecuencias bajo ciertos supuestos. Ambas privilegian la estructura hogareña o nuclear (o alguna variante de la misma, como puede ser la de las familias poligámicas). A efectos prácticos quien se inclina por la explicación funcional no discute que, en la generalidad de los casos, el dato del engendramiento es el supuesto de hecho del cual los humanos suelen partir para instaurar un vínculo familiar; ni tiene el funcionalista que cuestionar lo razonable de ese supuesto de hecho en una mayoría de casos (al menos en las sociedades en que habíamos vivido hasta los cambios técnicos y organizativos que han marcado las últimas generaciones). El funcionalista, sin embargo, se diferencia del instintivista en que a esa opción, que privilegia la consanguinidad, sólo le atribuye una ventaja funcional de simplicidad o facilidad, sin considerar el engendramiento como un hecho de mayor importancia ni, menos todavía, como un nexo que se nos impondría por un imperativo indeclinable.

§2.— Preferencia por el tratamiento funcionalista

De la recapitulación de datos que precede no se sigue, evidentemente, recomendación alguna. Hasta aquí estamos tan sólo en el registro de hechos, en su conceptualización y en su explicación. En lo tocante a las relaciones de filiación lo único que se desprende de lo anterior es que, si los juristas hemos de diseñar nuestras consideraciones *de lege ferenda* teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas, esa naturaleza sólo puede ser la naturaleza estrictamente biológica —aquella que está constituida por los datos genéticos— si aceptamos la teoría instintivista.

Si, en cambio, nos inclinamos por la explicación funcionalista (y más aún si restamos importancia al hecho de que el modo tendencialmente preponderante de organización familiar ha sido el de la familia nuclear o alguna extensión o variante de la misma), entonces está claro que, de haber una naturaleza de las cosas que el legislador debería tomar en cuenta, no es la naturaleza puramente biológica, sino un imperativo funcional, una máxima de operatividad óptima.

Notemos que la visión funcionalista (mucho más verosímil a juicio del autor de estas páginas) no tiene por qué recusar todo fundamento a la visión naturalista o biologizante. El fundamento (relativo) es que la propia naturaleza ha seleccionado ese nexo del engendramiento como un supuesto fáctico normal para que, sobre él, las especies sociales, como la nuestra, establezcan organizaciones familiares.⁴

Mas que lo haya hecho la selección natural, que ese modo organizativo, en tales supuestos biológicos, se haya mostrado adaptativo y, por lo tanto, útil, eso no nos impone ajustarnos obligatoriamente ni a ese modo de organización ni, menos aún, hacerlo coincidir con el lazo de consanguinidad. La naturaleza y el instinto nos dejan libres.

⁴ Es cierto que los humanos históricos, al adoptar tal estructura, hemos convergido más con especies genéticamente alejadas que con las que nos son más próximas, las cuales han tendido a escoger otros modos de organización socio-cultural.

Si todo lo anterior podría llevar a hipótesis o propuestas audaces o extravagantes, el ánimo del autor de estas páginas es conservador en buena medida. Me inclino a juzgar que el modo de organización de la familia nuclear es el óptimo en las sociedades humanas y que cualesquiera otros sufren mayores desventajas. Reconozco que no es fácil demostrar la verdad de ese aserto, salvo quizá con experimentos mentales sobre organizaciones sociales alternativas.

Pero, aunque tal opinión estuviera equivocada, persistiría un hecho que no creo quepa eludir: vivimos en sociedades que han heredado esa estructura social, la cual tiene una enorme capacidad de adherencia, burlándose de todos los proyectos y ensayos de organización diferente, como ciertos comunismos utópicos de los siglos XVIII y XIX y hasta algunas medidas familiarmente disolventes de la Rusia revolucionaria de los primeros años que siguieron a 1917.

Tal parece que esos sueños de organización social alternativa se estrellan contra una realidad pétrea. En mi opinión, la resistencia no viene de un dictado de los genes, sino de una conveniencia práctica y funcional. Las formas de organización que nos hacen menos felices o más desgraciados acaban siendo barridas por las que se adecúan más y mejor al logro del bienestar individual y colectivo.

No hallará, por consiguiente, el lector en este trabajo —ni en ninguno de su autor— una base para sembrar escepticismo con relación a nuestros modos usuales de organización de la vida familiar, sino todo lo contrario, un prudente alegato a favor de su conservación, siempre que se distinga cuidadosamente ese modo de organización socio-cultural de los supuestos genéticos, cuya importancia, ya muy mellada, va a seguir declinando inexorablemente en los próximos decenios y siglos.

Recapitulando lo hasta aquí reflexionado, los hechos sociales nos hablan: de una clara diferencia entre la filiación biológica y la social; de una multiplicidad de formas y variantes de filiación social; de una tendencia en las sociedades históricas a preferir una forma de vida familiar que sea próxima al núcleo hogareño de hijo, madre y padre; de una recomendabilidad funcionalista de ese modo de organización.⁵

§3.— ¿Puede ser la filiación un contenido jurídico?

Pasemos ahora del hecho al derecho. La filiación biológica es un hecho, un nexo fáctico que liga a un individuo humano con dos genitores, uno masculino y el otro femenino; con éste último, además, el nexo es más fuerte e íntimo, porque incluye la gestación y el alumbramiento.

Es verdad que hoy ese hecho del engendramiento ya no se da universalmente en la especie humana. Desde comienzos del siglo XIX se inventaron técnicas de

⁵. Que —además y quizá sobre todo— tiene a su favor ser la opción fácticamente preferida por la gente en sociedades como la nuestra, aunque tal aserto puede que hoy requiera matización.

inseminación artificial para remediar situaciones en las que la cópula carnal no se podía desarrollar hasta el final según las esperanzas de sus partícipes. Vinieron después las técnicas de fecundación *in vitro*, conservación de gametos y de embriones, anidación artificial o médicamente asistida, manutención en incubadoras de fetos inmaduramente expulsados del seno materno y gestación solicitada de una tercera persona. Todo eso se ha conseguido en una centelleante evolución de la ciencia en pocos decenios. Los avances científicos presagian posibilidades radicalmente novedosas.⁶ Y los avances (muchísimo más lentos) en la valoración ideológica auguran también una relativización todavía mayor de la importancia del vínculo genético, cada vez más fragmentado o descompuesto en factores separables —y crecientemente separados.

La filiación social es un hecho, igual que la biológica; pero es un hecho de índole muy distinta. Es mucho menos unívoco de lo que era hasta ahora el vínculo genético. Fluctúa y se modula al compás de los valores y modelos culturales de la sociedad. Sin embargo, en las sociedades históricas tiende a ser similar en su estructura esencial, aunque se aparta en muchos casos concretos por las prácticas ya mencionadas de la adopción y de la atribución presunta o ficticia de relación genética, así como, en otros casos, por negación también ficticia de tal relación (p.ej. en supuestos de incesto).

Mas, aparte de que sean hechos, ¿se da, con relación a una o otra filiación, algún determinante jurídico o al menos normativo? ¿Podemos decir que tales vínculos de filiación —sea la biológica sea la social— son lícitos, o que son obligatorios, o que lo son en ciertos supuestos y no en otros?

Con respecto a la filiación biológica, la moral y el derecho han tendido a considerar que es un hecho bruto. Incluso en los casos de relación sexual prohibida —como incesto, estupro y violación—, el engendramiento resultante ha tenido a no verse como ilícito en sí, aunque la prohibición de consignar registralmente algunas de esas relaciones genéticas nos lleva a la conclusión de que el legislador, sin tildar el nexo de ilícito, sí ha prohibido que se conozca la verdad.

Han abundado las obligaciones morales y jurídicas de engendrar, pero entiendo que nunca puede atribuirse a ningún legislador ni a ningún moralista o predicador la pretensión de que sea obligatorio establecer determinados nexos paterno-filiales, justamente porque no se conoce de antemano la identidad del futuro hijo. La obligación de engendrar no es la de engendrar a tal individuo —ni puede serlo nunca en la especie humana ni en ninguna otra especie animal.⁷ La obligación de tener hijos, tan común, nunca se ha entendido como un derecho de esos hijos a venir al mundo. Al revés, el pensamiento ético-jurídico siempre había considerado hasta ahora que los entes futuros carecen de derechos, sin que nadie osara afirmar

⁶ V. Dadoune, *op.cit.*

⁷ Podría darse tal deber entre seres angélicos o de otra índole dotados de una facultad de pronóstico de la que nosotros carecemos.

que determinadas relaciones paterno-filiales sean obligatorias ni, por lo tanto, que alguien tenga (correlativamente) derecho a ser engendrado por tales individuos. Cuando no es ilícito, el engendramiento se toma, meramente, como un hecho bruto, lícito, desde luego, mas no debido.⁸

La visión nomológicamente neutral del hecho de la filiación biológica está siendo hoy cuestionada. Ha sido fuertemente zarandeada por los pleitos en USA acerca de la responsabilidad por *wrongful life*, pleitos en los cuales un individuo cuyo engendramiento se ha producido por violación litiga contra su genitor por haber establecido con él ese vínculo, en tales circunstancias presuntamente dañino. Aunque tales pleitos no han abundado y aunque su intelección jurídica está todavía sujeta a vivas polémicas, creo que tenemos ahí unos elementos para emitir al menos la hipótesis de que hay engendramientos ilícitos y, por lo tanto, filiaciones prohibidas, siendo reales.⁹

Pasemos a la filiación social. ¿Es ésta lícita? ¿Está prohibida? ¿Es obligatoria?

Es dudoso si la filiación puramente social ha sido alguna vez considerada obligatoria.¹⁰ Frecuente ha sido —y sigue siendo— prohibir la filiación no biológica; y, cuando se permite, someterla a condiciones muy restrictivas que significan que tal filiación no goza del mismo grado de licitud legal que la biológica.

Ni siquiera se admitió del todo la adopción en una sociedad como la romana —donde, con razón, el historiador señala la amplitud del fenómeno adoptivo y su acogida jurídica relativamente favorable. Ni en el derecho romano arcaico ni en el justiniano cabe ver una actitud del legislador muy positiva para el adoptante, sino más bien recelos y trabas. En el derecho intermedio (un lapso de unos seiscientos años) tienen lugar muchas fluctuaciones, pero nunca una permisión total e incondicional de la adopción.

Todavía peor ha sido el canon nomológico sobre la adopción en las sociedades que han seguido las pautas de los invasores germánicos (obsesionados por

⁸. Personalmente, sin embargo, pongo entre interrogaciones toda esa visión tradicional; no estoy nada seguro de que, en cualesquiera casos, los engendrables carezcan del derecho a ser engendrados.

⁹. La jurisprudencia y la doctrina han hilado fino, distinguiendo los conceptos de *wrongful birth* y *wrongful conception*, subsumibles bajo el común denominador de *wrongful life*. Sobre el daño por nacimiento (el derecho a no haber nacido), v. «Libertad de vivir» por Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, *Isegoría*, Nº 27 (2002), pp. 131-149. Aquello a lo que aquí aludo es el concepto de *wrongful conception*. De la abundante bibliografía —que suele debatir ambas nociones— mencionaré unas pocas muestras: Joel Feinberg, *Freedom and fulfillment: Philosophical essays*, Princeton University Press, 1994; Michael B. Laudor, «In Defense of Wrongful Life: Bringing Political Theory to the Defense of a Tort», *Fordham Law Review*, Vol.62/6 (1994); David Benatar, «The Wrong of Wrongful Life», *American Philosophical Quarterly* 37/2 (2000), pp. 175-183; E. Haavi Morreim, «The Concept of Harm Reconceived: A Different Look at Wrongful Life», *Law and Philosophy* 7/1 (1988), pp.3-33; David Archard «Wrongful Life», *Philosophy* 79/3 (2004), pp. 403-420.

¹⁰. El precepto del *Deuteronomio* 25:5 de, en ciertos casos, contraer matrimonio con la cuñada viuda implicaba una ficticia filiación genética del primer nacido de tal unión, que, legalmente considerado hijo del difunto hermano, vendría adoptado por su verdadero progenitor.

el vínculo sanguíneo, como único aglutinante social) o las de las religiones abrahámicas, las cuales heredaron algo del tribalismo ancestral que frecuentemente ha llegado a la prohibición total de la adopción. Es verdad que una hermenéutica humanista, inteligente y suavizadora puede hacer ablandar tales impedimentos —como ya en parte está sucediendo. Pero nunca son de buen augurio las tendencias fundamentalistas, entendiendo el fundamentalismo en sentido lato, como toda propensión a volver a los orígenes —y a los orígenes de esos orígenes, o sea a las raíces—; eso es mirar más a un remoto pasado que al presente y al futuro.

Más aún se tienen que enfrentar a la adopción, al menos entre castas, quienes se aferran a sociedades de casta u otras similares.

En suma, la adopción ha estado, en la historia de la humanidad, muy a menudo prohibida, impedida, estorbada, depreciada o relegada a situaciones de infertilidad. Las legislaciones modernas, que la reconocen, no dejan de dificultarla en elevadísima medida; y, en todo caso, la discriminan negativamente. El hijo y los padres adoptivos no tienen, entre sí, los mismos derechos que, entre sí, tienen el hijo y los padres biológicos (p.ej. el derecho a la intimidad familiar).

Así pues, a duras penas las sociedades humanas históricas han aceptado como lícita la filiación social no biológica. Hoy las mentalidades están empezando a cambiar, pero poco a poco. La ideología de la fuerza de la sangre sigue todavía ocupando un pedestal.

§4.— Difícil encuadramiento constitucional y convencional del derecho a la filiación

Mi tesis es que todo ser humano tiene derecho a una filiación social sin sufrir discriminaciones por su nacimiento. Acarrea, correlativamente, un deber de adoptar; un deber, desde luego, limitado y cuyo cumplimiento está sujeto a la concurrencia de ciertas condiciones.¹¹

Ese derecho a la filiación no tiene un encaje claro ni en la Declaración universal de los derechos humanos de la ONU, ni en los pactos de derechos humanos de 1966, ni en el Convenio de Roma de 1950 ni en la vigente constitución española de 1978 ni en ningún otro documento conocido por el autor de estas páginas. No faltan, sin embargo, derechos fundamentales en cuya lectura podría intentar basarse una afirmación universal del derecho a la filiación.

En la Constitución española podemos basar el derecho a la filiación en los siguientes principios.

En primer lugar, en el valor de la justicia, valor superior del ordenamiento jurídico según el art. 1.1. Es una injusticia que unos disfruten de un hogar y otros no. Lo justo es que o todos tengan hogar o ninguno lo tenga. Lamentablemente la

¹¹. Volveré más abajo sobre el asunto.

Constitución no proclama como valores fundamentales ni la felicidad ni la hermandad ni el bienestar ni el amor; pero el derecho a tener un hogar podemos inferirlo de otros artículos constitucionales, aunque no forman parte del núcleo cuasi-intangible, pues se encuentran en la sección segunda del capítulo II o en el capítulo III del Título I.

Un segundo fundamento sería el valor de la igualdad. Es cierto que nadie ha delimitado claramente el perfil de la igualdad valorada en la Constitución, no faltando quienes distinguen la igualdad como valor del art. 1.1, la igualdad como principio del art. 9.2 y la igualdad como regla del art. 14. Personalmente creo que las tres ocurrencias se refieren a lo mismo, al valor de la igualdad, que es a la vez un principio y una regla; un valor articulado con mayor o menor precisión según el contexto.

Hay una gran cercanía entre justicia e igualdad, siendo el meollo de ambas la exigencia de una buena razón —proporcionada a la diferencia y basada en alguno de los valores fundamentales del orden ético-jurídico— para que, para que no se aplique en unos casos aquello que se aplica en otros.

En lo tocante al precepto del art. 14, la igualdad ahí proclamada excluye precisamente las discriminaciones por nacimiento. Hasta ahora nadie se ha quejado de que sean así injustamente discriminados quienes nacen pobres o plebeyos (o incluso fuera de la dinastía reinante).

No voy a entrar aquí en tales cuestiones, pero sí creo que la ideología social en que se basó el constituyente al promulgar ese precepto es la que rechaza una amplia gama de discriminaciones básicas fundadas sólo en diferencias de nacimiento, aunque nadie haya sabido ofrecer un criterio claro y operativo de cuáles de esas discriminaciones merecen rechazo. En todo caso, para todo el recorrido vital, es tal el abismo que media entre tener en la infancia un hogar y carecer de él, que creo que puede basarse el derecho a la filiación en una lectura razonable de ese artículo.¹²

Un tercer fundamento lo ofrece la dignidad de la persona, la cual, aunque no es uno de los valores superiores del ordenamiento proclamados en el art. 1.1, sí es un fundamento del orden político y de la paz social, según el tenor del art. 10.1. Está sin aclarar si la dignidad es un hecho, un derecho, un deber o un valor. Menos claro todavía está qué consecuencias jurídicas tiene su proclamación, pues da la impresión de que el intérprete constitucional aporta de su propia cosecha los contenidos de tal dignidad.

En los límites de este trabajo no cabe dilucidar esas cuestiones, pero sí decir que, si algún contenido se quiere que tenga la dignidad como un derecho, será el derecho a una vida digna, que —imagino— sería una vida humana feliz y fraternal,

¹². Interpretado según la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse, sabio precepto hermenéutico del art. 3.1 del Código Civil.

una vida dignamente humana, a la cual no se rehuse el grado de realización vital que permite el desarrollo técnico y económico de la sociedad actual. En tal hipótesis, el derecho a la dignidad fundamenta el derecho a tener una filiación.

Un cuarto fundamento sería el libre desarrollo de la personalidad, mencionado, junto con la dignidad, como uno de los fundamentos del orden político según el art. 10.1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad es mixto, mitad derecho de libertad, mitad derecho de bienestar. No es una mera concreción del valor de la libertad del art. 1.1, porque el derecho a la libertad se plasma en derechos de libertad, o sea en derechos de hacer o no hacer, no en derechos de bienestar, que son derechos con contenido existencial, derechos de prestación.

Me parece difícil de rechazar la consideración de que quien en su niñez carece de filiación no puede disfrutar del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Creo que este fundamento es más verosímil, por ser más preciso que los tres precedentes.

Un quinto fundamento podríamos buscarlo en el artículo 39, que está ubicado en el capítulo III. Sin embargo ninguno de sus preceptos da claramente cobijo al derecho a la filiación.

Así, el art. 39.1 asegura la protección de la familia (sin determinar mayormente ni qué es una familia ni qué protección se le otorga); difícilmente puede basarse en tal precepto el derecho a ser miembro de una familia.

El art. 39.2 no sólo no concede a los que carecen de padres el derecho a tenerlos, sino que, al revés, abraza el concepto de filiación como puro nexo biológico o genético, al cual vincula deberes paternos. Establece la posibilidad de investigar la paternidad —o sea la relación recíproca de la filiación—, incidiendo reiteradamente así en la misma idea (obsesiva en ese artículo y subyacente en otros) de que lo único que cuenta es el lazo genético, idea opuesta al reconocimiento de un derecho a la filiación adoptiva (la Constitución jamás habla de la adopción, una institución que el constituyente parece ignorar o despreciar).

Tampoco creo que pueda asentarse el derecho a la filiación en el art. 39.3, que sólo ampara a los hijos respecto a sus padres, sin ser extensible al derecho a tener padres. Ni finalmente nos ayuda el art. 39.4 que sólo promete a los niños el disfrute de los derechos que tengan reconocidos en los acuerdos internacionales.

Podríamos buscar un sexto fundamento en el derecho a una vivienda digna del art. 47, porque un niño que no vive en un hogar familiar carece de una vivienda digna y adecuada. Lamentablemente el tenor literal del artículo sólo alcanza a los españoles; mas la jurisprudencia constitucional ha procedido a una hermenéutica

correctiva que, en esos casos, hace leer «los españoles» entendiéndolo por tales, a esos efectos, todos los habitantes del territorio español.¹³

Sería aventurado basar el derecho a la filiación en el art. 48 sobre derechos de la juventud a participar en el desarrollo político, social, económico y cultural. ¿Cuándo empieza uno a ser joven? ¿Al nacer? ¿Al cumplir cierta edad? Desde luego un joven muy joven al que la dureza de la vida ha impedido tener un hogar familiar no puede disfrutar de ese derecho de participar libremente en el desarrollo económico y cultural. Pero ¿basta eso para interpretar el art. 48 en el sentido deseado? Aquí el problema no estriba sólo en que así violentaríamos la intención del poder constituyente.¹⁴ El problema es que difícilmente puede sustentarse una lectura así en un canon hermenéutico riguroso y congruente con el resto del texto constitucional.

Menos aún puede basarse un derecho a la filiación en lo preceptuado por la Constitución sobre el matrimonio, art. 32; ni siquiera se mencionan ahí los hijos ni la familia.

Por último, queda lo que tal vez parecería el posible fundamento más obvio: el derecho a la vida del art. 15. ¿No implica el derecho a vivir un derecho a la filiación y viceversa?

Pues bien, ¡no! En la especie humana el comienzo de la vida individual consiste en un complejo proceso que abarca la concepción —por fusión de los dos gametos—, la anidación, la gestación y, por último, el alumbramiento (lo que llamamos «nacer»). (Aunque en rigor hay, además, una posgestación en los casos de alumbramiento prematuro.) No hay comienzo de la vida sin esos gametos, sin anidación y gestación, sin alumbramiento. Pero esos nexos, los de la sangre por decirlo así, no son constitutivos de la filiación en el concepto socio-cultural que estamos utilizando y que es el único que da sentido a la reivindicación de un derecho a la filiación y de una busca de su fundamento.

Por otro lado, además, —y a pesar de la opinión en sentido contrario del Tribunal constitucional— el derecho a la vida es un derecho de libertad puro: es el derecho de vivir o no vivir según la voluntad propia e incoercible del individuo. Correlativamente implica para los demás (por una regla de lógica jurídica) deberes de abstención, no de acción ni de prestación. Se extiende al derecho a no haber sido engendrado o de no haber sufrido la continuación de la gestación, porque lo único que legitima esa imposición de vida es el consentimiento presunto retroactivo, un

¹³. Así y todo, de manera general, cabe cuestionarse cómo es que un derecho fundamental de la persona humana acorde con la dignidad de la misma puede beneficiar sólo a los españoles, aunque se entienda por «españoles» los habitantes de España.

¹⁴. Lo cual, por desgracia, es preciso hacer a cada paso, puesto que la mentalidad del legislador de 1977-78 dista millones de años luz de la que tiene hoy la población española.

consentimiento que los genitores y demás personas involucradas en la dación de vida pueden lícitamente dar por descontado en supuestos normales, pero no en todos.¹⁵

Si el derecho a la vida es uno puramente de libertad, el derecho a la filiación es un derecho de bienestar, que acarrea para otros obligaciones de hacer.

No es, por consiguiente, nada fácil inferir del contenido jurídico de la actual constitución un derecho humano a la filiación.

Tampoco hallamos este anhelado derecho en el Convenio sobre los derechos del niño adoptado por la asamblea general de la ONU en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, vigente desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificado por todos los estados del Planeta salvo USA y Somalia. Aparte de los motivos, buenos o malos, por los que el legislador norteamericano rehúsa su adhesión, desde el punto de vista doctrinal del autor de estas páginas no faltan en absoluto razones de malestar con algunos de los contenidos de dicho Convenio, siendo uno de ellos la omisión absoluta del derecho a la filiación.

Pero es que hay en el Convenio algo peor que la omisión: sin definirse nunca la noción de «padre» o «padres» (en inglés *parents*), no sólo trasluce del texto que la noción subyacente es la genética o biológica, sino que se erige en una obligación recíproca para el niño y para sus progenitores (*parents*) estar unidos entre sí por los vínculos de la familia, en detrimento del derecho del niño a vivir en un hogar digno en el cual el rol socio-cultural de padres sea asumido por personas que puedan desempeñarlo más satisfactoriamente para su crecimiento, su formación y su incorporación posterior a la vida adulta.

En tal dirección apuntan: el art. 7 (que prescribe un supuesto derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en tanto en cuanto no sea imposible); el art. 8, que prescribe la preservación de la identidad del niño, incluyendo su nacionalidad, nombre y relaciones familiares; el art. 9 que prohíbe —salvo casos excepcionales— separar a un niño de sus progenitores contra la voluntad de éstos, hasta el extremo de que el numeral 3 de ese artículo estipula el derecho del niño a tener relaciones personales y contacto directo regular con cada uno de ellos, «salvo si es contrario al mejor interés del niño» —salvedad que implica la afirmación de que lo normal es que no se dé tal contrariedad. En ese sentido abunda el art. 18 que sienta el principio de que tienen responsabilidades de crianza ambos progenitores —y, en su defecto, guardianes, no padres adoptivos.

El art. 30 concede a un niño que pertenece, por nacimiento, a una minoría étnica, religiosa o lingüística nativa (o sea, no constituida por individuos que hayan inmigrado recientemente) el derecho de profesar o practicar tal religión y a usar ese idioma. Como otros supuestos derechos, ése viene a ser un deber cuando se atribuye a un niño, porque, dado que éste aún no puede expresar su voluntad, ejerciendo o

¹⁵. Como quedó argumentado en el artículo de autoría conjunta de Txetxu Ausín y de quien esto escribe «Libertad de vivir», *Isegoría*, Nº 27 [2002], pp. 131-149.

no tal derecho, la decisión incumbirá a sus progenitores o incluso tal vez a miembros influyentes de esa minoría étnica, religiosa o lingüística, deseosos de perpetuar a toda costa la diferenciación.

Lo único que en el citado Convenio hallamos que favorecería un derecho a la filiación es el art. 20.3 previsto para casos en los que el niño esté privado de su entorno familiar o sea mejor para él no permanecer en tal entorno. En esos supuestos —claramente concebidos como excepcionales— se prevén estas soluciones: acogida, *kafalah*, adopción y orfelinato. La solución privilegiada es la acogida, o sea que el niño viva en un hogar ajeno sin el derecho a tener en él unos padres ni a ser considerado hijo.

Por lo tanto hasta la actualidad no hay un reconocimiento del derecho a la filiación. Mas, ¿quiere eso decir que no existe tal derecho? La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU de 1948 claramente se pronunció en el sentido de que los derechos del hombre no venían creados o establecidos por la votación de dicho órgano, sino que éste se limitaba a reconocerlos, aceptando así que poseían ya vigencia jurídica antes del reconocimiento; vigencia jurídica en virtud de normas no promulgadas.

Las dificultades para hallar un basamento del derecho a la filiación en las leyes promulgadas, domésticas o internacionales, no pueden hacernos dudar del derecho si creemos que tiene una raíz en una necesidad esencial del ser humano y que es socialmente realizable.¹⁶

En mi ensayo «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar»¹⁷ propuse un fundamento de todos los derechos humanos: el derecho a participar en el bien común, correlativo del deber de contribuir a ese bien común. Tanto los derechos de libertad cuanto los de bienestar se dilucidan como facetas o derivaciones de ese único derecho básico, modulables, delimitables, ensanchables o contraíbles según el devenir histórico.

Entre los derechos de bienestar podemos enumerar el sustento, el agua, el aire limpio, el trabajo adecuadamente remunerado, la vivienda, la salud, el descanso, la movilidad, la instrucción, la información veraz, la distracción y el socorro en situaciones de desvalimiento o adversidad.

Propongo en este ensayo agregar uno más a esa lista: el derecho a tener un hogar familiar, a tener padre y madre (o, a título de sucedáneo, padre o madre). La razón para agregar ese nuevo derecho es que constituye un requisito del desarrollo de la personalidad humana y, por lo tanto, un componente imprescindible de participación en el bien común.

¹⁶. Aun suponiendo que el ser humano tuviera una necesidad esencial de inmortalidad, la sociedad no nos la podría suministrar.

¹⁷. En *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. Por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006.

Que es imprescindible lo comprobamos leyendo y escuchando testimonios sobre la vida en orfanatos. No abundan las memorias publicadas por quienes sufrieron ese amargo destino, porque las tribulaciones de una niñez sin afecto hogareño casi siempre frustran un florecimiento intelectual que pueda traducirse en una transmisión autobiográfica; y, en excepcionales casos en los que no ha sido así, intervienen el pudor y el bálsamo del olvido y del silencio.¹⁸

No podemos confundir las casas de acogida —centros de tránsito no masificados, cuyos internos están destinados a la adopción— con verdaderas inclusas u hospicios, donde, por buena voluntad que tengan sus gestores, jamás hallan los niños el calor humano, el sostén, la crianza que, en la mayoría de los casos, pueden dispensarles los hogares, aunque sean modestos.

§5.— La filiación como derecho de bienestar. Consecuencias jurídicas

Si cada ser humano en su infancia tiene, pues, un derecho fundamental a la filiación, eso implica que hay deberes ajenos de asumir la correspondiente paternidad. Como lo ha sostenido quien esto escribe,¹⁹ hay una regla de lógica jurídica por la cual, en la medida en que se tiene derecho a que se realice un contenido existencial (a que algo tenga ciertas características), hay algo o alguien que obligatoriamente tiene esas características.

Si al niño le es lícito tener padres, está prohibido que ningún hogar acepte tenerlo como hijo; si está prohibido que ningún hogar lo acepte como hijo, algún hogar tiene la obligación de aceptarlo como hijo. ¿Cuál es ese hogar en cada caso?

El problema es similar al que se plantea con cada uno de los derechos de bienestar: empleo, remuneración, instrucción, vivienda, etc. ¿Quién está obligado a emplear a Juan Español, que se ha quedado involuntariamente en el paro? Si decimos que nadie en particular, es absurdo que sigamos afirmando que Juan Español tiene derecho al trabajo; serían palabras vanas y vacuas.

La respuesta no la va a suministrar la lógica jurídica, pero ésta sí puede facilitarnos buscarla y hallarla. Los esquemas de lógica jurídica que hemos puesto en pie nos conducen a este itinerario conceptual: examinemos la situación concreta: cuando el único modo de que se satisfaga un derecho ajeno es con cierta conducta u omisión, entonces esa conducta u omisión es obligatoria. Si ello desencadena un cúmulo de situaciones irrealizables, hay que averiguar si ese cúmulo tiene una causa; tal causa será ilícita.

¹⁸. V. Olivier Faron, *Les enfants du deuil: Orphelins et pupilles de la nation de la Première Guerre mondiale (1914-1941)*. París: La Découverte, 2001. Nótese, empero, que el concepto de huérfano se suele aplicar también a niños uno de cuyos padres ha fallecido, aunque sigan al cuidado del otro —en las situaciones narradas en el libro que estoy citando, el cónyuge superviviente es la madre. Muchos de ellos no tuvieron que vivir en orfanatos. Son muchas veces desgarradores los recuerdos de quienes sí se vieron reducidos a esa condición.

¹⁹. En coautoría con Txetxu Ausín.

Dejo de lado la aplicación de ese esquema a otros derechos de bienestar para considerar sólo aquel del que me ocupo en este trabajo: la filiación. ¿Cuáles son las causas de que a muchos niños no se les ofrezca una filiación adoptiva?

Sostengo que, en un tiempo como el nuestro en el que millones de parejas adoptarían gozosamente a niños huérfanos o abandonados, la única causa es la legislación, porque ésta:

- 1º) Impide la adoptabilidad de niños unidos a sus progenitores por nexos jurídicamente establecidos pero que no son de genuina filiación hogareña (principalmente en casos de divorcio o separación entre esos dos progenitores; el progenitor masculino a veces no ha tenido otra relación con el nuevo ser humano que el semen).
- 2º) Rehusa equiparar plenamente la filiación adoptiva y la natural, sometiendo los hogares constituidos por adopción a intromisiones que vulneran el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, de las cuales están exentos los hogares biológicos.
- 3º) Entorpece y retrasa la adopción, sometiendo a los aspirantes adoptivos a un agobiante cúmulo de condiciones, prestaciones y conductas activas y pasivas, que no se exigen para que sea lícita la paternidad biológica o el engendramiento.
- 4º) Vehicula una ideología y unos valores en los cuales la adopción no recibe los honores ni el debido reconocimiento, al paso que se mantiene la ficción de que la identidad y el interés del menor vienen constituidos ontológicamente por el vínculo de la sangre.
- 5º) Tampoco otorga a los hogares biológicos la protección social, económica y jurídica que promete el art. 39.1 CE, sino que al revés: la familia vive precariamente con pocos apoyos sociales, no habiendo una noción de patrimonio familiar subsistente más allá de la muerte de uno de los progenitores o de su decisión unilateral e inmotivada de romper la unidad del hogar; si esa desprotección de los hogares familiares afecta a todos, perjudica más aún las perspectivas de constitución de hogares adoptivos.
- 6º) No autoriza (ni, menos aún, impone) la extinción de la relación de paternidad legal en casos en que estaría justificado hacerlo, pues carece de una noción socio-cultural de la relación paterno-filial. A lo sumo permite (pero sólo de modo excepcional) la extinción de la patria potestad. Ahora bien, el derecho del niño a tener una filiación, un hogar donde figure como hijo con todos los privilegios de tal, colisiona con la persistencia de una relación jurídica de filiación en los casos en que, por voluntad de uno u otro de los progenitores, tal relación impide al niño vivir en un solo hogar con su madre y su padre (legales).

Además de esos seis defectos de la legislación —que son comunes a casi todos los países—, hay otros adicionales en España, como los siguientes:

- No se admite el alumbramiento anónimo, o sea la posibilidad de la mujer que pare de declinar que el recién nacido sea registrado como hijo suyo, posibilidad existente en la República Francesa, donde esos niños —que previsiblemente no podrán tener un hogar materno acogedor y propicio para su desarrollo humano— adquieren inmediatamente la calidad de pupilos de la República y adoptables.²⁰
- Salvo casos especiales de procreación médicamente asistida, otorga al progenitor masculino el derecho a reclamar la calidad de padre, lo cual imposibilita —o, al menos, dificulta y complica enormemente— la adopción de la criatura; a menudo esa calidad dizque paterna sólo se esgrime por orgullo, amor propio, vindicta o ánimo de lucro.²¹
- Ha agravado las cosas la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio. El concepto de «guarda y custodia», que se había introducido en nuestro derecho jurisprudencialmente (posiblemente por influjo de la evolución del derecho en los países anglosajones), ha venido, en la nueva ley, casi a desplazar al de la patria potestad (al paso que el concepto de filiación legal nunca se ha reconocido).²² La nueva Ley establece una nueva situación jurídica (que alguna jurisprudencia había anticipado ya): la custodia compartida, que se quería incluso —en el proyecto— imponer como obligatoria y que se preceptúa para ciertos supuestos en los nuevos arts. 92.5 y 92.8 CC, empeorando todavía más la errónea visión de que «se puede ser excónyuge pero nunca expadre». Tal prejuicio legal impide al niño que vive en una familia recompuesta disfrutar de la patria potestad de quien legalmente es un mero padrastro, aunque su consideración como padre fuera la que más le conviniera.

Ni nuestro legislador ni otros legisladores han comprendido que, si la filiación es un derecho del niño, la paternidad puede ser un deber genérico de cuantos estén en condiciones afectivas y materiales de ejercerla con solvencia, pero no ha de ser una obligación individual específica que imponga a unos progenitores

²⁰. En la República Italiana, siendo presidente del consejo de ministros el prestigioso jurista Giuliano Amato, se promulgó un precepto similar por Decreto de 3 de noviembre de 2000, del cual extracto lo que sigue: «Parto in anonimato ... In ospedale, al momento del parto, serve garantire la massima riservatezza, senza giudizi colpevolizzanti ma con interventi adeguati ed efficaci, per assicurare — anche dopo la dimissione — che il parto resti in anonimato. La donna che non riconosce e il neonato sono i due soggetti che la legge deve tutelare, intesi come persone distinte, ognuno con specifici diritti. La legge consente alla madre di non riconoscere il bambino e di lasciarlo nell’Ospedale dove è nato affinché sia assicurata l’assistenza e anche la sua tutela giuridica. Il nome della madre rimane per sempre segreto e nell’atto di nascita del bambino viene scritto ‘nato da donna che non consente di essere nominata’.»

²¹. Involucrar a los padres del progenitor masculino concediéndoles derechos sobre el niño todavía introduce elementos adicionales de perturbación.

²². La nueva norma ha venido vigorosamente defendida por un conjunto de autores y de organizaciones, especialmente de padres. V. a su favor Fermín Romero Navarro, «Coparentalidad y género», *IPSE-ds*, vol. 2, Nov. 2009, http://www.webs.ulpgc.es/ipseds/IPSE-ds_Vol_2_2009/2.%2520Coparentalidad.pdf.

biológicos —por el mero hecho de serlo— un vínculo paternal con relación al fruto de su relación sexual. Al revés, la paternidad ha de ser siempre voluntaria; no sólo voluntaria en la causa, sino también en el efecto. Por otro lado, tal voluntad no debería bastar aun en el supuesto de vínculo genético cuando colisiona con el interés del menor, para el cual lo mejor es tener por padre y madre a la pareja en cuyo hogar vive.

Nada beneficia al niño que se imponga forzosamente un vínculo jurídico de paternidad individual al progenitor masculino o a la mujer que pare. No puede constituirse esa imposición en sanción por el ilícito de una relación sexual. Ni, de ser ésta lícita, ha de acarrear jurídicamente un sometimiento a deberes que, en algunos casos, son difícilmente asumibles (p.ej. por mujeres abandonadas por sus compañeros o que han sufrido un embarazo no deseado). La única alternativa no ha de ser el aborto.

No me cabe duda de que en la mayoría de los casos la mujer que da a luz y su compañero —siempre y cuando éste no se haya sustraído a esa convivencia— desean entablar un vínculo legal de paternidad con el recién nacido, y a ellos ha de concederse esa oportunidad antes que a los extraños. Las madres solteras, viudas o abandonadas también han de tener derecho a establecer la maternidad jurídica con relación al recién nacido, si lo desean hacer.

Con relación al progenitor masculino, lo que aquí propongo es, por consiguiente, que quede excluido del vínculo paterno-filial cuando ha cesado, por decisión propia e inmotivada, la cohabitación con la madre, salvo casos especiales en los que se necesitaría intervención judicial que acreditase que el interés del menor radica en que se establezca ese nexo paterno-filial. (Podemos imaginar situaciones así, pero son infrecuentes.)

Que el progenitor masculino esté excluido de la relación paterno-filial no implica forzosamente que esté exento de cargas. El derecho francés autoriza al niño —y, en su nombre, a la madre— a reclamar alimentos a un hombre que haya convivido con la mujer en el tiempo de la concepción, al margen de cualquier reclamación de filiación.²³ Puede parecernos dudoso el fundamento de tal precepto si, a la vez, persiste la concepción genética de la relación paterno-filial; porque, de abrazarse esa concepción, la obligación de alimentos debería venir determinada por la comprobación del vínculo sanguíneo, mediante un test de ADN.

²³. *Code civil*, arts. 342 a 342-8. Cito de una página oficial francesa: «Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut réclamer des subsides (c'est-à-dire une pension alimentaire) à celui qui a eu des relations intimes avec sa mère pendant la période légale de conception (l'enfant est présumé avoir été conçu dans un délai compris entre les 300 et 180 jours précédant l'accouchement). L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant par sa mère, et dans les 10 années qui suivent sa majorité par l'enfant (c'est-à-dire jusqu'à ses 28 ans). L'action est possible même s'il existe entre la mère et celui avec qui elle a eu des relations à l'époque de la conception de l'enfant un empêchement absolu à mariage». (V. <http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/filiation-11962/action-aux-fins-de-subsides-en-labsence-de-filiation-paternelle-20766.html>.) Esa demanda no implica en absoluto una reclamación de filiación.

Sólo se entiende el aludido precepto si se deja de lado tal nexo sanguíneo o genético. Supongamos a una mujer que, viviendo en una unión de pareja estable, y de acuerdo con su compañero, concibe en su seno un cigoto, con un plan de maternidad, en el cual el hombre actuará de padre. Y supongamos que el hombre, incumpliendo esa promesa, rompe la unión. En tal caso parece claro que la mujer puede demandar, ya sea en concepto de una responsabilidad contractual por un contrato atípico y verbal, ya sea, al menos, por responsabilidad extracontractual del artículo 1902 de nuestro código civil.²⁴ Los gastos de crianza y educación deberían ser proporcionalmente compartidos, aunque la ruptura también debería acarrear la renuncia automática a la calidad de padre.

§6.— Conclusiones

Para ir por partes, lo primero que habría que hacer sería una reforma constitucional, en la cual se reemplazaría el actual artículo 39 por otro basado en el concepto socio-cultural de paternidad y filiación, introduciendo el instituto jurídico de la paternidad legal voluntaria, cuyo nacimiento y cuya extinción vendrían regulados por la ley en interés del menor. Sería ése el marco idóneo para constitucionalizar el derecho a la filiación como derecho fundamental.

Sobre esa base, habría que modificar el Código Civil, suprimiendo el distingo entre las filiaciones natural y adoptiva para dejar una única filiación, la legal, estableciendo no sólo su voluntariedad sino también las condiciones para que surja y subsista —siempre en beneficio del hijo. Debería quedar claro que el mero nexo genético no es base suficiente ni para el surgimiento ni, menos aún, para la persistencia de la relación de paternidad legal —no obstante la responsabilidad contractual o extracontractual por la ruptura de planes de vida familiares establecidos de buena fe sobre la base de expectativas razonables de cada miembro de la pareja con respecto a las intenciones del otro.

De cara a las instancias internacionales, habría asimismo que plantear enmiendas del Convenio de la ONU sobre los derechos del niño, que fueran en el mismo sentido de sustituir el vínculo genético por la paternidad socio-cultural y que prohíban cualquier discriminación entre hijos adoptivos e hijos biológicos.

Tales son mis opiniones que gustosamente someto a otras mejor fundadas.

²⁴ Trátase de un viejo instituto jurídico, la obligación de reparar daños injustamente causados, que viene de la *Lex Aquilia* del Derecho romano, promulgada en el año 286 a.C. Nuestro actual precepto retoma lo ya contenido en las Partidas (VII.XVI.I: «empeoramiento o menoscabo o destruyimiento que ome rescibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro»); sin duda se inspira también en el tenor del art. 1382 del *code civil* francés: «Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui para la faute duquel il est arrivé à le réparer». Cae fuera de los límites de este ensayo debatir sobre la (a mi modo de ver errónea) extensión de tal previsión legal a los supuestos de presunta responsabilidad sin culpa, que deberían considerarse casos de fuerza mayor, exentos de responsabilidad por daños. En el derecho anglosajón un concepto similar es el de los *torts*, aunque evidentemente no hay identidad entre tales conceptos jurídicos; la doctrina estadounidense distingue los conceptos de *tort*, *wrong* y *harm*.